

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

FACULTAD DE DERECHO

Curso del Doctorado en Derecho

TESIS DOCTORAL

Trabajo que presenta el doctorando Julio Baquero Gutiérrez

TITULO:

LA EVOLUCION HISTÓRICA DE LA PROPIEDAD HASTA
LOS ALBORES DE LA EDAD MODERNA

DIRECTOR TUTOR

Doctor DON JOSE JAVIER DE LOS MOZOS TOUYA

Valladolid, septiembre de 2021

LA EVOLUCION HISTÓRICA DE LA PROPIEDAD HASTA LOS ALBORES DE LA EDAD MODERNA

Introducción.

Las normas observadas por un pueblo son la expresión de la cultura jurídica de una sociedad correspondiente a un momento histórico. Las mismas sirven para resolver sus problemas convivenciales. Así, cuando el artículo 33 de la actual Constitución Española consagró el respeto a la propiedad, y de forma redundante a la herencia como un modo peculiar de acceder a aquélla, con tal declaración se puso de manifiesto el reconocimiento de ser ambas un pilar básico de una convivencia social pacífica. Al ser elevado el concepto jurídico institucional de la propiedad a este nivel de encumbramiento normativo y su general aceptación por todos, se presume que todos los ciudadanos tienen una idea de qué es y a qué se refiere tal concepto, siendo objeto de aceptación general y de obligatorio respeto.

Alcanzar el honor de ser reconocidos por la Constitución significa que su esencia y contenidos son una evidencia del estado cultural de la sociedad democráticamente constituida. Sin embargo, el concepto jurídico del dominio es muy anterior a la Constitución misma; más aún, es muy anterior incluso al propio Estado, según la idea, abstracta o concreta, que del significado de Estado se tuviere. De ahí que los cimientos de la libertad y de la democracia, en que aquélla vive, no sufrirían daño alguno, si no apareciera tal reconocimiento constitucional, por cuanto la institución jurídica del dominio, está integrada en la cultura de la sociedad. Su evolución histórica se afianzó en su seno por su sencillez, por ser de general aceptación y común entendimiento. Aun en el supuesto, que no es el caso, de que hubiera sido silenciado el derecho de propiedad en el texto Constitucional, no hubiera pasado nada. Pero es lo cierto que pareció necesario a los Padres de la Patria su inclusión explícita en el texto constitucional, al ser la propiedad una institución y patrimonio cultural común que afecta a todos.

Ello ha llegado a ser así porque sobre la institución de la propiedad, incluso sobre la idea de Estado, hay el vivo latido de una muy larga evolución cuyas raíces profundas vienen de muy lejos. Y puede apreciarse su paralelismo evolutivo con el contraste de la

idea relativa del origen del Estado Moderno o Absoluto, es decir, cómo nace y evoluciona éste hasta llegar a la manera de ser hoy día, en que fuera del Estado no se es nada ni nadie. Puede afirmarse que, con anterioridad al establecimiento del Estado Moderno, existieron otras fórmulas políticas organizativas, pero carecían de las notas características del Estado Moderno. Y de la misma manera que la forma de instituirse el Poder ha sufrido una evolución, de igual manera puede decirse que la concepción de la propiedad, en cuanto la forma de relacionarse el hombre con las cosas, también ha tenido un desarrollo de amplio recorrido histórico.

* * *

El objetivo de este trabajo será investigar cómo ha sido concebida la idea de la propiedad y cómo ha ido evolucionando su tratamiento jurídico, hasta la aparición del Estado Moderno. Partiendo desde las XII Tablas, incluso aventurando sobre cómo pudo haber sido con anterioridad a la regulación tabular, hasta llegar al horizonte histórico de la formación del Estado Moderno. Paralelamente se tratará de ver si la evolución jurídica de la propiedad se vio afectada por este proceso de la evolución de la forma de organizarse el Poder y también qué grado de influencia haya podido tener la institución de la propiedad en la conformación del Estado Moderno.

Aunque se haya recogido la idea de respeto de la Constitución Española de 1978 con respecto a la institución jurídica de la propiedad, vamos a limitar temporalmente este trabajo hasta el Ordenamiento de Alcalá, de 1348. Porque hasta esta fecha, el concepto de propiedad ha sufrido una serie de alteraciones en su concepción, en la forma en que era entendida por los hombres a lo largo de la Historia, hasta el cierre del mencionado paréntesis temporal. Porque en 1348 ya se han dejado sentadas las bases políticas necesarias para la implantación de un Estado Moderno, que sustancialmente necesitaba la superación o desaparición en del Sistema Feudal, como condición necesaria y suficiente.

En cuanto al primer hilo de nuestro trabajo, la propiedad, sin que se pierda el sentimiento social de lo que la propiedad era, a manera de valor entendido, sin embargo, sus contornos aparecen cambiantes bajo la influencia de la realidad social. En esta realidad merece ser destacada la organización política de un Estado. Aun siendo distinta la situación política en la Roma republicana cuando se produce el revolucionario proceso político que hace derrumbar el sistema monárquico romano, con respecto a

cuanto siglos más tarde tiene lugar en el Occidente europeo, en que se vive el proceso del lento paso del sistema organizativo feudal hasta llegar al nacimiento del Estado Moderno, en el núcleo central de estos revolucionarios acontecimientos puede verse cómo la conceptualización jurídica de la propiedad sufre un cambio radical. No hay duda alguna de la influencia del Poder Político en ello. Siempre se mostró por el gobernante, en todo momento, una incuestionable preocupación por la paz social en la convivencia humana.

La dificultad para ver garantizada la paz social partía, históricamente, de dos realidades. Una era la costumbre inveterada de la justicia privada en las manos de clanes familiares, cuando no en la persona individual misma, como reacción vengativa ante lo que estimaba ser un acto injusto sufrido en su persona o derechos. La segunda dificultad era la debilidad que impedía que el Poder ejerciera su predominio en la sociedad. Carecía el Poder de su control exclusivo sobre la administración de la Justicia.

Será motivo de especial consideración el hecho de que en el régimen político de la Roma republicana, la aplicación de la Justicia esté en manos de un *iudex*, independiente en su competencia y quehacer de las instancias gubernamentales, persona particular, el *iudex*, situado al margen del aparato estatal de poder, o cuando menos ejerciendo con independencia una función delegada por el Poder. Y en el hecho de que serán unos destacados personajes, los *Jurisprudentes*, creadores de la *Jurisprudentia*, quienes revolucionaron el mundo del Derecho, y puso su labor creadora del Derecho al servicio de la sociedad. Crearon el Derecho Civil.

De tal hecho histórico no puede deducirse una despreocupación del régimen político romano, de la manera de organizarse el ejercicio del Poder Público, por la Justicia. Primero los Cónsules y, más tarde, los Pretores, eran Magistrados dotados de *Imperium*. Ejercían una labor de control sobre este ramo de materias, procurando la adaptación de las *leges* a las nuevas realidades sociales. En Roma nadie ofreció una definición de *dominium* o *proprietas*. Tal vez no fuera necesario pues se trataba de un sentimiento humano de aceptación general. Lo interesante era delimitar las facultades del dueño, la administración y el poder dispositivo, tanto de la transmisión de las cosas como de su reclamación. Tras una larga evolución, impuesta por la realidad, a su lado, en perfecta armonía, convivían la *possessio* y los denominados *iura in re aliena*. Procesalmente, en cuanto al *dominium*, regía en el Derecho arcaico el sistema de *legis*

actiones, para ejercitar los derechos, y el proceso ordinario era común al sistema procesal, que culminaba con una sentencia emitida por un *iudex*. Procesalmente, las situaciones posesorias disponían de una protección de carácter administrativo, a través de los remedios interdictales.

La situación política cambió con la llegada al Poder de Octavio Augusto. Tales cambios políticos tuvieron su repercusión en el sistema procesal romano. Creó el proceso *extra ordinem*, aunque durante tiempo convivió con el procedimiento ordinario. Para articular la defensa de los derechos, el sistema formulario sustituyó a las *legis actiones*. No se atrevió a derogar las normas procedimentales vigentes. En realidad, Roma tuvo pereza en cuanto a la introducción de novedades para sustituir con brusquedad lo existente. Sin embargo, la idea estaba trazada cuando el Poder asumió la competencia para conocer de los recursos procesales frente a las sentencias judiciales. Y sustituyó al *iudex* privado por el *iudex* funcionario, cargo que en buena medida ocuparon los jurisprudentes. De éstos, los más atentos a los designios del Poder no dudaron en aceptar los cargos de consejeros imperiales. Pero a cambio de obtener el *ius decidendi*, perdieron el *ius dicendi*. Perdieron la capacidad de crear el Derecho. El Poder asumió la función de dictar *leges*, de crear la ley. Pero el Derecho, el *ius*, era otro mundo. El Poder se sintió realizado en sus ambiciones cuando invadió el ámbito de la administración de la Justicia, borrando cualquier atisbo de actividad privada en cuanto al control del proceso. Desde entonces, la Justicia fue atributo esencial del ejercicio del Poder.

Fue precisamente la disociación de *ius* y *lex*, apreciada en las constituciones imperiales emanadas del Poder, en que se legislaba bajo la necesidad apremiante de hacer frente a situaciones novedosas, donde se crea un *corpus* de normas, que se recogerán en un *Codex*, de la mano del Emperador Teodosio II. A este *corpus* legislativo le falta el alma del *ius* Clásico.

Es interesante este *Codex* pues permite estudiar, a través de las constituciones emanadas desde Constantino, cómo se pierde el nervio revitalizador, la esencia creadora del Derecho Romano Clásico. Los estudiosos del conocido como Derecho Romano Vulgar estiman que este derecho vulgarizado nace con Constantino. También se puede con seguridad afirmar que el *Codex Theodosianus* ha permitido conocer sus formulaciones desde el citado Emperador Constantino hasta el Emperador Teodosio II,

a través de sus constituciones y disposiciones normativas en el mismo contenidas. Del hecho histórico de disponer del conocimiento de estas constituciones y disposiciones imperiales, no cabe deducir la carencia de antecedentes, esto es, la doctrina y los elaborados conceptos existentes en el Derecho Romano Clásico.

Las ideas jurídicas contenidas en el *Codex Theodosianus* preexistían en la sociedad romana con anterioridad. Sin embargo fueron circunstancias históricas distintas las que desencadenaron este proceso vulgarizador del Derecho. Por ello puede afirmarse que la generalización, en el contexto de la sociedad, del Derecho Vulgar, su aceptación práctica, fue el elemento que propició su implantación en la sociedad. El *ius* creado por la *Jurisprudencia* quedó fosilizado. Al perder el poder de crear el Derecho, derrumbó su propio futuro, resquebrajándose las bases de la evolución del Derecho. Tal vez porque hubiera alcanzado una insuperable cumbre. Tal vez porque el empobrecimiento cultural de la sociedad no alcanzaba a comprender la sutileza en el análisis de los casos que caracterizó a los Jurisprudentes. Se olvidaron los conceptos jurídicos o se oscureció su entendimiento ante la realidad impuesta por los hechos que estaban delante de los ojos del pueblo y que eran menos complicados de ser entendidos.

Conviene no perder de vista que el pueblo era sujeto pasivo de todo este proceso histórico. Y en su pasividad no encajaban ya las alambicadas doctrinas que la *Jurisprudencia* había elaborado. El *civis* romano de la época del Derecho Romano Clásico, no era muy distinto al *civis* romano que vivía en la época del Derecho Romano Vulgar. Lo que sí había cambiado era el régimen político. Lo que sí había desaparecido era el poder creador de la *Jurisprudencia*. La fuerza social de los jurisprudentes quedó eclipsada por el absorbente influjo del Poder. Así, el Derecho Romano Vulgar se expansiona y enseñorea de la sociedad imperial romana, desamparada ante la ausencia de una clase social prestigiosa, integrada por juristas independientes del Poder.

La división territorial del Imperio Romano marcó unas consecuencias históricas que propició, ante la imposibilidad militar de defenderlo, el nacimiento e implantación en el Occidente Europeo, de una serie de reinos en que aquél terminó disgregándose y diluyéndose. Desde el punto de vista de la evolución jurídica, significó una territorialización del Derecho. La labor de Justiniano y sus juristas, dirigida a recopilar el Derecho Romano, el Digesto, el *Codex* justiniano, *Instituciones* y Normativa Nueva o *Novellas* emanadas del mismo Justiniano, careció de incidencia en el Occidente de la

nueva Europa, durante siglos, por cuanto el Poder Imperial del Occidente Romano ya no existía. Aquí, en esta zona romana occidental, permaneció implantado en la práctica social el Derecho Romano Vulgarizado. Es suficiente comparar, para ver esta disociación normativa, el Digesto y las leyes emanadas de los gobernantes de estos nuevos pueblos. Visión que puede aparecer difuminada por el hecho de que en la compilación justiniana tuvo cobijo muchas normas del Derecho Vulgar.

Es muy interesante el análisis político de los cambios producidos. El Poder nuevo incardinado en los nuevos pueblos, surgidos de las invasiones de pueblos bárbaros, dando a esta expresión el significado griego de pueblos extranjeros, será asumido por la figura del Rey. Trata de aparentar, en un principio, para dar una sensación de continuidad política, ser como un representante del Emperador romano. Más tarde, vinculará exclusivamente su Poder a un territorio. Su reino.

El nuevo Poder regio se topará con dos problemas: uno, que el recién llegado pueblo godo a la Hispania romana, por no extender los ejemplos, está en clara minoría; y dos, la aparición de nuevos elementos organizativos en el plano político y social. Son las instituciones protofeudales, a través del *comitatus* regio, los *leudes* y *gardingos*¹. Y a su conjuro, en la Europa Occidental, aparecerá el sistema feudal como un elemento vertebrador que terminará por implantarse, por largo tiempo. Tiempo que algunos han alargado, hasta el siglo XVIII, los efectos sociales y económicos. En los entresijos de esta nueva manera de institucionalizarse el Poder social, será objeto de debate la evolución de la institución jurídica de la propiedad o el dominio. Poder y Propiedad.

Veremos cómo nuevamente, en el Medioevo, el concepto de *dominium* o *proprietas*, se afianza instalado en las concepciones del Derecho Romano Vulgar. El Poder regio es débil e inseguro. Y una vez más, esta debilidad es la que propicia que el *dominium* aparezca deshilachado o disgregado en diversos visibles aspectos funcionales. Y nuevamente se volverá a ver cómo una institución jurídica, también creación del Derecho Romano Clásico, la *possessio*, es confundida como una expresión fáctica o manifestación de hecho del *dominium*. Es su aspecto aparente. A veces es vista como el *dominium* mismo. Posesión y propiedad están identificadas, entendidas como si se

¹ Sánchez-Albornoz y Menduina, Claudio. *En torno a los orígenes del Feudalismo. Libro I-Tomo I: Fideles y gardingos en la monarquía visigoda. Raíces del vasallaje y del beneficio hispanos*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. EUDEBA. Buenos Aires, 1974.

estuviera tratando del mismo hecho. Así será a lo largo del Medievo en el Derecho Hispánico Medieval.

El sistema feudal era un grave obstáculo para la consolidación política del Estado Moderno o Absoluto. Puede afirmarse que mientras no desapareciera el régimen feudal, no se podría estar en presencia de las condiciones necesarias y suficientes para el afloramiento de la Modernidad del Poder Político. Y era una grave complicación, también, para el concepto de la propiedad. Puede deducirse un paralelismo entre Estado Feudal, que era un elemento obstaculizador para el desarrollo del Poder Regio, y el concepto jurídico de la propiedad, que en el régimen feudal se ofrece como conceptos difusos y de confusos contornos. El Derecho Romano Clásico había supeditado la *possessio* al *status* de institución jurídica de segunda fila, el servicio jurídico-institucional del *dominium*. Una forma para acceder a éste. En el Derecho Hispánico Medieval la confusión de ambas instituciones será un instrumento que afectará directamente a la mayoría de la población y que será utilizado por los estamentos poderosos para establecer su predominio social y colmar sus ambiciones económicas. El dominio sobre la tierra aparece como elemento distintivo del Poder.

* * *

Cuando patricios y plebeyos, el pueblo romano en su conjunto, se liberó del yugo de la monarquía que encarnaba el poder etrusco, cundió la inseguridad jurídica. El Digesto reseña que, al principio de la ciudad de Roma, el pueblo determinó vivir sin ley ni derecho cierto: todo se gobernaba a la fuerza por los reyes². Esta idea debe ser analizada y puesta en cuestión. El hecho de que el poder de los reyes etruscos gobernase con el apoyo de la fuerza de las armas sobre un pueblo sometido, el romano, no es compatible y consecuencia directa de que el pueblo careciese de leyes y derecho conocido y practicado. La superposición del poder regio extranjero no impide que todo un sustrato de derecho consuetudinario, conocido y practicado, existiese y fuese común tanto al pueblo etrusco dominante como el pueblo romano. Explicación que puede ofrecerse para el contenido del texto de Pomponio es que la deseada certeza de esa ley y ese derecho, consuetudinario, no constase por escrito. Tras la expulsión del poder etrusco, continúa señalando Pomponio, durante un hipotético plazo de veinte años, el

² Digesto, en adelante, D. 2, 2, 1: “*Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo orimum agere instituit, omniaque manu a Regibus gubernabantur*”.

pueblo romano comenzó a regirse por un derecho incierto y por la costumbre³ básicamente. Debe puntualizarse que esa incertidumbre no es tal, sino que donde se dice derecho incierto puede entenderse derecho no escrito. Hemos calificado el plazo de veinte años como una afirmación hipotética, desde luego sometida a un criterio temporal poco fiable. Tal vez la nueva clase dirigente romana no tuviera interés en reflejar por escrito el Derecho.

Desde luego que, en la lógica expositiva de los compiladores, no se trata de otra razón que ofrecer una justificación para enlazar con el relato de la adopción de la legislación contenida en las XII Tablas. Esta situación, de inexistencia de un derecho escrito, fue resuelta mediante el encargo a diez varones romanos para buscar leyes en las ciudades griegas y trasplantarlas a la Urbe, ante el desuso de las leyes anteriores, emanadas de un dominio odiado, si bien lo más seguro es que la animadversión a esta situación fuese que carecieran de soporte escrito, de una seguridad. Desde luego se trataba de derecho consuetudinario, en absoluto emanado exclusivamente del poder etrusco, sino aplicado bajo el dominio militar de dicho Poder. Este derecho consuetudinario sería observado como un derecho posiblemente común a variados pueblos que tenían en común su origen indoeuropeo.

Podría afirmarse que este hecho histórico, de ser cierto de manera fiable y no fruto de una desbordante imaginación a que tan dados eran los Romanos, tan proclives a adornar un pasado inexistente con mitología que procuraban arraigar en el deslumbrante mundo griego, hubiera podido significar el primer caso conocido de trasplante legislativo. Esta fenomenología jurídica fue estudiada por Alan Watson, quien configuró la naturaleza jurídica de la ley como un hecho aislado al margen del cambio social. Trasladada esta teoría del trasplante de leyes⁴, a lo que aquí venimos diciendo respecto del momento histórico en que aparecen las XII Tablas, supondría que la adopción de leyes extranjeras en bloque por el pueblo romano, fue una consecuencia de un cambio social de la máxima trascendencia ante alteraciones que afectaban a la propia esencia consituyente de este pueblo. Fueron precisamente estos cambios políticos, sentidos y deseados por la sociedad de la Urbe, los que allanaron el camino a la

³ D. 2, 2, 3: “*Exactis deinde Regibus lege Tribunicia omnes leges hae exoleverunt, iterumque coepit populus Romanus incerto magis iuris et consuetudine ali, quam per latam legem; idque prope viginti annis passus est*”.

⁴ Alan Watson. *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Edimburgo, 1974.

posibilidad de un pretendido trasplante normativo, que en realidad no fue tal, sino que se limitase a plasmar por escrito, y esta fue la principal razón, normas consuetudinarias observadas tanto en Roma como en las tierras de su contorno geográfico.

Sin embargo, en virtud de los datos, recogidos en el Digesto y que refiere un texto de Pomponio, cuando se habla de buscar leyes en las ciudades griegas, en absoluto puede deducirse que estos diez varones romanos viajasen por las ciudades de toda Grecia en tales cometidos. El dato consiste en que fue un tal Hermodoro de Éfeso quien inspiró a los decenviros. Este enigmático personaje vivía desterrado en Italia⁵. Los orígenes de Roma están jalonados de leyendas y fábulas. La obsesión de personajes históricos principales por entroncar con las leyendas y tradiciones griegas, es proverbial. Ni Roma logró salvarse de enlazar con la mítica Troya⁶. En definitiva, nada aconseja hablar de un traspaso normativo griego a la Ciudad-Estado de Roma, pues lo pretendido consistía en poner por escrito normas consuetudinarias conocidas, vividas, por el pueblo romano. La seguridad jurídica de la constancia por escrito era la finalidad básica perseguida por el pueblo en lo que serán las XII Tablas, cuya trascendencia se inspiró en una justificación mágica y cuyo origen se ha visto envuelto en la leyenda de una nebulosa.

La nueva normativa implantada en Roma, es decir, la legislación de las XII Tablas, mantuvo su identificación con el derecho consuetudinario previamente observado, sin cambio significativo que supusiera una grave distorsión. Quizá ello fuera debido a que, en el seno social romano, las prácticas consuetudinarias del pueblo permanecieran vigentes. La legislación tabular reaparecía, por escrito, *ex novo*, en reemplazo de una normativa que les resultaba odiosa; no obstante, la novedad no era una presunta nueva normativa, sino que la legislación consuetudinaria se debía plasmar por escrito, para su segura constancia. Como se recoge en el propio Digesto, en la sociedad romana pronto se requirió la necesidad de su interpretación al calor de los muros del Foro. Se trataba de adaptar las viejas normas consuetudinarias a los nuevos problemas de cada día. La

⁵ D. 2, 2, 4: “...*quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum quendam Ephesium, exsulantem in Italia, quídam retulerunt*”.

⁶ Virgilio. *Eneida*, libro I: “*Arma virumque cano, Troiae qui primus ab oris / Italiam fato profugus Laviniaque venit // litora... Un poco más adelante señala “multa quoque et bello passus, dum conderet urbem // inferretque deos Latio, genus unde Latinum // Albanique patres atque altae moenia Romae*”. Inicia la Eneida con un canto a los hechos de armas del varón que, prófugo por su destino, llegó desde las costas troyanas a Italia; y tras mucho sufrimiento en la guerra fundó la ciudad portando sus dioses al Lacio, de donde procede la raza latina y los padres Albanos y los muros de Roma la alta. Obsérvese la licencia de Virgilio al trasladar la grandeza a Roma, no a sus murallas.

autoridad de los jurisconsultos dio vida a un derecho no escrito, que es el *ius civile*. Durante un siglo, dice Pomponio⁷, esta labor estuvo en manos del Colegio de los Pontífices. Más adelante, la *interpretatio* de la *lex* perdió su carácter de actividad secreta del poderoso e influyente elemento religioso.

En cuanto al *ius civile* respecta, no debe ni puede hablarse, en rigor, de trasplante normativo, pues la *interpretatio* dada por los responsables de adaptar las *leges* a la realidad romana lo hacían confiriendo a las mismas el carácter de la clase dirigente de la *Urbs*. Por ello estimo que no puede afirmarse que este *ius* sea una emanación social. Se trata del impulso creador de unos juristas denominados jurisprudentes. Su prestigio personal era aceptado socialmente, pues se basaban sus trabajos de investigación en la búsqueda de un ideal de Justicia, tan grato a la sociedad romana. No quedó reducida su influencia al quehacer diario en el Foro. Influían con su *ius* creador en el mundo del Derecho práctico aplicado por el *iudex*. Unos Magistrados, los Pretores, dictaban un Edicto con la finalidad de que los ciudadanos tuvieran la seguridad jurídica sobre cada negocio jurídico a plantear procesalmente en defensa de sus derechos. Este derecho es llamado Derecho Honorario⁸ pues dimanaba del honor del Pretor. La labor de la *Jurisprudentia* también ilustró a estos Magistrados mediante numerosos comentarios a su Edicto, desbrozando el oscuro *iter* por el que circulaba el *ius*.

El Derecho Romano, como cualquier otro Derecho vigente en cualquier Ciudad-Estado de la antigüedad, no nace del pueblo, como su acatamiento podría presuponer, ni es una emanación surgida de forma espontánea en la sociedad. El espíritu de un pueblo es un sujeto pasivo receptor, no un poder activo generador. El pueblo romano, en general todo pueblo, porque no reconocerlo, como a cualquier otro pueblo con independencia de los tiempos históricos, es un sujeto pasivo en todo este proceso, pasividad que puede detectarse también hoy, en el ciudadano moderno. Es una constante histórica.

⁷ D. 1, 2, 5: “*His legibus latis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritate necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datos propriis nominibus ceteris partibus; sed communi nomine appellaturius civile*”.

⁸ D. 1, 2, 10: “*Eodem tempore et magistratus iura reddebant, et ut scirent cives, quos ius de queque re quibus dictarus esset, seque praemuniret, edicta proponebant; quae edicta Praetorum ius honorarium constituerunt. Honorarium dicitur, quod ab honore Praetoris venerat*”.

El Derecho Romano, y en general todos los diversos Derechos, nacen como un acto impositivo de la autoridad que dirige políticamente a la Urbe o a cualquier otra sociedad. Pero así como en cualquier Ciudad-Estado de la Edad Antigua o en cualquier *Civitas*, villa o territorio de la Edad Media, se puede observar la existencia de un Poder político, no se puede hablar de una situación homogénea en cuanto a la correlación entre la relevancia de ese Poder y el pueblo bajo el mismo. No todo ello está en función de cómo está organizado el Poder y los distintos niveles o sus grados de implantación en el entramado social.

El caso de Roma es paradigmático. Y aunque no difiera de forma absoluta de cómo se organizaran otras Ciudades-Estados de la cuenca mediterránea, en aquellos tiempos, lo definitorio y característico del proceso romano, en cuanto al origen y desarrollo de su Derecho, no radicó ni en el genio del pueblo romano ni en la preclara condición de sus Poderes Públicos, Institucionales o Magistrados. Fue el debate jurídico desarrollado en el Foro donde se forjó el *ius civile*. De la actividad de los hombres prudentes o jurisprudentes nació el Derecho. Estos jurisprudentes carecían del *Imperium* de que estaban dotados los Magistrados romanos. Pero, ubicados en un espacio social intermedio entre el Poder y el pueblo, amparados en su bien labrado prestigio, obtuvieron para sí el *ius dicendi*, derecho de decir el derecho o *ius*. Lo que ellos decían u opinaban era el Derecho.

Pero desde Constantino todo cambió. La sociedad romana era distinta, no era la que había sido en un pasado no muy lejano. El Poder se había consolidado entorno al régimen político del Imperio. Los tiempos convulsos protagonizados por Cayo Julio César y la revolución política y legislativa llevada a cabo por su heredero Octavio Augusto, marcan un nuevo rumbo⁹. A su vez, la organización territorial estaba formada por un conglomerado de pueblos cuyo grado de romanización era diverso. En Hispania, por el impulso personal de César, continuado por el II Triunvirato y seguidamente por el empeño político de Augusto, se crearon colonias y municipios, entidades públicas a imagen y semejanza de la Urbe¹⁰.

Dos ejes de Poder, centrados uno en Roma y otro en Constantinopla, significaron una división que, a pesar de los intentos militares de Justiniano, en el primer tercio del

⁹ Ronald Syme. *La revolución romana*. Crítica. Barcelona. 2017.

¹⁰ Mangas Manjarrés, Julio. *Leyes coloniales y municipales de la Hispania Romana*. Pág. 14. Arco/Libros S. L. Madrid, 2001.

siglo VI, de una reunificación del Imperio, la misma no pasó de ser una aspiración irrealizable. Aunque en el entorno geográfico de Occidente romano se instalaron pueblos extranjeros, unos invasores que tomaron como botín de guerra el Poder, el Derecho observado en estos pagos seguía siendo el Derecho Romano. Ciertamente que no era el Derecho Clásico, sino un Derecho Vulgar, que a pesar de su tosquedad doctrinal seguía teniendo sus raíces en el Derecho Romano. En cambio en el Imperio Oriental, la labor compilatoria de Justiniano posibilitó en buena medida una vuelta al conocimiento del Derecho Clásico, que fuera elaborado por la *Jurisprudentia*. Sin embargo, a través de los trabajos recopilatorios justinianos, se introdujeron muchas de las soluciones prácticas vividas por el Derecho Vulgarizado. No fue ajeno a ello el *Codex* de Justiniano, donde en buena medida se recogió la labor codificadora de Teodosio II.

La labor legislativa imperial, que en su seno tiene cobijo, es una legislación muchas veces improvisada, con soluciones de emergencia para casos particulares, lo que ocasionaba problemas a los jueces para determinar su aplicabilidad con criterios de generalidad. Lo interesante del *Codex Theodosianus* es que su contenido fue asumido por la legislación visigoda y, por tal conducto y vía, históricamente llegó traspasado al Derecho Hispánico Medieval.

La construcción laboriosa de un reino, constituyendo un poder político *ex novo*, no pudo establecerse conforme el modelo imperial que en el Occidente europeo no dejaba de ser una mera ilusión óptica, un espejismo político. El Sacro Imperio Romano era una fórmula ritual en permanente litigio con la Iglesia. Ninguna de ambas, Imperio e Iglesia, pudieron resucitar un pasado que ya no existía. La única solución posible era algo, en aquel momento histórico, impensable. Consistía en la creación de reinos territorializados, con un Poder político sobre una población estable. Podría ser el embrión del Moderno Estado. En realidad la Edad Media verá el proceso de su creación y lenta consolidación. Jacques Le Goff llegó a afirmar que la Edad Media pervivió hasta 1800¹¹.

En el Medievo, en las *civitas* o villas, el panorama respecto del ejercicio de poder para generar normas jurídicas, no era totalmente distinto. No deja de ser un legendario mito que en la Hispania romana, en el humilde Condado de Castilla, unos jueces crean el Derecho a través de sus sentencias, prescindiendo de una previa vinculación a unas

¹¹ Jacques Le Goff. *Una larga Edad Media*. Paidós. Barcelona, 2008.

leyes, en general el pueblo sigue atado a un derecho que ha sido secularmente admitido como Derecho Consuetudinario. La creación de este derecho de formulaciones consuetudinarias no corresponde al pueblo. Observarlo y regirse por él, no significa ser su creador. Es conveniente reseñar las raíces de este derecho consuetudinario, porque desde la implantación política del pueblo visigodo en la antigua Hispania romana, prosiguió la vigencia, entre sus habitantes, del Derecho Romano Vulgar. La misma *Lex Visigothorum* recoge en su contenido las constituciones imperiales desde Constantino, que Teodosio II compilara en su *Codex*. Paralelamente, la labor de Justiniano no tuvo influencia alguna. El Occidente Europeo siguió un rumbo jurídico muy diverso al del Oriente europeo.

El *Liber Iudiciorum*, libro jurídico para los jueces y los juicios, marcó una pauta procesal que fue seguida por los pueblos peninsulares, con la excepción del Condado de Castilla, en los inicios de su andadura, libertad de criterio que a los reyes no veían con buenos ojos, porque suponía inmiscuirse en la tarea de evadirse del Poder judicial regio mediante una creatividad innovadora en el ámbito de la Justicia. Los restantes habitantes peninsulares, que estaban siendo dominados por la religión mahometana, no pueden ser considerados sujetos a este Derecho, excepción hecha del elemento hispano mozárabe que seguían rigiéndose por el Derecho visigodo. El *Liber* era su seña de identidad. Y en la medida que las circunstancias les fueron permitiendo la reincorporación mediante su vuelta a la vida de los reinos cristianos, los mozárabes contribuyeron a fortalecer su vigencia y práctica.

El Derecho Romano Vulgar era la base del Derecho Hispánico Medieval. Propiedad y posesión eran conceptos jurídicos no nítidamente diferenciados en sus contornos. Y en el plano de la realidad política hispánica, surge una nueva barrera diferenciadora del Occidente Europeo. Es la dominación islámica, realizada de una manera sorprendente por su fulminante rapidez. La Reconquista de los territorios ocupados introduce un nuevo elemento distintivo de la evolución de la historia de la extinta Hispania, pues en definitiva el Rey cristiano se encuentra con la realidad, o el deseo, de retomar sobre los mismos una Soberanía que consideraba perdida.

Reconquista militar y Repoblación humana. Los extensos territorios de la ya, por entonces, desaparecida Hispania romana, son objeto de una doble acción: en primer lugar, la militar, bajo la dirección regia de las huestes cristianas. Carece el Rey de

ejército propio y para esta actividad bélica precisa de la llamada a la guerra, mediante la aglutinación de fuerzas en manos de los nobles y más tarde, de las pujantes ciudades, además. Y en segundo lugar, no debe perderse de vista la acción de la toma de tierras yermas o abandonadas, en manos de particulares, o grupos familiares o colectivos humanos. Es la *presura* o la *aprisio*, es decir, la toma de posesión de las mismas para su cultivo y puesta en explotación personal, familiar o de un grupo humano. Cuando el Rey conquista unas comarcas, asume sobre las mismas la Soberanía, incrementando territorialmente su reino, sus dominios. Esta acción ocupadora lleva implícita la propiedad soberana de estas tierras. El Soberano muchas veces cede esos dominios a terceros, en *honor, comendatio*, con un derecho *ex iure et hereditatis*. Estos terceros reciben estas tierras con el derecho a su administración englobando en la misma el pleno ejercicio, mediante su delegación regia, de derechos fiscales, militares y de Justicia. Y respecto de las consecuencias derivadas de la *presura*, los particulares presores invocan sus derechos como si de un *ius proprietatis* se tratara. Cuando los particulares reciben de unos señores, civiles o eclesiásticos, el derecho a explotar unas tierras, lo que reciben es un derecho a poseer, la mera tenencia de las mismas, mediante la contrapartida de hacer efectivo el pago anual de un fuero o canon, que toma las más variadas especies. Esta situación posesoria puede ser transmitida a sus herederos, por lo cual es común idea que sea conocida y denominada como *hereditas*. Esta forma de la transmisión de unos derechos sobre las cosas, se transformó de tal manera que dio el nombre a esos bienes. En rigor, *hereditas* no es sinónimo de *proprietatis*, sino que hace referencia a la transmisión por vía hereditaria de unos derechos posesorios sobre esos bienes.

La relación del hombre con las cosas tiene su origen en la permanencia y la continuidad del contacto con las mismas. En el uso de las mismas en su provecho. Esta permanencia implica la realidad de la necesidad de los hombres de dichas cosas para su explotación, tanto agrícola como ganadera, procurando obtener de ellas el necesario sustento. Permanencia en su uso y explotación protegida y defendida por la fuerza ante ataques de otros clanes o tribus o de personajes poderosos y principales. Sin la necesaria capacidad defensiva, protegiendo la permanencia temporal de dichas situaciones, no hay posibilidad de consolidar los derechos.

Ello nos lleva a pensar que la idea del grupo humano es necesaria, por lo que es posible concluir que esta detentación, uso o pertenencia de estos bienes no son de

atribución exclusiva a una persona aislada e individual, sino que en principio puede hablarse de “*situaciones o relaciones*” atribuibles a una colectividad de individuos, sin perjuicio de que esa determinada colectividad tuviera una figura representativa. Como un estadio intermedio entre la propiedad colectiva y la propiedad personal o individual está la propiedad perteneciente a una familia o grupo familiar, personas unidas por una vinculación natural, derivada de la fuerza de la sangre. Ahí puede verse el origen cultural de la troncalidad de los bienes tan arraigada en el Derecho Medieval Hispánico, como institución jurídica. Pero no obstante su contante observancia, tal institución de la troncalidad no es exclusiva del mundo hispánico. Se aprecia en el entorno europeo occidental como un derecho patrimonial del *linaje*, cuya observancia es constante en el Derecho franco. Forma parte de un Derecho Común Europeo. Así, respecto de la Roma primitiva, sugiere Mommsen¹² que las tierras de Roma pertenecieron en común a los romanos. Sin hacer precisión cronológica alguna, indica que la posesión romana, en sus inicios históricos, se limitó a los esclavos y el ganado. No fundamenta esta realidad en el derecho de la fuerza, sino que advierte en la posibilidad de que haya sido la Urbe la que haya otorgado la facultad de la mera tenencia al ciudadano para su posesión y uso de forma exclusiva y excluyente. De todos modos, en la sociedad arcaica romana, el poder político suprafamiliar era ejercido por las asambleas tribales, como conjuntos de *gens* o familias, visualizadas en las casas u hogares de cada familia. Todas las cosas o bienes existentes en cada hogar estaban bajo el *dominium* del *paterfamilias*, *dominium* que objetivaba el *usus* y su poder o *possessio* sobre esos bienes, personas y cosas.

En un estadio cultural arcaico romano, no existe distinción nítida entre los contornos específicos de posesión y propiedad, entre otras razones porque no existe la *possessio*, y el vocablo *proprietas* no se empezó a emplear hasta siglos más tarde. No obstante, en una primera aproximación de ideas, *usus* y *dominium*, serían equiparables a aquellas dos instituciones, *mutatis mutandis*. El término predominante, en el periodo arcaico romano, era *dominium*. Y a su lado, de forma inseparable, el *usus*. Se habla de *dominium* como el poder del *dominus* sobre cosas y personas que habitan en la *domus* u hogar donde convive su familia. Es el *pater* de su *familia*.

El instituto jurídico de la propiedad es un concepto elaborado por el Derecho Romano, tras una prolongada y muy razonada secular tarea. En esta concepción jurídica

¹² Theodor Mommsen. *Historia de Roma*, Tomo I, pág. 177. RBA. Barcelona, 2005.

confluyen determinados hechos históricos. Data el término *proprietas* con un concreto contenido de poder absoluto sobre la cosa desde finales de la República y comienzos del Principado. También la *possessio* fue una creación del Derecho Romano. En cualquier caso, todo señala que la idea de la tenencia o *usus* de las cosas es mucho más antigua que la *proprietas*. Tenencia, *usus* y *dominium* convivieron largo tiempo. De esa fructífera fuente de ideas y elaboraciones, la propiedad ha llegado a traspasar las fronteras de la sociedad romana hasta introducirse en todas las legislaciones y, lo que es más notable de ser destacado, cualquier persona, hoy, tiene una idea de lo que es o puede llegar a ser la propiedad referida a una cosa y que ha arraigado en todo el entramado social.

No obstante, la larga evolución social, que arranca desde las XII Tablas, constituye todo un laboratorio imprescindible para comprender cómo y por qué dos instituciones jurídicas, Posesión y Propiedad, referidas a los derechos sobre las cosas, devienen en dos instituciones distintas. Ambas son objeto de tratamiento distinto incluso en las actuales legislaciones civiles occidentales de raíces romanistas, como lo fueron ya en el Derecho Clásico Romano, del que estas legislaciones actuales pueden ser consideradas como sus herederas.

La cuestión referente a cómo es posible que el concepto jurídico de propiedad haya llegado a ser una institución básica en torno a la cual se ha elaborado el Derecho Patrimonial, los Derechos reales o el Derecho de Cosas, en perjuicio de otras concepciones jurídicas, como es la institución jurídica de la Posesión, cuya posible consolidación social en el entramado jurídico hubiera podido llegar a cambiar el ámbito de los denominados Derechos Reales, carece de solución si plantea en un plano teórico y, además, es imposible con ello obtener ninguna respuesta con válidos fundamentos. Estamos ante el arduo problema de lo que pudo haber sido y que no llegó a ser. Una respuesta posiblemente correcta puede venir del estudio de la Historia de Roma y de sus Instituciones Jurídicas. Y en la Historia de Roma surge un dato esclarecedor que puede arrojar luz sobre el tema. Es el *ager publicus*. Inmensos territorios ocupados por las armas legionarias que eran expresión de la Soberanía y grandeza del pueblo romano. La soberanía romana era identificada con la *proprietas*. Sobre tales tierras era incompatible la solapación de otra forma de tenencia que conllevara un poder absoluto. Y para tales situaciones quedó acuñado el concepto jurídico de la *possessio*.

De manera paralela a este apunte previo sobre la disyuntiva doctrinal entre propiedad y posesión, aun cuando es posible señalar que, en un principio, ambas hubieran podido versar sobre el mismo objeto, es decir, sobre la cosa, que ambas se estuvieran refiriendo a lo mismo objeto, la tierra, el genio de unos creadores del *ius civile*, los autores de la *Jurisprudentia*, llegaron a concibir ambas entidades como distintas, aunque con una cierta insuperable trabazón de complementariedad. La *proprietas* era un derecho soberano, absoluto sobre las cosas. La *possessio* no pasaba de ser un derecho a tener la tierra de la soberanía estatal, un derecho relativo sobre la misma. Ante esta evolución del *derecho*, el pueblo romano fue un expectador privilegiado de la formación del *ius civile*. Y su gran beneficiario.

Siglos después, en el Derecho Medieval, el concepto de *dominium* consolida una evolución disgregadora de su contenido y contornos, evolución cuyos embriones originarios pueden apreciarse en el Derecho Romano Vulgar. En el fondo, el Derecho Feudal no hace sino apropiarse de un concepto del Derecho Romano Vulgar que distinguía entre dominio eminente y dominio útil¹³, idea consolidada y que ha llegado a nosotros como norma vigente. Y lo elevó a categoría de articulación de la organización de la sociedad, como una forma de jerarquizar el ejercicio del Poder. Precisamente el Derecho Feudal prestó estos cimientos jurídicos al Estado Feudal. En el Estado Feudal, el Rey es una anomalía política que surge del derrumbe del Imperio Romano de Occidente y la subsiguiente ocupación de su territorio por una serie de pueblos invasores. La implantación en la sociedad del Sistema Feudal derivó una consecuencia cual es la visible debilidad del Poder Político. Al mismo tiempo se pierde el concepto de la unidad del Poder, ya que se cuartejan las facultades inherentes a la Soberanía. El Poder viene caracterizado por ser un hecho o un derecho compartido por diversas instancias o personas, repartido en los distintos territorios, dependientes, aunque sea por delegación, nominalmente del Poder regio. En este contexto político, bajo las directrices del Derecho Feudal, el dominio o propiedad, atraviesa una crisis de identidad.

Es casi paralelo el hecho del resquebrajamiento de la concepción de la propiedad como un derecho absoluto y la desaparición del Estado, tal y como ambos aparecían conformados en la Roma Imperial. Y en la realidad de la antigua Hispania reinaba el

¹³ Código Civil español, art. 1636, párrafo 1º: “Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfitéutica”.

caos. Una península ocupada por dos culturas distintas, doctrinalmente irreconciliables y en estado permanente de guerra. La incapacidad del Poder deriva de su debilidad al estar fundamentado en el Derecho Feudal que confiere al Estado un modelo social feudal. La sociedad feudal se relativiza al depender de las relaciones personales que la articulan. Tiene ello sus aplicaciones a la manera de concebir las relaciones del hombre con la tenencia de la tierra, principal fuente de alimentos derivados de la actividad agraria.

Para el Estado Feudal la existencia del Rey no resultaba imprescindible, así como tampoco de que el Rey ejerciera algún género de Poder, para seguir funcionando como una organización estatal. El Estado Feudal hubiera podido prescindir del Rey pues el fundamento del feudalismo estaba en las relaciones personales de interdependencia. La llegada del Estado Moderno precisó de la desaparición del Estado Feudal, así como el hallazgo e implantación de otros fundamentos. Será el Poder del Monarca quien asuma la totalidad de las funciones, antes dispersas, ejercidas por terceros mediante delegación. En resumen, es la invasión de los terrenos de la Justicia, el control fiscal y la actividad militar, por parte del poder regio, como su reafirmación en la cúspide institucional del Poder Absoluto.

* * *

El Estado Feudal vivió en un oscuro horizonte que eclipsó el concepto de propiedad elaborado por la *Jurisprudencia* romana, y lo diluyó en la experiencia práctica que ofrecía la posesión, ésta también de creación y regulación jurídica romana. La *hereditas* sufrió en el Derecho Feudal una trasposición de significados. De ser una forma de acceso a los escasos supuestos de *proprietas*, o la tenencia posesoria de la tierra como un derecho integrado en el seno de una familia o linaje, por virtud de su vinculación al derecho sucesorio, esos bienes, transmitidos por el derecho hereditario, recibió el nombre de *hereditas*. Comprende en su ámbito títulos incursos tanto en propiedad como en posesión. La implantación de estos “*derechos posesorios*” es consecuencia directa de la vigencia del Derecho Feudal: su regulación e implantación social fundamentó el Régimen Feudal.

La llegada del Estado Moderno, previa la desaparición del Derecho Feudal, como condición absolutamente necesaria, vino propiciada por la inestimable ayuda del hecho histórico consistente en la Recepción del Derecho Romano que fuera recopilado, siglos

atrás, por iniciativa de Justiniano, sin omitir la obligada referencia al Derecho Canónico. Se asumió el concepto de Soberanía del Estado a través de las notas definitorias del Señorío del Rey. Y el Poder Regio vino reforzado por cuanto reunió en su mano los esenciales poderes o funciones, de los que destacamos la Justicia y la actividad militar. Desaparecen las huestes feudales medievales. Es a la vez significativo que se diferencié y consolidó el concepto jurídico de propiedad, base de los derechos reales, respecto del concepto de posesión, considerando a ésta como una situación jurídica, con amparo legal, subordinada a la propiedad. Ésta, la propiedad, como derecho; aquélla, la posesión, sin dejar de estar amparada por el derecho, como una mera relación fáctica y subordinada a la primera.

* * *

Como ya hemos deslizado, en este trabajo vamos a intentar poner de manifiesto, en la medida de lo posible, la existencia de una relación entre la evolución histórica del Poder y la concepción jurídica del Derecho de Propiedad. En la medida en que el Poder se instituyó bajo el régimen Imperial en Roma, se debilitó la idea de la propiedad o dominio elaborada bajo el predominio social de la *Jurisprudencia*. El Poder ejercido por los Emperadores prescinde de la base jurídica del *ius civile*. Desaparece el poder creador del *ius civile* por la *Jurisprudencia* y se logra por el Poder el control de la creación de la *lex* y la administración de la Justicia. Tanto en cuanto respecta a su elaboración o creación legislativa como el ámbito de su aplicación y de su control mediante la regulación de los recursos procedimentales, ámbito procesal vigilado por el Poder.

Desde Constantino, a principios del siglo IV, el Derecho Romano Clásico va siendo sistemáticamente sustituido por el Derecho Romano Vulgar. El *Codex Theodosiano* es un monumento jurídico en el que observa esa realidad. Y en su seno se aprecia la distinción entre dominio eminente y dominio útil. En lo cual aparece un embrión que prestó la ayuda necesaria para fundamentar jurídicamente el Derecho Feudal.

En el Derecho Hispánico Medieval se contempla una plena evolución y un pleno desarrollo de la distinción entre el dominio eminente y el dominio útil. Mientras el primero circula por la frontera del concepto de la Soberanía o del Señorío, el segundo hace referencia a una mera situación posesoria, una forma de tenencia de la tierra. Posesión que es incluso transmisible a través de los más variados mecanismos jurídicos.

Compraventa, sucesión hereditaria, donación, trueques, todos ellos u otros más, aparecen en todos los diplomas medievales celosamente guardados en los archivos eclesiales, como prueba de cuanto venimos diciendo y como veremos. En este contexto político-social del Medievo, la debilidad del Poder es patente. En la medida en que el Poder del Rey es débil e inestable, compartido, delegado y territorializado, la crisis conceptual que atraviesa la propiedad viene a ser consecuencia de la implantación generalizada del Régimen Político Feudal.

Mientras que en la Roma Imperial la preocupación del Poder consistía en estabilizar el inseguro *limes* fronterizo, facilitando el asentamiento de los militares eméritos en dichos problemáticos lugares, mediante la entrega de tierras limitáneas para eludir los abandonos fronterizos, en la Hispania Medieval se facilita la posesión de tierras para repoblarlas y cultivarlas. Pero mientras en el primer citado caso, se entregaba la tierra sobre la base del poder general emanado del Emperador, en el segundo lo que se facilita es la posesión de la tierra, procurando el sustento familiar del ocupante, mediante el pago de un canon anual o en un porcentaje sobre la cosecha obtenida.

* * *

La Recepción del Derecho Romano Justiniano es un eslabón que resultó necesario para restaurar un innovador estado de cosas. La Recepción era condición necesaria para asegurar que el Poder abriera los cauces para facilitar la llegada del Estado Moderno. No fue posible bajo la figura del mentor e impulsor de Las Partidas, el Rey Alfonso X, en la Hispania de la Reconquista. La situación económica no era la más favorable y propicia. No pudo domeñar los privilegios de los poderosos, de la Nobleza, civil o eclesiástica, que se aferraban al sistema Feudal, como el soporte garante de sus derechos económicos y su intocable parcela de poder. Pero se había dado un paso necesario, cual fue sentar las bases de una nueva cultura jurídica, basada en el cúmulo de ideas jurídicas renovadoras que albergaba el Derecho Justiniano, así como en las ideas elaboradas por el denominado Derecho Canónico, cuya influencia puede ser apreciada también en las Partidas.

El sistema de los Señoríos se había enquistado en la sociedad medieval. Los privilegios de los nobles cercenaban el Poder Real y la propiedad era sinónimo de Señorío. El régimen Feudal era una barrera que dificultaba la implantación de los

mecanismos necesarios para posibilitar la llegada de la nueva situación política que a duras penas se podía apreciar en el horizonte de la evolución humana. Aunque las ideas estaban sembradas en el ambiente, aun no había llegado el momento político. Fue necesario esperar un siglo para que su biznieto, Alfonso XI, sentara los fundamentos de un Estado Moderno, con las Cortes de Alcalá y la implantación de su Ordenamiento. Y desde 1348 se abrió la Hispania Medieval, desde el fenecido sistema feudal, enemigo del Poder Regio y el lastre social, cultural y económico que taponaba el afloramiento de las bases de un nuevo Estado Moderno, a un futuro en que nuevamente el Derecho de Propiedad del Derecho Romano iluminó la idea de Justicia, que el Rey rescató para sí, como una de sus primordiales funciones. No era tal función la única, pues un Estado Absoluto requería asumir otras funciones y cometidos, pero fue un principio básico, la condición *sine qua non* para sentar las bases del Derecho, en el que el reconocimiento de la Propiedad, es nada menos que un Derecho actual de reconocimiento constitucional, y al mismo tiempo para sentar las bases del Estado Moderno, fuera del cual al ciudadano le es imposible vivir.

I. El Derecho Romano.

I. 1. Breve Introducción.

El Derecho Romano es una realidad histórico-jurídica única, y, hasta cierto punto, podría decirse, irrepetible. El proceso evolutivo, a lo largo de los tiempos, de la sensibilidad jurídica del pueblo romano, o mejor aun, las consecuencias derivadas de aquella misma evolución consideradas desde el punto de vista de sus hallazgos conceptuales aplicados a la práctica cotidiana, pueden ser considerados a manera de miliarios o hitos marcadores que señalizan de forma precisa una larga marcha de la sociedad humana, que se refleja desde el Derecho Romano Arcaico y su evolución estrechamente vinculada al devenir de la Historia de la Humanidad. Una tan prolongada Historia hace muy difícil hablar del Derecho Romano como una realidad ajena al devenir humano, máxime si se tiene en cuenta la difusión por todo el orbe conocido en su época, de la mano férrea de la expansión legionaria; y con posterioridad, incluso a la desaparición del poderoso Estado Romano, fue aceptada por otros muchos pueblos a causa de su utilidad práctica y la sabiduría de la lógica contenida en sus formulaciones.

El Derecho, en cuanto producto cultural de vivencia humana, goza de la principal característica del conjunto de la Humanidad, esto es, la capacidad de adaptación a las nuevas necesidades sociales y políticas. Esta realidad cambiante es la que va remodelando el Derecho, y no al revés, aunque no puedan ser ignoradas las decisiones de actualizaciones dimanantes del Poder Político, con propuestas legales renovadoras, la búsqueda de nuevos modelos en pos del hallazgo de la pretensión de una sociedad justa.

Un eslabón inicial sólido, un punto de partida para el estudio de la relación del hombre con las cosas, lo que se conoce como el Derecho de Propiedad, y sus conexiones con el hecho de la tenencia de los bienes y su protección jurídica, lo que pasando el tiempo será la posesión, en aquel mundo arcaico y en su entorno cultural, es la denominada Ley de las XII Tablas. No obstante ser el primer hito jurídico, la legislación tabular debe ser tomada en consideración en sus posibles relaciones y antecedentes heredados de un pasado prehistórico, anclado en un ambiente sociológico del que se destaca la integración de las personas en un mundo de tribus y familias. El evidente interés jurídico del contenido de expresado monumento histórico que, contemplado desde la lejanía del tiempo, hace que quede en un segundo plano incluso la fecha de su origen, así como el hecho de que éste haya sido objeto de unos adornos de carácter *quasi* mitológico, incluso el hecho de haberse perdido el monumento original. Todo pueblo necesita de unos anclajes que sirvan de engarce, mediante mitos, como legendaria herencia de un pasado que tal vez nunca existió, pero que puede resultar reconfortante y justificativo del origen de su propia existencia, enlazando una grandeza de que careció en origen pero que el futuro, labrado desde el esfuerzo, no dudó en regalarla. Un presente glorioso necesita de un pasado no menos glorioso.

La exaltación de la grandeza de un pueblo necesita de hitos ennoblecidos por la fértil inspiración de los poetas, tal y como se deduce de la misma referencia a la teoría de que la legislación inaugural de la Roma Republicana fuera copiada o importada del mundo griego¹⁴. Conocida era la admiración de las élites romanas por la elegancia del pensamiento griego. Sin embargo, la labor de los decenviros no aspiraba a renovar el mundo de la filosofía griega. La labor decenviral estaba guiada por la de plasmar por

¹⁴ Así, en la Ley VII. 2 de las *XII Tablas*, puede leerse sobre la acción de deslinde: “*siguiendo el modelo, en alguna medida, de aquella ley que se dice estableció Solón en Atenas...*” aunque tal adaptación a la realidad social romana viene condicionada por la expresión “*en alguna medida*”.

escrito unas leyes que eliminasen el oscurantismo y la arbitrariedad, las cuales no entraban en contradicción grave con las costumbres vigentes ya en los entresijos sociales del seno de un pueblo elemental, como era el romano de la época, que tenía recién estrenada la independencia política del poder etrusco. Leyes que constituyen principios jurídicos como resultado de su continuada observancia al responder objetivamente a unas creencias arraigadas que surgen y enlazan con una práctica consuetudinaria. Las XII Tablas representan el prototipo de la vida de Roma, en el momento inicial de su aparición en el horizonte de la Historia, como un ente político que busca su razón de ser, su independencia, su propia subsistencia al estar rodeada por un ambiente de pueblos hostiles en el exterior de sus iniciales colinas.

No pasó desapercibido este hecho a Pomponio que dedicó páginas de su Manual a ensalzar este evento, referenciado posteriormente en el Digesto. Tras la liberación del poder etrusco por la Ley *Tribunicia*, el pueblo romano vivió el hecho de que cayera en desuso la legislación emanada de los reyes etruscos, y el pueblo romano otra vez comenzó a regirse por un derecho incierto, al parecer la costumbre, situación de incertidumbre creada por la ausencia de unas normas que constasen por escrito. La incertidumbre de ese nuevo derecho no era que fuera un derecho novedoso. Lo que el pueblo romano toleró durante dos decenios fue la inseguridad de que su derecho, consuetudinariamente observado, no tuviere una segura constancia por escrito. Fue el necesario tributo que se debe pagar socialmente ante todo cambio; pero el cambio no consistía, posiblemente, en la modificación de la legislación consuetudinaria observada por el pueblo cobijado al abrigo de las siete colinas, sino que este cambio anhelado por el pueblo romano, era una exigencia social del *populus* a los nuevos poderes romanos: la puesta en práctica de garantía de la seguridad jurídica, la constancia por escrito de las normas; un derecho, en suma, exento de cualquier atisbo de arbitrariedad por parte del nuevo Poder. Para tratar de buscar una salida a esta exigencia, refiere el Digesto que se delegó a diez varones para que bucearan entre el pueblo griego unas leyes que rigieran en Roma. El hecho de buscar en el mundo griego la referencia legislativa puede ser interpretado como una dependencia cultural y admiración del mundo griego, un reconocimiento de un cierto aire resignado de la inferioridad cultural romana.

Ya antes hemos referido el posible carácter mítico de este relato, carácter legendario que adornó la independencia de Roma. De aureola dorada se revistió el

linaje, siglos más tarde, de Augusto. Cuando Pomponio esto escribe, Roma está viviendo una época de esplendor global, incluido el económico, que suele correr paralelo. Y necesita engrandecer su pasado engarzando su historia con mitos que ensalcen sus orígenes. La referencia, también insegura, a la figura de Hermodoro de Éfeso, desterrado en Italia, pone énfasis en un hecho, como es que tal vez la dificultad de dichos diez varones en el conocimiento y dominio de la lengua de los griegos, en el más que probable supuesto de tal necesidad, fuera resuelta por algunas personas que tuvieran conocimiento del latín rudimentario de aquella época. La legislación así elaborada se gravó en un tablas de marfil y expusieron en los *Rostra* del Foro para general conocimiento. En el plazo de un año estos diez varones ampliaron estas leyes añadiendo otras dos, hasta el total de XII¹⁵.

Añade, seguidamente, Pomponio un dato que, para el devenir del Derecho Romano, será de la más grande importancia, cuando se refiere a que, tras la promulgación de estas leyes de las XII Tablas, fue necesaria su interpretación en el Foro, apoyada en la autoridad de los jurisconsultos. De esta discusión interpretativa, toda ella fundada en sugerentes ideas surgidas del debate judicial, de tal trabajo nacido de la actividad de los jurisconsultos, surgió un derecho no escrito que comúnmente se conoce como Derecho Civil¹⁶. La actividad de los jurisconsultos, en las discusiones del Foro romano, está dotada de un elemento creativo, libre e independiente que, partiendo de la Ley de las XII Tablas, así como de cualesquiera otras normas vigentes emanadas de órganos legitimados al efecto, en el fondo era un conjunto normativo precisado de una interpretación para su aplicación, en Roma, de las mismas y sin perder de vista el mayor de los respetos hacia el contenido normativo de la Ley, crearon el Derecho Civil o *ius civile*. Los logros de esta manera de trabajar los jurisprudentes, son conocidos como la *Jurisprudentia*. Su reverenciado trabajo llegó a ser fuente del Derecho, integrándose con las *leges* y otras resoluciones, en el *Ius*. Con este relato tal vez se esté

¹⁵ D. 1, 2, 2, 4: “*Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus, et civitas fundaretur legibus; quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris compuserunt, ut possint leges apertius percipi. Datumque est iis ius eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur, neque provocatio ab iis, sicut a reliquis magistratibus fieret. ...ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt; et ita ex accidentia appellatae sunt leges duodecim tabularum...*”.

¹⁶ D. 1, 2, 2, 5: “*His legibus latis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritate necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus; des communi nomine appellatur ius civile*”.

tratando de dejar constancia de determinados cambios en la sociedad romana que precisaron de la utilidad de adaptar la ley a tales novedosas circunstancias. Demuestran la idea de la viveza del Derecho en una sociedad dinámica, en plena expansión. El dinamismo de una sociedad, de un pueblo, lo proporciona no la masa de la gente en aquella integrada, sino una selecta minoría pensante que de forma insensible, incluso sin pretenderlo, muchas veces extramuros del Poder Político, remueve sensibilidades, ilumina horizontes y orienta el rumbo que una sociedad debe perseguir para alcanzar una anhelada meta de Justicia. No se trata de una asunción de funciones usurpadas al Poder, sino la evidencia que proporciona la realidad, pues la Justicia está inserta en la sociedad, como algo sustancial a ella. Tampoco se trata de una dejación de funciones del Poder, sino que éste se encuentra tan abrumado por el acoso militar de pueblos vecinos, que afecta a la propia supervivencia del Estado lo que está en juego.

Decíamos, más arriba, que las dificultades de buscar una unidad en el Derecho Romano están motivadas por tan prolongada trayectoria histórica. No es fácil profundizar con éxito en la ardua tarea de hacer una periodización de la evolución sufrida por el Derecho Romano a lo largo de tantos siglos de su historia particular, la cual, conviene resaltarla por sus destacadas consecuencias, está arraigada en el marco general de la Historia. Ello es debido a su alargada vida, que arranca desde el año de la fundación de Roma, en el entorno del 754 a. C. Si el modelo elegido para examinar su evolución se pone en relación con los cambios políticos, no se podrá perder de vista el tipo de poder político imperante en la *Urbs*. Guerras civiles y sociales fueron una consecuencia de las luchas por la toma y el control del poder político, así como por la insuperable aspiración a un trato igualitario en el ámbito jurídico.

No deben ser ignorados los cambios políticos. Cuando el Poder se enseñorea de una sociedad, ésta queda vinculada al devenir de aquél. La dependencia del Derecho con respecto al Poder no siempre debe ofrecer una visión peyorativa de los resultados de tal interrelación. En efecto, la labor de los Magistrados romanos, y en especial la tarea creadora del Derecho en manos de los *Praetores*, ampliando el mundo procesal protector de las acciones, fue un mecanismo que posibilitó la evolución del Derecho Romano, adaptando el mismo a la realidad social y desbrozando su futuro por caminos novedosos. Es el *ius honorarium*, que marca un nuevo rumbo renovador del Derecho Romano. Una vez más el derecho de los procedimientos judiciales, el denominado

marco jurídico del mundo judicial, el derecho procesal usado por los jueces siguiendo los criterios de los Pretores, en suma, señala nuevos horizontes de racionalidad frente al encorsetamiento de la *lex* que basada en formulaciones rigurosas, se ve ampliamente desbordada por cualquier novedosa situación de una transformación de la realidad social.

Otro elemento a tener en cuenta para estudiar la evolución del Derecho Romano consiste en analizar los cambios territoriales sufridos por la sorprendente expansión del poderío militar de Roma. Desde la conquista del solar itálico, el largo conflicto bélico en la Península Ibérica, la Guerra de las Galias, la expansión dotada de fortificaciones con las que se hiciera frente a la siempre complicada vecindad con los pueblos germánicos, hasta llegar a completar el dominio completo del Mediterráneo y el Oriente Próximo, todo ello contribuyó a crear un complejo mundo en el que estaba viva toda una serie de pueblos, más o menos romanizados, donde convivían con costumbres y usos distintos a los observados por las legiones romanas. Un ejemplo es significativo. Así, cuando en 137 a. C., el Cónsul Hostilio Mancino cayera en una emboscada por los enemigos de Roma, hostilmente tratados, los habitantes de una pequeña villa arévaca, Numancia, obligaron al citado Cónsul a firmar una capitulación de rendición con su *Imperium*. El Senado reputó el tratado humillante para gloria y el honor de Roma, depuso a Hostilio y le sustituyó por Emilio Lépido. Arrebató el Senado a Hostilio de su *Imperium* para deshacer el voto de índole religiosa que teñía al tratado firmado, así como privar al derrotado Cónsul de la condición de *cives*, y ordenó el Senado la entrega de Hostilio Mancino al pueblo de Numancia, significando ello el repudio del tratado que suscribiera con su *Imperium*. Señala Joaquín. L. Gómez-Pantoja¹⁷, que al siguiente año, todo el pueblo numantino quedó atónito al presenciar la ceremonia que imponía el *ius feziale*, esto es, ver a Mancino desnudo y maniatado, conducido por el Cónsul Furio y acompañado por los excónsules Metelo Macedónico y Q. Pompeyo, quienes le dejaron abandonado a las puertas de Numancia. Los arévacos no podían entender nada de lo que veían, y por ello no aceptaron acoger a Hostilio Mancino, quien, vuelto a Roma recibió toda suerte de humillaciones, pues el poder militar y la soberbia superioridad romana rechazaba frontalmente lo sucedido.

¹⁷ Joaquín L. Gómez-Pantoja. *El asalto a Numancia*, en *Protohistoria y Antigüedad de la Península Ibérica. La Iberia Prerromana y la Modernidad*, pág. 348. Eduardo Sánchez-Moreno (coord.). Sílex. Madrid, 2008.

Muchos pueblos no estaban en condiciones de asimilar los entresijos de la forma de pensar de Roma, cuya dominación se negaban a admitir. Otros, sometidos *manu militari*, a pesar del proceso de romanización, siempre conservaron íntimamente sus propias raíces culturales.

El éxito militar debido a la eficacia bélica de las legiones, agrandó quizá desmesuradamente los primitivos dominios territoriales de la *Urbs*. Ello requería un aparato buracrático de complicada dotación para consolidar la administración política de tan dilatadas conquistas. Sin embargo, el personal al servicio de la Administración pública romana era escaso. En muchas áreas, la gestión de lo público era cedida a terceros particulares, quienes veían en tales cesiones una forma de rápido enriquecimiento. En las provincias se desarrollaron aristocracias poderosas, y, ante el vacío del poder que la lejanía de la *Urbs* propiciaba, se desarrollaron instituciones, como el patrocinio, no dudando las élites, aristocráticas y poderosas, en crear ejércitos privados. Esta realidad era una expresión de su fuerza poderosa y, a la vez, a largo plazo, de su debilidad.

Otro elemento a tomar en consideración para tratar de explicar la evolución del Derecho Romano, es el examen de la economía. Los problemas económicos, fiscales y monetarios, influyeron en la dinámica política y social de la Historia de Roma. La carencia de datos de producción, de salarios y su evolución, la incidencia del sistema de esclavitud en la actividad económica, hacen entrar en un territorio dominado por la nebulosa de la incertidumbre. Ello no obstante, la numismática ofrece una base bastante sólida para examinar las líneas generales, aunque se tengan que limitar al examen del patrón que regía el sistema monetario. Así, la grave crisis económica del siglo III se desencadenó por la carencia de material precioso para acuñar moneda. El agotamiento de los filones de Hispania, primero los muy explotados de Sierra Morena, y en segundo término los distritos mineros que Julio César descubriera en su estancia en Galicia, así como la dificultad de controlar el distrito aurífero de la Dacia, obligó al Emperador Caracalla a sustituir el patrón oro, que implantara Octavio y estuviera en vigor desde la época de Augusto, por el patrón plata.

La severa desaparición de la confianza, virtud ésta que es la base y fundamento de todo sistema monetario, llegó a ser tan grave que Diocleciano, en 301 d. C., intentó poner orden en aquel caos, que había provocado un colapso económico con el destrozo

de la actividad comercial, y adoptó una medida económica mediante el *Edictum pretiis* estableciendo salarios y precios máximos para todo el ámbito Imperial. La consecuencia de tales medidas, que eran de imperial obligado cumplimiento, fue una vuelta a la economía natural. Diocleciano demostró con sus medidas que el Poder carece de los necesarios mecanismos para gobernar algo tan etéreo cual es el sistema monetario, punto sobre el que gira el sistema económico. Rectificando las medidas establecidas por Diocleciano y tratando de corregir sus errores económicos, Constantino devolvió el sistema monetario al patrón oro y estableció un impuesto cuadrienal pagadero por los habitantes de las ciudades, de lo que parece deducirse una pujanza económica de las ciudades, aunque a la larga llevaría a las élites poderosas a abandonarlas, desplazándose a habitar sus villas, en el campo, lejos del bullicio urbano. Este régimen de vida campestre era para la oligarquía mucho más rentable en el plano económico. Este hecho explica la existencia en la Hispania de la abundancia de ricas y espléndidas villas. La economía es un barómetro social que escapa a los controles del Poder.

En todo caso, la evolución de la constitución política de la *Urbs* nos ofrece un sistema monárquico que va desde 753 a. C. a 509 a. C.; otro sistema republicano que se prolonga en el tiempo hasta el 27 a. C.; un régimen de Principado que se alarga hasta el 235; y un Dominado que concluiría en el año 565. Pero este criterio, basado en la forma de la organización del Poder Político de Roma, aplicable al Derecho Político, no es válido para examinar la evolución del Derecho Romano que tiene su motor evolutivo en el Derecho Jurisprudencial. Como tampoco aporta gran cosa la parcelación de una historia del Derecho Romano en considerar una época primitiva o antigua, hasta el siglo II d. C.; una época Clásica hasta el 235; seguida de una época postclásica hasta el 565.

Eduardo Vera-Cruz Pinto¹⁸ se aparta de estos criterios, jalonados con hechos históricos relevantes, buscando unos hitos jurídicos válidos para examinar la evolución del Derecho Romano. Se centra en un método *jurishistoriográfico*, no histórico jurídico del Derecho Romano. Es un método para el estudio del Derecho conociendo la historia jurídica, no para estudiar Historia cuyo objeto sea el Derecho. Para este autor, el hilo conductor necesario para el estudio del Derecho Romano está en la búsqueda y

¹⁸ Eduardo Vera-Cruz Pinto. *Lições de História do Direito Romano. I. Síntese geral*. AAFDL Editora. Lisboa, 2017.

conexión de la *Iurisprudentia* como característica identitaria del Derecho Romano. *Iurisprudentia* que proyecta hacia el futuro su capacidad creativa plural, que destaca la diversidad creadora de opiniones contrastables y la independencia en cuanto a la aplicación en el ámbito de lo jurídico.

Como antes señalábamos, la sociedad quedaba condicionada por el considerable esfuerzo de dominación social pretendido siempre por el Poder. Ello no obstante, una sociedad viva contiene en su seno otras fuerzas que se resisten a verse avasalladas. Son los jurisconsultos, hombres dotados de poder moral, que desde la independencia de su función social, van alumbrando caminos, rompiendo barreras y obstáculos. Su labor es creativa. Vera-Cruz Pinto no encasilla la labor jurisprudencial en los consabidos hitos de *iurisprudentia* primitiva, clásica y postclásica. Parte del término *a quo* de las XII Tablas hasta llegar al punto *ad quem* que fija en la codificación de Justiniano. Es una labor narrativa para llegar a explicar el origen, el proceso que alumbró el método de creación jurisprudencial del Derecho Romano y el fin de este prolongado trayecto, centrando su atención en los momentos fundamentales.

Dado que el objeto de nuestro estudio, en la medida de lo posible, consiste en el estudio pormenorizado de la institución jurídica de la propiedad, en tal ámbito centraremos nuestra atención. Sus relaciones con la *possessio*, conceptos jurídicos ambos de creación romana, tanto en sus respectivas concepciones como en lo relativo a su pormenorizada interrelación, sin olvidarnos del hecho de que ambas tuvieron una adecuada atención normativa. La estrecha relación de ambas instituciones produjo una inquietante confusión. La incidencia de la intromisión del Poder en el panorama del mundo jurídico no ayudó a aclarar conceptos; antes bien, con sus imprecisiones legislativas, introdujo ideas que generaron, a la larga, un horizonte que propició la llegada de un sistema jurídico-social insospechado. Pero ello nos llevará a tiempos futuros. Centraremos el tema de estudio a las cosas o bienes, como objetivo de nuestra preocupación, es decir, de qué formas y con qué alcance se relaciona el *cives* romano con las cosas, con sus cosas, destacando en todo caso que es muy difícil separar esa vinculación del dato objetivo, las cosas, con el elemento subjetivo, lo mío o lo nuestro. Principiando por el entorno de la época de las XII Tablas. Es decir, al antes, durante y al tiempo posterior a la implantación de la legislación tabular.

I. 2. El Derecho romano arcaico.

I. 2. 1.- El marco histórico.

Cronológicamente, el desarrollo del proceso evolutivo histórico del Derecho Romano, en su fase arcaica, se extiende hasta la mitad del siglo III a. C. aproximadamente.

La Ley de las XII Tablas constituye la pieza jurídica angular para el conocimiento del Derecho Romano en sus primitivos orígenes. Sobre sus sólidos cimientos se levantará el edificio jurídico. Se puede fechar alrededor de mediados del siglo V a. C., en torno a 451 a. C.; si bien su contenido original no nos ha llegado, se dispone de una noticia mutilada e incompleta. Estamos ante un monumento jurídico desconocido del que tenemos una información indirecta a través de hipotéticas reconstrucciones de textos espigados de la más diversa procedencia¹⁹. Señala Kunkel²⁰ que el latín arcaico, en que debía ir inicialmente redactada, ha sufrido actualizaciones en el tiempo para hacerla comprensible a sus ciudadanos. Evolucionaba el latín, y la ley, observada desde la práctica consuetudinaria, también lo hacía, en la medida en que la sociedad cambiaba impulsada por las nuevas realidades. Lo permanente de la misma era su esencia, en cuanto estaba vinculada a los derechos conferidos a los ciudadanos.

Dos hechos históricos aparecen en el horizonte. El primero es la consolidación de Roma en su entorno del Lacio, una vez liberado el pueblo romano de la dominación etrusca. El segundo hecho histórico consistió en evitar que el Poder revistiera la forma monárquica, tratando de impedir que el ejercicio del Poder fuera vitalicio, en condiciones de normalidad política: fue sustituida por un régimen político republicano, con un Senado como consejo de mayores, dotado de un prestigioso halo aristocrático, el buen aroma que destila el poder y la riqueza. Para evitar volver a la dominación de un monarca de carácter vitalicio, el nuevo sistema político urbano se dotó de unos órganos ejecutivos con la duración temporal de una anualidad. Además, dichos órganos de ejercicio del Poder eran colegiados para evitar las tentaciones personalistas.

¹⁹ Michel Humbert. *La Loi des XII Tablas. Édition et commentaire*. École Française de Rome. Rome, 2018.

²⁰ Wolfgang Kunkel. *Historia del Derecho Romano*, pág. 32. Ariel. Barcelona, 1989.

I. 2. 2.- Las XII Tablas y su posterior desarrollo.

La legislación romana, contenida en las XII Tablas, es fruto de una reivindicación plebeya para que se dejara constancia del Derecho por escrito, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica. La preocupación del legislador principia por resaltar la necesidad de acudir a la llamada en juicio, pues de tal manera se recoge en la Tabla I²¹, como paso privado previo para acudir ante el Magistrado al objeto de resolver sobre la pretensión litigiosa. Si se negare el citado a acudir, reclámese la presencia de testigos y aprehéndasele. En caso de actos significativos de evitar acudir a la citación o tratar de emprender la huida, puede ponerle la mano encima para obligarle. Hasta ese momento los trámites iniciales del acceso a la justicia se mueven en la esfera privada. Cabe la posibilidad, en el trayecto para ante la Justicia, de un acuerdo de las partes sobre el objeto litigioso, en cuyo caso, tal pacto debe ser aireado, publicitado. Tal proclamación debe hacerse en el Foro o en el comicio, y nadie mejor para ello que el propio Magistrado. El principio de Publicidad es consustancial a la Justicia. La *manus iniectio* observada en la actuación para llevarle ante la justicia, es un requisito previo de procedibilidad, sin relación alguna con la misma institución que se practica en los trámites de ejecución de sentencia. La primera cedía sus efectos al llegar ante el Foro o el comicio.

Si no llegaran a un acuerdo, las partes exponían de forma sumaria el asunto ante el comicio o el foro antes del mediodía, estando presentes ambos contendientes. De esta forma, con esta observancia de tiempo y lugar, celebrada la vista, traspasado el mediodía, se daba razón al litigante presente. Cuando ambos estuvieren presentes, la resolución debía darse antes de la puesta del sol²².

Instituciones como el *dominium*, aplicado tanto a las personas, en la tutela de las mujeres, como a la transmisión testamentaria de las cosas mediante designación de heredero, o en caso de carecer de “*suus heres*” a los *agnados*, la designación de tutor, la *potestas* sobre el *furiosus* y su *pecunia*, incluso referencia a la *actio familiae erciscundae*, y otras muchas cosas son el contenido de la Tabla V. En la Tabla VI se

²¹ Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, cit. págs. 61 a 92. Tabla I, leyes 1, 2 y 6. Ley 1: “*Si in ius vocat, ito. Ni it, antestamino: igitur em capito*”. Ley 2: “*Si calvitur pedemve struit, manum endo iactito*”. Ley 6: “*Rem ubi pacunt, orato*”.

²² Varela Mateos, Esteban. En *Textos de Derecho Romano*, págs. 21-22. Ley 7: “*Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto. Com peroranto ambo praesentes*”. Ley 8: “*Post meridiem praesenti litem addicito*”. Y Ley 9: “*Si ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas esto*”.

declara derecho cuanto de forma verbal se solemnice en el *nexum* y la *mancipatio*. *Mancipatio* e *in iure cessio* son consagradas como formas de enajenación del poder sobre las cosas, sin omitir la referente a la expresión *usus auctoritas y adversus hostem aeterna auctoritas*, junto otros aspectos referidos a la garantía de la adquisición de bienes, hacen de esta Tabla un complejo mundo sobre el *dominium* y sus formas traslativas, como manifestaciones del derecho privado. En verdad, la legislación tabular es un desordenado sistema, que acoge normas de derecho privado y de derecho público, de derecho procesal, y de derecho administrativo. Responde a las necesidades sentidas por una arcaica población, en el marco de un incipiente, recién estrenado, sistema político.

Llamativo es que no solo se desconoce exactamente el contenido de las XII Tablas, sino también que resulta arbitrario cómo se ha distribuido tan variopinto conjunto normativo en las Tablas. Desde luego, no resulta sorprendente que no se derive el afán inspirador de las XII Tablas del pretendido principio de la seguridad en las leyes, cuya fijación por escrito era determinante, sino que incluso Friedrich August Hayek²³ señale, desde su punto de vista, que la primera de las leyes de la legislación tabular, constitutiva del fundamento de la libertad del pueblo romano, era la que establecía que no debía existir privilegio en favor de personas privadas en perjuicio de otras: era un esbozo de lo que siglos más tarde será el principio de igualdad ante la ley. Esta ley, a que Hayek se refiere, está ubicada en la Tabla IX, enmarcada como ley 1 y 2, dimanantes de unos textos de Cicerón²⁴. *A sensu contrario* viene a decir que no se pueden proponer leyes especiales contra nadie, porque las XII Tablas no consienten las leyes *ad personam*. De todos modos, dada la añadida dificultad que la razón de la distribución de las leyes en las XII Tablas ocasiona, en ningún caso se puede descartar que la investigación arqueológica sorprenda con su hallazgo y desbarate los esfuerzos reconstructivos realizados, resolviendo esta serie de problemas.

Por otra parte, la necesaria evolución de la Ley de las XII Tablas, desde el momento en que tal constancia escrita la convierte en una fosilizada normativa, por necesitar adaptarse a tiempos novedosos, ante situaciones no previstas, en el contexto

²³ F. A. von Hayek. *Los Fundamentos de la Libertad*, tomo I, pág. 299. Fundación Ignacio Villalonga. Valencia, 1961.

²⁴ Cicerón. *De legibus*, 3, 4, 11 y 3, 19, 44: “*Privilegia ne inroganto*”, y “...*Leges praeclarissimae de XII tabulis translatae duae., quarum altera privilegia tollit...*”.

de una sociedad en constante evolución, alumbró el nacimiento de la labor jurisprudencial. Pomponio destaca la autoridad de que gozaban los jurisconsultos²⁵ y la necesidad de su labor. Su importancia radica en que dotaron a Roma de un derecho civil²⁶ propio que, sin estar escrito, consiste en la sola interpretación de los jurisconsultos.

La implantación de las XII Tablas afectó a la revocación de preexistentes *leges* y a la enmienda de las *mores*, propiciando con tal evolución el desarrollo jurisprudencial que propició el nacimiento del *ius civile*. La interrelación entre el *ius* y el proceso, mediante las *legis actiones*, permitió el nacimiento de una *jurisprudencia* creadora y desbrozó el camino para la labor innovadora del Pretor. La separación del Derecho y de la Moral fue vista con claridad por el jurisconsulto Paulo cuando señaló que no todo lo que es lícito, es decir, permitido en derecho, conlleva por ello la condición necesaria para ser tenido por honesto²⁷. La incesante actividad de los jurisprudentes en su imparable búsqueda del ideal de Justicia creó la Moral jurídica. No se trata de que la actividad creadora de los juristas prescindiera de la Moral; se pretendía en todo caso el hallazgo de la Justicia, y la *aequitas* fue un instrumento auxiliar inspirador en dicha labor. Cuando Ulpiano concreta los *tria iuris praecepta*²⁸ está señalando unas sólidas bases para la Moral Jurídica. Vivir honestamente, no hacer daño a otro y dar a cada uno lo suyo. Constituyen el fundamento humano para vivir conforme establece el Derecho desde las bases de la Moral jurídica.

En la época subsiguiente, inmediata, a la promulgación de las XII Tablas, la ciencia y el conocimiento del Derecho arcaico estaba eclipsada por la nebulosa del secretismo que ocultaba al pueblo el quehacer de la justicia, en manos de los sacerdotes. Los Pontífices gozaban del monopolio de interpretar y aplicar el *ius*. Estamos en una época de Jurisprudencia pontificia. Recoge el Digesto²⁹ lo que publicara Pomponio respecto de la actividad jurisprudente de Publio Mucio Scaevola, Bruto y Manilio a quienes atribuye la fundación del *ius civile*, añadiendo que Publio

²⁵ D. 1, 2, 2, 5: “...ut interpretatio desideraret prudentium auctoritate necessariam esse disputationem fori.”

²⁶ D. 1, 2, 2, 12: “...aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit”.

²⁷ D. 50, 17, 144, pr.: “Non omne quod licet, honestum est”.

²⁸ D. 1, 1, 10, 1: “Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”.

²⁹ D. 1, 2, 2, 39 y 41.

Mucio también fue *Pontifex Maximus*. Añade, un poco más adelante, que Quinto Mucio Scaevola, hijo de Publio, fue el primero en ordenar y compilar todo el derecho civil.

La divulgación del *ius* vino dada por un hecho que refiere el Digesto I, 2, 2, 35, compilando textos de Pomponio, cual es que el secretismo en el Derecho Civil fue roto por Tiberio Caruncanio quien profesó la *Jurisprudencia* públicamente, es decir, con plena publicidad y sin oscurantismos. El terreno estaba preparado para la introducción de la publicidad en el mundo del Derecho. Y un escriba de Apio Claudio, llamado Gneo Flavio, hizo posible el público conocimiento de la compilación de fórmulas que contenía el libro de las acciones, hasta entonces su aplicación mantenida en secreto. Estamos hablando de un hecho sucedido en torno a comienzos del siglo III a. C. Estos hechos suponen la pérdida de un monopolio, aplicador del Derecho, en manos de los Pontífices, con la consiguiente la secularización de la *Jurisprudencia*, ya libre de ataduras religiosas, ya instalada en el luminoso horizonte libre de oscurantismos.

Esta nueva situación propició el desarrollo del *ius civile*, desde criterios de racionalidad humana, en aras a la búsqueda de la Justicia en cada caso para solucionar los conflictos mediante el hallazgo de reglas que humanizaran el Derecho. Otra innovación fue la superación de la oralidad de la jurisprudencia pontifical, sustituida por su fijación mediante la escritura dando paso a su publicidad. La labor de los *Jurisprudentes* estaba abierta a la crítica pública, lo que impulsó su actividad creativa. Esta labor de los jurisperitos se basaba en la *Interpretatio* creando conceptos, reglas de aplicación y excepciones a las mismas. Ello se denomina *Jurisprudencia*. Buscaban los jurisperitos armonizar las leyes, lo normado mediante los Senadoconsultos, las normas emanadas del Poder, los edictos pretorios, los usos y las costumbres, pues todo este material normativo constituía el objeto de su acción creativa.

Las bases del *ius civile* se fueron consolidando por la incesante actividad libre de los *jurisperitos*, que no se circunscribían exclusivamente a la interpretación de lo dispuesto en las XII Tablas. Su objetivo era la *Interpretatio* creadora y declarativa del Derecho, de las Reglas del Derecho. Para ellos las *leges*, también integradas en el *Ius*, no era el fin sino un medio en el desempeño de su indicada actividad. No obstante, aunque los jurisperitos constituyeran un elemento valioso en la creación del Derecho e iluminaran los nuevos horizontes en la evolución del mismo e inspiraran en

el fondo la labor orientadora en el ámbito de lo jurídico del Pretor, que éste llevaba a cabo a través de sus Edictos, la *Jurisprudentia* carecía de *imperium*, es decir, del respaldo que propiciara la ubicación en las cámaras donde se ejercía el Poder: la *Jurisprudentia* no estaba integrada en el Poder político, sino que tenía vida propia extramuros del sistema político. Su fuerza radicaba en el respaldo y reconocimiento social, en su independencia.

De ahí que, para deslindar los ámbitos del quehacer de la *Jurisprudentia* del derecho nacido de la labor del Pretor, Papiniano³⁰ explicara la justificación del *ius honorarium*, emanado del *imperium* del Pretor, en razón de utilidad pública para ayudar, suplir o corregir el *ius civile*. Crea *actiones utiles* y *actiones in factum*, las primeras acudiendo a criterios de analogía existentes en el *ius civile* y espolcados por la inquietud creadora de los *Jurisprudentes*; y las segundas aplicables a supuestos no previstos en el *ius civile*. El Pretor, además, acoge diversas *exceptiones*, como mecanismos procesales de defensa de derechos o situaciones jurídicas; también el Pretor, en otras ocasiones, procede a denegar *actiones*. Los procedimientos romanos fueron el cauce para consolidar la defensa procesal de las reformas sustantivas introducidas en el *ius civile*. El Pretor formaba, como Magistratura, parte del Poder político. En cambio, los *Jurisprudentes*, estaban investidos de la *auctoritas*, emanada de un merecido reconocimiento social.

El Derecho Romano antiguo también sufrió una evolución en el ámbito de la defensa de los derechos del *civis* romano. Este desarrollo arranca primitivamente de una situación de autodefensa o autotutela, como respuesta a una actuación de un tercero que se considera injusta pues perjudicaba sus derechos. Era el *furtum*. En el Derecho Romano arcaico cualquier ataque al poder, que un *civis* tenía sobre cosas muebles, era perseguido como un *furtum*. En sus orígenes, en el Derecho arcaico, la acción de justicia está en manos privadas, o delegada a la actuación de los Mayores, representantes de las tribus o *gens*.

I. 2. 2. 1.- El *furtum*. Su evolución jurídica.

Estamos ante el *furtum*, vocablo que procede de *ferre*, de manera tal que *furtum* solo es aplicable, en un principio, a las cosas muebles y a personas, que pueden ser tomadas y sujetas con la mano, trasladables de lugar, de cuya realidad se deduce, por

³⁰ D. 1, 1, 7, 1: “*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam*”.

exclusión, que las tierras y las casas, por la dificultad de tomarlas en toda su amplitud con la mano, no encajen en la posibilidad de ser objeto de *furtum*. La movilidad era el carácter distintivo, que hiciera a las cosas susceptibles de *furtum*. Con este hecho de evidente naturaleza procesal, se desmembró, de forma parcial, la equiparación de los mecanismos jurídicos formales de la *mancipatio* y de la *vindicatio*. Todo cuanto a través de la *mancipatio* podía ingresar en el *dominium* de la casa, era defendible y recuperable mediante la *vindicatio*, pero para las cosas muebles el *furtum* ofrecía un mecanismo procesal especial consistente en la facultad, en manos particulares, de la persecución, búsqueda y posible hallazgo de las cosas robadas.

Las XII Tablas³¹ recogen este arcaico mecanismo de la búsqueda con dos enigmáticas palabras: “...**LANCE ET LICIO**...”. Según Gayo, esta institución es una oscura reliquia del pasado³².

Furtum, *rapiña* y *damnum*, es decir, ataques a los bienes de un romano, fueron considerados por el Poder como contravenciones, reputando estos hechos como delictivos. La salvaguarda de la paz social, justificó la intervención pública, procurando fiscalizar estas conductas sitas en la frontera de la venganza privada o del ejercicio de la fuerza para la autodefensa de derechos legítimos violentados. En aquellos momentos iniciales, la justicia está barnizada de tintes religiosos, está en manos de los Pontífices. Cuando el *ius* y los *fas* estaban indiferenciados, la influencia del poder de la Religión Romana, es decir, del castigo que inducía el temor que verse excluido de la *Urbs* con la privación de derechos e incluso de la condición de *civis*, cuando los derechos estaban protegidos por la *legis actio sacramento*. La justicia estaba teñida de esta primitiva influencia religiosa.

Desde la visión que las XII Tablas³³ ofrecen sobre los supuestos de *furtum*, se aprecia una interesante distinción. La defensa de las cosas faculta al *dominus* a dar muerte al autor de un *furtum* si el acto lesivo para sustraerle lo suyo se perpetró durante la noche. La legitimación para tal posibilidad de castigo venía obligada por el hecho previo, con repercusión jurídica, de dar la voz, alarmar al vecindario,

³¹ Michel Humbert. *La loi des XII Tables, Édition et commentaire*, págs. 541 y ss. École Française de Rome. Rome, 2018. Tabla VIII, ley 15 b).

³² Gayo. *Instituciones*, 3, 192: “...ut qui quaerere volit, nudus quaerat. Licio cinctus, lancem habens...”.

³³ *Ley de las XII Tablas*, Tabla VIII, ley 12: “Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto”. Y la ley 13: “Luci...si telo defendit,...endoque plorato”.

considerado ello como un requisito legal. En tales situaciones confluían dos circunstancias, siendo la primera la intromisión nocturna en *domus* ajena con la finalidad de hurtar. Y la segunda era la concurrencia de un acto que añadía aún mayor gravedad que el mero hecho del *furtum*, esto es, irrumpir en casa ajena sin permiso alguno, vulnerando la paz del hogar.

Un nuevo hecho, es decir, la activa repercusión social, añadía más si cabe la legitimidad de dar muerte al intruso, constatada en la presencia de vecinos que testimoniasen la veracidad a los hechos denunciados con la voz. Estos testigos podrían tener una presencia pasiva, dando testimonio de los hechos, pero además, tampoco es descartable que pudiesen ayudar al denunciante para impedir el *furtum*. En el Derecho Romano arcaico, estos vecinos tendrían la posibilidad de su intervención en la Asamblea de Mayores para dar cuenta de lo sucedido, liberando con ello de responsabilidad alguna al *dominus*. En cambio, si el hecho tuviere lugar durante el día, la ley añade un requisito para que el *dominus* tenga legitimación para poder dar muerte al ladrón. Si a plena luz del día, éste usase armas para perpetrar el hecho delictivo, la voz denunciante debía añadir la petición de socorro o auxilio para defender la vida de los moradores de la casa, ante un ataque con armas, amenazando la paz del hogar con el ataque al poder del *dominus*. Estas dos leyes de las XII Tablas bien pudiera ser que reflejaran normas consuetudinarias comunes a los pueblos de todo el ámbito mediterráneo. El derecho comparado avala esta idea, pues siglos más tarde, en el Derecho Hispánico Medieval reaparece similar forma de legitimar estas actuaciones defensivas. Pues bien, cuando los *decenviros*, a renglón seguido de lo ya comentado para el Derecho Romano arcaico, distinguen el supuesto que afecta a los demás ladrones *in fraganti* suavizando las duras penas indicadas, excepto para los esclavos, así como la pena del triple del valor robado a quien entregara la cosa a un tercero para eludir su responsabilidad, o la imposición de la pena al duplo al ladrón no sorprendido *in fraganti*, es precisamente esta referencia a la decisión de los *decenviros*, de suavizar las penas, lo que nos induce a pensar que la Tabla VIII, leyes 12 y 13 de las XII Tablas, integraban un derecho consuetudinario en el que la autoayuda incluía la posibilidad legítima de dar muerte al ladrón, costumbre que podría existir en la totalidad de los pueblos del territorio latino. El castigo era público y consistía en ser azotado, si era *civis* libre, y posteriormente entregado al *dominus*, siendo posible en el derecho

romano arcaico, que llegara a sufrir muerte. Abunda en la justificación de cuanto decimos el hecho de que Gayo³⁴, comentando el Edicto provincial, como se recoge en el Digesto, invoca la razón natural que permite legítimamente defenderse contra un peligro. Esta idea de Gayo recoge criterios históricos ya, para su sensibilidad jurídica, trasnochados. En el Derecho Romano Clásico, que Gayo vivió personalmente, el Estado romano ya estaba suficientemente organizado y fortalecido. La figura del Pretor responde a ello.

El Pretor concede la *actio furti*, según refiere Gayo. En ese momento histórico se ha producido un interesante cambio procesal consistente en la implantación de lo que podría llamarse un poder estatal. La *iurisdictio* ha matizado el derecho procesal y distingue, aunque sea con tosquedad, las cuestiones penales y las civiles. Persecución de la cosa, mediante registro domiciliario, ya como hecho delictivo englobado en la complejidad del *furtum*, ya ejercitando una acción civil, la *legis actio sacramento in rem*. El *Imperium*, de que estaba adornado el Pretor, ha venido a sustituir en competencias del poder político delegado ancestralmente en las asambleas familiares del derecho más antiguo. Lo que sucede, en cuanto se refiere a la restitución del poder sobre las cosas hurtadas o robadas, es que por vía penal, de la solución judicial del *furtum*, no se derivaba la necesaria sanción o consecuencia complementaria, es decir la sanción que conllevara la restitución del bien objeto de *furtum* a su legítimo *dominus*.

Lo habitual, en los primeros momentos históricos primitivos del Derecho Romano, en los albores de la implantación de la República, es que, capturado el ladrón y portando el *dominus*, en su mano, la cosa buscada y encontrada, acompañado de los vecinos, testigos presenciales de los hechos, acudieran todos, una de estas personas a la fuerza, a presencia del Pretor, ante quien se expondrían los hechos sucedidos y el *dominus*, justificaría su poder, ser el *dominus*, sobre la cosa, y el Pretor impondría la sanción penal correspondiente al ladrón y verificaría mediante la *traditio* la restitución de la cosa a su legítimo *dominus*, en el mismo acto. En el caso de que no pudiere el ladrón acudir al acto con vida, examinaría el Pretor las circunstancias concurrentes respecto del fatal desenlace. Ya Ulpiano³⁵ introdujo una interesante matización,

³⁴ D. 9, 2, 4, pr: “Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occedere, securus ero; nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere”.

³⁵ D. 9, 4, 5 pr: “...autem, quum posset apprehendere, maluit occidere, magis est, ut iniuria fecisset videatur, ergo et Cornelia tenebitur”.

consistente en que si, pudiendo prender con vida al ladrón, prefirió matarlo, con ello es cierto que cometió una injuria y queda sujeto a la *lex Cornelia*. Como puede deducirse, los jurisprudentes suavizaron, humanizaron las leyes, introduciendo unos criterios que procuraban respetar la vida humana, que ya por aquel entonces se empezaba a estimar más valiosa que las cosas.

Siglos después, Justiniano en sus *Instituciones* también trató del *furtum*³⁶, que es definido como todo apoderamiento fraudulento, comprendiendo también el *usus* y *possessio*, que por virtud de la ley natural está prohibido. De este precepto justiniano es posible destacar el contenido de seguir una trayectoria de la evolución recorrida por el antiguo Derecho Romano. Así, en primer lugar, *furtum* es un apoderamiento fraudulento, con lo que se hace referencia concreta, al poder sobre la cosa. *Furtum* es también apoderarse de la cosa, con cuya distinción podría considerarse que los juristas, que redactan las *Instituciones* justinianas, tienen una muy exacta idea de la distinción entre lo que significa el poder sobre una cosa, para ellos, aunque no lo concreten ni definan, así como si ese poder sobre la cosa es un concepto distinto de la cosa misma. Sigue añadiendo, seguidamente, la definición de *furtum* recogida por Justiniano, que también lo es el apoderarse con fraude del uso o de la posesión de las cosas ajenas. No confunden los juristas la cosa con el uso ni con la posesión, y desde luego tampoco con ningunas de estas formas de tener el poder sobre la cosa.

Conviene destacar, en esta definición justiniana, la importancia de la *potestas*, concepto que es distinto de la cosa misma, aunque a ella se refiere y sobre ella se proyecta; aunque también puede la idea justiniana referirse al uso de la cosa y también las mismas acciones puedan ser aplicadas a la posesión. Conviene reparar que en la definición de *furtum* no se habla expresamente de la privación fraudulenta del *dominium*. La idea de poder va implícita en el concepto de *dominium*. Sin el poder sobre una cosa no hay nada. Recuperar el poder es recuperar el *dominium* sobre la cosa y la cosa misma.

Ya hemos indicado, como señala Gayo³⁷, que el Pretor creó la *actio furti*, de la que poco dice, salvo que la sanción es al cuádruplo del valor de lo robado. En el Derecho Romano Clásico las reclamaciones sobre las cosas no son fundadas,

³⁶ Justiniano. *Instituciones*, 4, 1: “*Furtum est contrectatio rei fraudulosa vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere*”.

³⁷ Gayo. *Instituciones*, 3, 192: “*Prohibiti actio quadrupli est ex edicto pratoria introducta.*”

necesariamente, en la existencia previa de un *furtum*. La *Jurisprudentia* ha elaborado una cierta teoría de las fuentes de obligaciones. No todas las responsabilidades obligacionales nacen de los delitos, pues incluso en las XII Tablas si el demandado ha reconocido la existencia de una deuda o ha sido objeto de una condena judicial en juicio justo, conforme a derecho, dispone del plazo legal de treinta días para hacerla efectiva³⁸. Ya desde tiempos arcaicos había arraigado con fuerza la *vindicatio* para reclamar la cosa en un proceso civil. Se va creando el *ius civile*, de la mano de los jurisprudentes, y la *iurisdictio* está en las manos de un cuerpo de Magistrados del régimen republicano, los Pretores. Las matizaciones sobre las clases de *furtum* y sus pormenorizadas sanciones penales del duplo al cuádruplo, al tiempo que el Pretor va desarrollando los distintos hechos delictivos que están en los entornos del *furtum*. Es el supuesto del *furtum conceptum*³⁹, que tiene lugar cuando en un registro domiciliario aparece una cosa robada, aunque él no sea el ladrón; o el supuesto del *furtum oblatum*⁴⁰, o hurto endosado, en el que alguna cosa es hallada en poder de una persona a quien otro se la endosó con la aviesa intención de adjudicarle la autoría del *furtum*. Destacable es que en estos casos el Pretor otorga una *actio*. También el Pretor concede una *actio furti*⁴¹ contra quien se niega a que en su casa se haga un registro de búsqueda. En general, puede afirmarse con Gayo⁴² que *furtum* es no solo sustraer una cosa ajena con intención de quedarse con ella, sino también usarla contra la voluntad de su *dominus*. Late en la idea del *furtum* el hecho de sustraer de un *dominus* el poder sobre una cosa, o la cosa misma, o el uso de la misma. Conviene además poner de relieve que la práctica jurídica del registro domiciliario existió a lo largo de toda la historia del Derecho Romano, y también después, como herencia del Derecho Romano Vulgar, se verá traspasada al Derecho Hispánico Medieval.

³⁸ Ley de las XII Tablas. Tabla III, ley 1: “*Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt*”.

³⁹ Gayo. *Instituciones*, 3, 186: “*Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa est. Nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti*”.

⁴⁰ Gayo. *Instituciones*, 3, 187: “*Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit, utique si es mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum, qui dederit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta est, propria adversus eum, qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblata*”.

⁴¹ Gayo. *Instituciones*, 3, 188: “*Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quaerere volentem prohibuerit*”.

⁴² Gayo. *Instituciones*. 3, 195: “*Furtum autem fit non solum, cum quis intercepti causa rem alienam amovet, sed generaliter, cum quis rem alienam invito domino contrectat*”.

La *Jurisprudentia* trató con detalle esta cuestión del *furtum* arrancando de los criterios de la ley natural, la cual prohíbe el lucro fraudulento. Así, Paulo en el Digesto, había definido el *furtum* en términos idénticos a como lo recogiera Justiniano en sus Instituciones, ya reseñado, al comentar Paulo el Edicto⁴³, como el apoderamiento fraudulento de una cosa, para realizar un lucro, ya sea de la misma cosa, ya también de su uso o posesión, lo cual prohíbe la ley natural. Vista la indicada identidad, ello nos releva de reproducir cuanto al respecto dijimos más atrás al comentar las *Institutiones* de Justiniano que se limita a copiar literalmente el texto de Paulo.

La doctrina de la *bona fides* es aplicada por la *Jurisprudentia* en el *furtum*. Matiza Ulpiano⁴⁴ señalando que la *actio furti* se da al poseedor de buena fe, no al de mala fe, pues nadie consigue acción por su improbidad. El criterio de tener interés, como fuente legitimadora para poder ejercer la *actio furti*, Ulpiano⁴⁵ la aprecia en los colonos, aunque no sean *domini*.

Pero volviendo al tratamiento tabular que el hecho delictivo del *furtum* de una *res* respecto del acceso al *dominium* de la misma, y que marcará un hito que permanecerá en el futuro, no hay que omitir que las XII Tablas⁴⁶ prohibían el acceso al *dominium* de la *res furtiva*, la imposibilidad legal de aplicar la *usucapio* a esa *res*. La norma tabular “*rem furtivam les XII tabularum usucapi prohibet*” viene como tal prestada de Gayo⁴⁷, que Humbert califica de ser fuente principal. De igual manera calificada por este autor la obrante en las *Institutiones* de Justiniano⁴⁸, si bien sigue nuestro Emperador el criterio seguido por Gayo.

Cita Humbert como fuentes complementarias de dicha norma tabular, un texto de Aulo Gelio y otro de Paulo. Este segundo compilado en el Digesto. Se refiere este jurisconsulto a un supuesto muy concreto. Se trata de una esclava que ha sido objeto

⁴³ D. 47, 2, 1, 3: “*Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve; quos naturali prohibitum est admittere*”.

⁴⁴ D. 47, 2, 12, 1: “*Sed furti actio malae fidei possessori no datur, quamvis interest eius, rem non surripi, quippe quum res periculo eius sit. Sed nemo de improbitate sua consequitur actionem; et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur*”.

⁴⁵ D. 47, 2, 14.2: “*Praeterea habent furti actionem coloni, quamvis domini non sint, quia interest eorum*”.

⁴⁶ Michel Humbert. *La loi des XII Tables, Édition et commentaire*, pág. 567. École Française de Rome. Rome, 2018.

⁴⁷ Gayo. *Institutiones*, 2, 45: “*nam rem furtivam lex XII Tabularum usucapi prohibet*”, principio que se reitera en 2, 49.

⁴⁸ Justiniano. *Institutiones*, 2, 6, 2: “*nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum el lex Atinia inhihet usucapionem*”.

de un *furtum*. Esclava que ha dado a luz. La disquisición de Paulo versa sobre el acceso al *dominium* del ser nacido de dicho parto. En principio todo comprador de buena fe y quien posee con justa causa lo harían suyo mediante el *usus*, o sea, la *usucapio*. El obstáculo legal a tal acceso al *dominium* del parto está en las XII Tablas y en la *lex Atinia*. Especula Paulo⁴⁹ con la posibilidad de acceso al *dominium* del parto de esclava robada si la concepción y el posterior parto hubieren tenido lugar cuando aquélla hubiere estado bajo la *potestas* suya a la vez que ignorase la procedencia previa de la esclava mediante un *furtum*. Aunque Salvio Iuliano nada diga de forma concreta y terminante, pues enumera a los destinatarios de concretada prohibición de acceder al *dominium* mediante la *usucapio*, es decir, los compradores de la esclava robada como a cualquier poseedor fundado en justa causa, dentro de una aparente esquivada forma de explicarse, podría deducirse que este jurisprudente estuviera pensando que la prohibición de usucapir afectara solamente al *fur* –al ladrón– de la madre- esclava, y no a otro *civis* que estuviese en el supuesto que delimita Salvio Iuliano.

La segunda de las fuentes complementarias que refleja Humbert es un texto de Aulo Gelio. Y sin pretender orientar a quien esto lea, en las consecuencias jurídicas del mismo, anticipo que serias dudas atenazan a esta cuestión. La prohibición de usucapir la *res furtiva* en las XII Tablas, ¿a quién alcanza?

Aulo Gelio dejó planteada esta duda en sus *Noctes Atticae*⁵⁰. Humbert principia por criticar la propuesta de Gayo, que ha sido admitida como texto de las Tablas, indicando que en sus *Instituciones*, Gayo no da los exactos términos del texto decenviral. No ha retenido más que el sentido genérico del principio subyacente, esto es, la prohibición de usucapir las cosas robadas, añadiendo que los *decenviros* hubieran empleado términos muy próximos a los que utilizara la *lex Atinia*⁵¹.

Parece ser que en la *lex Atinia* se estableció la absoluta prohibición de *usucapio* para la *res furtiva*. ¿Todo un contenido renovador en el tratamiento jurídico de este asunto? Pues bien, esta *lex Atinia* hubiera carecido de sentido si la prohibición datase

⁴⁹ D. 41, 3, 33, pr.: “*nisi lex duodecim Tabularum vel lex Atiae obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi*”.

⁵⁰ Aulo Gelio. *Noctes Atticae*, 17, 7: “*Legis veteris Attinae verba sunt: Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto. Quis aliud putet in hisce verbis quam de tempore tantum future legem loqui? Sed Q. Scaevola prem suum et Brutum et Manilium, viros adprime doctos quaesisse ait dubitasseque, utrumne in post facta modo furta lex valeret an etiam in ante facta; quoniam subruptum erit utrumque tempus videretur ostendere, tam praeteritum quam futurum*”.

⁵¹ Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, cit, pág. 567.

desde las XII Tablas. O bien no se cumplía el mandato imperativo tabular o ésta no abordaba este asunto. El texto, que hemos recogido por nota, de Aulo Gelio, establece precitada prohibición consignada de la manera siguiente: “*Los términos de la antigua lex Atinia son: que la garantía de la cosa que haya sido objeto de un robo, sea eterna*”. El texto de Aulo Gelio plantea una duda razonable en el correcto enfoque de la solución a este dilema jurídico cuando añade unas frases de contenido jurídico y de interés para el conocimiento de la historia del Derecho Romano. Señala el autor de las *Noches Aticas* que comenta Quintus Mucius Scaevola que tanto su padre, Publius, como Brutus y Manilius, de quienes afirma ser varones muy doctos, dudasen que la *lex Atinia* contemplase solo los robos futuros, acaecidos desde la entrada en vigor de dicha *lex*, y estos doctos juristas se preguntaban si la nueva *lex* no afectase a los robos cometidos con anterioridad a la misma. La autoridad de Publius Mucius Scaevola, Brutus y Manilius está fuera de cualquier atisbo de duda. Pomponio, en un texto que el Digesto recoge les atribuye ser los creadores del *ius civile*. Se resume tal duda en la causa de que los efectos de la *lex Atinia* se aplicasen a los robos de futuro y en cambio no afectaren las mismas consecuencias a los robos del pasado, necesitados de la misma solución justa, que es tanto como afirmar la necesidad de aplicar la *lex Atinia* con efectos retroactivos.

De la sugerente duda de tan egregios juristas surgen dos posiciones: la comúnmente admitida desde Gayo, es decir, desde las XII Tablas estaba prohibido usucapir la *res furtiva* para todo el mundo; o la sugerida del texto de Aulo Gelio: hasta la *lex Atinia* se podría usucapir la *res furtiva*, excepto por el *fur*, el ladrón. Desde las XII Tablas hasta los tiempos que vive Aulo Gelio ya Roma no es la misma, pues ha traspasado el umbral de una no excesivamente poblada ciudad en que sus habitantes protegían las cosas dado el estrecho contacto vecinal. Al recordar los exactos términos de la *lex Atinia*, rememora Humbert⁵² la coincidencia de la misma con la utilizada respecto de los *hostes* a los que incluso Cicerón denominó peregrinos, con olvido de los sufrimientos que éstos causaron a su patria: “*adversus hostem aeterna auctoritas esto*”.

Significativo es que incluso Humbert llegue a proponer, en sustitución del texto admitido como portador del contenido de las XII Tablas, Tabla VII, ley 17, comentado,

⁵² Michel Humbert. *La loi des XII Tablas*, cit. Tabla VI, ley 4. Págs. 273 y ss.

otro que acoja las palabras que Aulo Gelio cita como textuales de la *lex Atinia*: “**Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto**”. Por su parte Giovanni Pugliese dedica una crítica a este asunto, poniendo en tela de juicio el criterio de Gayo, ciegamente seguido⁵³.

I. 2. 2. 2.- La autoayuda.

Una de las facultades residuales, procedente del Derecho Romano arcaico, que la nueva implantación del poder estatal de la Ciudad-Estado había dejado en las manos del *dominus*, mediante la reliquia jurídica de la autoayuda, era el poder relativo a la persecución y búsqueda de las cosas muebles robadas, cosas, personas esclavas y ganado semoviente, llegando a la adopción de la medida del registro domiciliario en la casa del sospechoso de haber cometido un *furtum*. Advertida la falta una cosa y dada la voz de alarma social de tal hecho, que equivale a dar publicidad al hecho del *furtum* y, con el cumplimiento de tal requisito, ya está justificada la búsqueda de la cosa propia en casa ajena. A pesar de la existencia de un poder estatal, la debilidad de éste por la falta de medios del Estado, propicia que el ejercicio de esta actividad privada, procedente de un pasado consuetudinario, estuviera justificada. Debía de estar respaldada por la activa colaboración de los vecinos, figuras caracterizadas por ser algo más que meros necesarios testigos presenciales.

Cuando hubiere acontecido alguno de los supuestos relatados, u otros distintos pero posibles, que pudieran tener la apariencia de un ataque a esa situación de poder sobre la cosa, estaba legitimada la puesta en marcha de un mecanismo tendente a recuperar el *usus*, que era la evidencia de un poder de *dominium*, ejercitando una actividad permitida por el Derecho al efecto. En el Derecho Romano arcaico se desencadenaba la denominada autoayuda. En aquel momento histórico el poder político era muy débil, casi irrelevante, por no ser necesario en el contexto geográfico de una pequeña localidad, pues su presencia se limita a un modelo representado por una delegación de los Mayores de las familias o las tribus –*gens*-. Este respeto a las decisiones adoptadas por el consejo de mayores generará una veneración cuasi-religiosa. Cuando la disputa por la tenencia de un bien mueble enfrente a dos familias descendientes de un mismo tronco común, tal circunstancia no significó necesariamente la renuncia al ejercicio de la autoayuda para recuperar la cosa; pero

⁵³ Giovanni Pugliese. *Instituzioni di Diritto Romano, I*, pág. 143. Padova, 1986.

esta Asamblea de Mayores pudo no renunciar a su labor de mediación para evitar un conflicto de familiares descendientes de un tronco común. Tampoco se puede rechazar la idea de que esta Asamblea asumiera funciones judiciales dirimentes sobre la asignación del *usus* a un determinado *paterfamilias*, respetando su *dominium*. Es en el momento histórico de la implantación del Régimen republicano cuando toma forma la idea de un poder político; ello puede apreciarse en la facultad de mediación o el poder de decisión, de administrar la justicia, de imponer decisiones pacificadoras asumidas por el nuevo sistema de poder. La finalidad de ello es evitar las guerras, los conflictos violentos, en definitiva, procurar la paz. Este deseo pacificador es asumido por las familias como un mal menor. La vida de los familiares es más valiosa que la cosa en disputa.

Cualquier perturbación respecto de las cosas muebles, en una pequeña ciudad como es Roma, en ese momento histórico, propicia dar la voz, un grito que denuncia el hecho de que un bien, una cosa, es echada en falta en el domicilio familiar. Con tal acto se alarma a todos los convecinos. A la denuncia de este hecho se añade una sucinta descripción de la cosa, con designación de sus marcas. Son las cosas marcadas, señaladas con rasgos distintivos. Y a partir de ese momento ya nadie, en una pequeña villa, podrá alegar la ignorancia que le permita en el futuro la adquisición de un poder sobre esa cosa, mediante la utilización de algún mecanismo legal que posibilite la transmisión.

La práctica de la institución jurídica de la autoayuda subsistió como un necesario residuo cultural. Al ser dada la voz, el bien sustraído quedaba *extracommercium*. Sobre esa cosa sería difícil una *mancipatio* o una *in iure cessio*, pues las partes y sus testigos y el Magistrado no podría proceder a dar cobertura legal a ninguna transmisión. Se conculcaría el principio de la Publicidad. La *traditio*, la entrega de esa cosa, carecería del carácter de un acto adornado de la *bona fides*, que no respaldaba ni al transmitente ni a su receptor. En la pequeña villa que era Roma en aquellos tiempos del Derecho Romano arcaico, la transparencia social y, sobre todo, el temor reverencial de que estaba dotado el poder, ornado de tintes religiosos en las manos de los Pontífices que disponían del resorte de administrar justicia, debía ser relativamente fácil localizar las cosas, bienes muebles, es decir, los aperos destinados a la labranza, los esclavos como fuerza del trabajo agrícola, y los animales propios para el laboreo de los fundos, bienes

todos ellos de necesario uso útil para los habitantes de una casa familiar cuya ocupación habitual era la agricultura. Los mismos eran conceptuados como *res Mancipi*, nominación derivada del mecanismo transmisivo propio para este tipo de bienes, la *Mancipatio*.

La preocupación del Poder político en la defensa del derecho de *civis* sobre su cosa, se recogió en un principio general del Derecho en la legislación tabular. Con las dudas y matizaciones que poco antes hemos señalado, establece que toda *res furtiva*⁵⁴ no es susceptible de ser usucapida, es decir, de pasar a ser *dominium* de otra persona. Texto tabular tomado de Gayo, de que ya hemos señalado nuestro criterio, y que aún más, conviene ser sometido al examen de nuevas matizaciones, añadiendo lo relativo a la violencia. En efecto, Gayo⁵⁵ refiere los supuestos de prohibición de usucapir un bien mueble robado o un inmueble poseído por la violencia. La *usucapio* de la *res furtiva*, dice Gayo, estaba vedada por las XII Tablas, y las poseídas por violencia mediante la *lex Julia et Plautia*. Añade que ello es imposible aunque la *possessio* de dicha *res furtiva* se base en la *bona fides*. Comentario de Gayo que no encaja en el momento de las XII Tablas, en que no se conocía la *possessio* ni se había elaborado la doctrina de la *bona fides*. Por otra parte en las XII Tablas se encuadra una íntima relación entre los derechos del *dominus* a defender su cosa, atribuyéndole una serie de facultades legales, siempre con referencia al autor del *furtum*, el *fur*, el ladrón, como se deduce de las leyes 12 y 13 de la Tabla VIII. Ya hemos indicado el criterio de Michel Humbert⁵⁶ respecto de la afirmación de Gayo, el cual carece de los exactos términos del texto decenviral. No hace Gayo crítica alguna a la aceptación de un principio general: la prohibición de usucapir la *res furtiva*. Talamanca⁵⁷ señala que las XII Tablas sancionan dicha prohibición, rafiticada por una *lex Atinia*, entre los siglos III y II a. C. Estas cosas robadas no se podían usucapir aunque tuvieran una *iusta causa* y el paraguas subjetivo de la *bona fides*.

En definitiva, posible es pensar que Gayo identificó *fur* con *res furtiva*. Dudas que podrían ser disipadas con el hallazgo del monumento legislativo de las XII Tablas.

⁵⁴ Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, cit. Tabla VIII, ley 17: “*Rem furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet*”.

⁵⁵ Gayo. *Instituciones*, 2, 45: “*Sed aliquando etamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia*”.

⁵⁶ Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, cit. pág. 569.

⁵⁷ Talamanca, Mario. *Instituzioni di Diritto Romano*, pág. 422.

Sea como fuere, lo cierto es que la *res furtiva* era objeto de protección legal al impedir que pudiera ser objeto de *usucapio*. La institución jurídica de la autoayuda, en rigor, no pasaba de ser más que una forma de iniciación de la *vindicatio*. Ésta consistía en una forma de proteger las cosas existentes bajo el poder del *dominus* de la casa. *Mancipatio* y *vindicatio* estaban respaldados por los principios publicitarios, como adornos externos del poder sobre sus cosas, amparados por la ley y necesarios para la defensa del poder sobre personas y cosas. Aquélla era una formalidad solemne del ingreso del poder de ese bien en su *dominium*. Ésta, la legitimación suficiente para reclamar, buscar, perseguir y recuperar la cosa allí donde la misma pudiera estar en otras manos distintas. Era fundamental la protección del poder sobre el bien.

El poder sobre las cosas de la *domus* aún no estaba exclusivizado en las manos del *paterfamilias*. Ofrece un indicio de ello Paulo⁵⁸. Es un dato del que puede adivinarse un proceso de su evolución histórica. En origen no existiría diferenciación en este poder sobre la cosa, que ejerce el *paterfamilias*, con el que evidentemente está depositado en sus herederos –*in suis heredibus*–. Aquel es una *potestas* de presente, vitalicia, en cuanto a su administración temporal. El de éstos, sigue siendo un poder pero caracterizado por ser latente, eclipsado por el del *paterfamilias* en la vida de éste. Este citado jurisprudente razona en derecho poniendo en duda incluso la necesidad del derecho hereditario, pues también, en vida del *pater*, el *filiusfamilias* es considerado también como *dominus*. Tras la muerte del padre, señala Paulo, no reciben la herencia pues ésta nunca dejó de ser suya, sino que acceden a la libre administración de los bienes; tal sucede aunque no hayan sido instituídos herederos, concluye Paulo.

La explicación razonable entorno a esta evolución histórica del *dominium* romano, consistió en atribuir al *paterfamilias*, en el derecho arcaico, no un poder señorial sobre los bienes familiares, sino la facultad de su administración. Aunque sea muy fácil confundir el poder del señorío que adornaba el carácter de *dominus* con la mera facultad de su administración, aquélla viene otorgada al *pater* por cuanto ostenta el carácter de representante máximo de la familia, la *potestas* de “*su familia*”, ante la

⁵⁸ D. 28, 2, 11: “*In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo pater quodammodo domini existimantur; unde etiam filiusfamilias appellantur, sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat*”.

comunidad y la *gens*, carácter que viene atribuido por la vinculación sagrada que los dioses hogareños le confieren, así como por ser el más anciano representante vivo de unos antepasados comunes. El fortalecimiento de esta facultad representativa hizo que este poder condujera a un poder sobre las personas y las cosas que estaban en su *manus*. Es un amplio derecho vitalicio.

La vinculación entre el poder sobre personas y cosas de su *domus*, que constituye el mecanismo integrador de aquéllas en el *dominium*, bajo la *manus* del *paterfamilias* como manifestación de ese poder, el mecanismo jurídico justificativo de dicho poder, que es la *mancipatio*, la cual dotaba de ropaje jurídico legitimador a la compraventa de bienes para transmitir tanto la cosa como los poderes sobre la misma, revestida la *mancipatio* de formalidades rituales arcaicas, ritos que no eran otra cosa que en embalaje necesario del respeto al principio de publicidad. El hecho de que la cosa era propia del *dominus* de la casa, el *paterfamilias*, llevaba implícito un sentimiento interno en el *dominus* respecto de la cosa, que objetivamente era aceptado, respetado por la colectividad. La *vindicatio*, en el Derecho Romano arcaico, se fundaba en el *meum esse*, que recogiera una idea similar de la real existencia de un poder sobre la cosa. El *meum* vendría a significar no solo la vinculación de la cosa o su pertenencia a un *civis* romano bajo una *manus*, sino que, además, el poder sobre ella le pertenecía.

Coincidiendo con la implantación del régimen político republicano romano, con la aparición de un poder estatal, esta idea se trasplantó al ámbito privado de modo mimético, y, de ser un poder exclusivamente representativo de la *domus*, pasó a ser un poder en el que sus herederos delegaron al *dominus* todo el poder sobre su *familia*, personas y cosas. Abunda en esta idea la evolución etimológica. *Domus* –casa- dio origen a *dominus* –el señor de la casa- y el poder que ostentaba sobre todo lo integrado en la *domus*, se denominó *dominium*. La expresión *manus capere* vino a ser una expresión ritual que implicaba algo más que coger con la mano; era la evidencia de la adquisición del poder sobre lo que se tomaba con la mano.

Nada tiene de extraño que ya en las XII Tablas aparezca la palabra *dominium*. Pero hay que resaltar que en el Derecho Romano arcaico, la expresión *dominium* carece del significado que siglos más tarde sea atribuido a la *proprietatis*. En verdad, puede pensarse, que en tal momento arcaico de la evolución del Derecho Romano, no

existía el concepto de *proprietas* ni siquiera la *possessio*, sino solamente la idea de que el *usus* de la cosa era el aspecto visible del poder sobre la cosa. Sobrevolaba ante todo la noción de *potestas* sobre personas y cosas que ejercía el *dominus*. Aunque en el lenguaje aparezcan con un sentido equivalente, sin embargo *dominium* es la expresión de la real existencia de un poder directo, no meramente representativo. No es impensable que este poder se viera proyectado sobre cuantos medios fueran necesarios orientados a la producción agrícola y las cosechas obtenidas, destinadas a la alimentación de la familia, en que estaban también los esclavos y el personal al servicio de la casa.

Esta sumisión u obediencia debida al *dominus*, con la amplia generosidad que a la misma se quiera dar, no significaba en absoluto que para las personas existentes en la casa, mujer, hijos e incluso esclavos, implicara una absoluta carencia de derechos patrimoniales y personales. “*Comer de su pan*” significa una especial relación personal que implica una situación de dependencia privilegiada. Aunque la misma pudiera ser tenida en cuenta para los esclavos, nada induce a pensar que este derecho a alimentos también afectara a los *filiifamilias* y la *uxor*. La relación de dependencia de esposa e hijos conllevaba un deber de obediencia hacia el poder del *paterfamilias*. Respecto de los bienes del hogar, existía una comunicación de todo para todos, sin perjuicio del poder representativo y dispositivo del *paterfamilias*, en cuanto titular y depositario de un amplio poder de administración.

La regla de la autoayuda surge del hecho visible de que un *dominus* se encuentra con otro *civis* que tiene en su mano una cosa mueble que aquél no le entregó mediante la *traditio*, la apariencia de esta tenencia le induce a pensar al primero, que el segundo se la ha robado. El registro domiciliario no es un derecho o actividad propia y exclusiva del Derecho Romano arcaico pues tal vez pertenezca al acervo común de la humanidad, desconociendo las barreras del tiempo y de los territorios, pero en las XII Tablas aparece como un mecanismo para recuperar las cosas.

Las XII Tablas son enigmáticas sobre cómo se practicaba el registro domiciliario. Revestía los rituales de una solemnidad que adornaba el trámite establecido en la Ley VIII, 15, b), con tres escuetas palabras: “*lance et licio*”, es decir, con un plato y una

cuerda. Gayo⁵⁹ añade algo más. Informa que la *actio furti prohibiti* equivale al derecho a unas cuatro veces el valor de lo robado y que fue introducido por el Pretor, pero la Ley nada estableció como pena.

Añade Gayo que quien quiera hacer la búsqueda mediante el registro domiciliario, puede hacerla desnudo, con un *licium* atado a la cintura y sosteniendo un plato en la mano. Si en el registro domiciliario hallare alguna cosa, robada, por ley este *furtum* es manifiesto. Señala Gayo seguidamente que este ritual no era practicado en tiempos del Derecho Clásico. Cuando indica que se discute qué cosa sea el *licium*, nos está diciendo que él lo desconoce, aunque añade que probablemente sea un mandil para tapar la desnudez. Ataca Gayo este ritual indicando que la ley es ridícula al exigir que no tenga que ir vestido, pues por idéntica razón debería impedirse la búsqueda estando desnudo. Tampoco es entendida la razón de portar un plato en la mano, lo cual le ocupa las manos con la finalidad de impedirle llevar nada escondido y colocarlo como robado. La crítica de Gayo⁶⁰ a este ritual nos lleva a la conclusión de que era desconocido y por ende, no observado en su época. Pero revive en el Derecho Medieval Hispánico, aunque el requisito exigido era el ir desnudo, lo cual puede ser interpretado en el sentido de ir desnudo de armas, para respetar la paz de la casa investigada, para no alterar dicha paz. En todo caso, la pervivencia de este derecho en el medioevo hispánico debe ser interpretada como una influencia del Derecho Romano Vulgar, por lo que nada impide pensar que en Roma fue practicado el registro domiciliario en todo momento. Sin embargo, tampoco puede excluirse la influencia del Derecho Germánico, en cuyo acervo común de costumbres aparece la búsqueda de la cosa hurtada en la casa del sospechoso. En el Derecho Romano, introducida por el Pretor, como indica Gayo, la *actio furti* conllevaba la sanción penal del cuádruplo del valor de la cosa sustrída. El hecho de que en el Edicto del Pretor se señalase esta pena para estos delitos, sin hacer mención alguna a los ritos que debieran ser observados,

⁵⁹ Gayo. *Instituciones*, 3, 192: “*Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta. Lex autem eo nomine nullam poenam constituit; hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, licio cinctus, lencem habens; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse*”.

⁶⁰ Gayo. *Instituciones*, 3, 193: “*Quid sit autem licium quaesitum est; sed verius est consuti genus esse quo necessariae partes teherentur. Quae res ridicula est. Nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quo ita quaesita re et inventa maiori poena subiciatur. Deinde quod lancem sive ideo haberi iubeat, ut manibus occupatis nihil subiceat, sive ideo ut quod invenerit, ibi inponat, neutrum eorum procedit, si id quod quaeratur eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subici neque ibi inponi possit. Certe non dubitatur, cuiuscumque materiae sit sea lanx, satis legi fieri*”.

debe ser interpretado en el sentido de que los mismos no eran necesarios para la búsqueda.

Posiblemente ello sea debido a que ya, en tiempos del Pretor, éste tuviera intervención como Magistrado en el registro domiciliario, bien en persona o mediante su personal auxiliar. Con lo que puede deducirse que esta autoayuda privada pudo sufrir limitaciones por la intromisión del Poder en su desarrollo y control de la legalidad, o cuando menos conociendo y fiscalizando, a *posteriori*, sobre los hechos sucedidos así como todo lo relativo a la observancia de los ritos. En la medida en que se impuso e implantó la actuación del poder estatal, disminuyó el poder privado en el área de la justicia.

El ejercicio de la fuerza en manos del Poder fue el mecanismo adecuado para la implantación y consolidación del Poder estatal. Pero junto a la misma, quedaban en la sociedad vestigios que atestiguan recuerdos de un pasado convulso. Esta situación de ejercicio de la fuerza aparecen, por vía de argumento, en Ulpiano, comentando el Edicto⁶¹, cuando se otorga *actio* para recuperar el lugar de donde uno, o su familia, fuere expulsado, así como las cosas que allí tuviera, dentro del plazo de un año, y después del año, para la recuperación de cuanto hubiere entrado en el poder de quien empleó la fuerza. Justifica el Edicto este auxilio mediante un interdicto al *civis* que haya sufrido la fuerza de un tercero. Cuando Ulpiano hace estas consideraciones al Edicto, ya en Roma se ha impuesto plenamente el Poder del Estado, bajo el sistema imperial. El citado jurisconsulto ocupó destacados cargos administrativos de confianza con la dinastía de los Severo. Estamos en el siglo III d. C. Ya está plenamente consolidada la labor intervencionista iniciada por Octaviano Augusto, y los juristas se han integrado en las tareas de gobierno, al servicio de los Emperadores. Pero aún, es sentida la preocupación por combatir el Poder el uso de la fuerza y la violencia como mecanismo reprobable.

I. 2. 2.3.- La legis actio sacramento in rem.

En el Derecho Romano el vocablo *vindicatio*, procedente de *vindicare*, reclamar la cosa, era el mecanismo válido a través de la *actio* para reclamar el *dominium* de las

⁶¹ D. 43, 16, 1 pr. y 1. “*Praetor ait: Unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua deiecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post anno de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerint iudicium dabo*”. “*Hoc interdictum proponitur ei, qui vi deiectus est; etenim fuit aequissimum, vi deiecto subvenire...*”.

cosas de un *dominus*, de las que éste hubiere sido desposeído de su poder. Tal posibilidad procesal de vindicar un bien ya existía en el periodo arcaico. En el ámbito procesal, era la *legis actio sacramento in rem*. Era una *actio* reconocida y amparada en una ley. Una *actio* por cuya virtud se invocaba un poder o dominio sobre una cosa como medio recuperador de la misma. Esta *legis actio sacramento in rem* comprendía el vocablo *sacramento* que equivale a significar que ritualmente se articulaba en torno a un juramento en que cada parte invocaba, formalmente, la legitimidad de su *potestas* sobre la cosa. La posibilidad de entablar *litis* sobre el *dominium* de un bien, situaba a los contendientes procesales en un plano de igualdad procesal, como tal vez es muy posible que sucediera con la *vindicatio* arcaica. La razón de ello es que persiste el concepto de *dominium* como algo relativo, pues está anclado sobre la idea de que el *dominium* es un hecho jurídico revestido de unos caracteres de relatividad, en la existencia de un mejor derecho. El desarrollo del proceso se dirige a establecer quién de ambos contendientes procesales, sea *dominus*, es decir, el hecho de tener en su *manus* el soporte jurídico de un mejor derecho sobre la *res* litigiosa. La decisión judicial versa sobre declarar *iustum* o *iniustum* el *sacramentum* de cada litigante, que sentencia el *iudex*.

En consonancia con el concepto de relatividad que adornaba al *dominium*, la *legis actio sacramento in rem* confería a las partes una situación de plena igualdad jurídica en la *litis*. El tenedor del *usus* ha perdido el poder sobre la cosa, pero mantiene intacta la voluntad de su recuperación. Y de pronto se topa con la realidad de que esa misma cosa está bajo el poder de un tercero. Quien a su vez se encuentra con la desagradable noticia de que es inquietado por otro *civis* que alega derechos sobre el bien que él, con buena fe, considera suyo. Este bien podría ser el planteamiento más frecuente para entablar la *legis actio sacramento in rem*.

Su desarrollo ritual, según la información de Gayo⁶² que limita a la reclamación respecto de bienes muebles o semovientes, si bien en su ejemplo se refiere a un esclavo,

⁶² Gayo. *Instituciones*, 4, 16: “*Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM. SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM IMPOSUI, et simul homini festucam inponebat, adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM, illi mittebant. Qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: POSTULO, ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS? Ille respondebat: IUS FECI, SICUT VINDICTAM INPOSUIT. Deinde qui prior vindicaverat, dicebat:*

era el siguiente: Quien reclamaba una cosa con su festuca en una mano tomaba la cosa y afirmaba que era suya *ex iure Quiritium* conforme *iusta causa* imponiendo su *vindicta* o vara. Ya disponemos, pues, de dos criterios: uno, que el derecho a la cosa se fundamenta en el Derecho de los Quirites; y dos: la alegación de *iusta causa*. El adversario decía y hacía otro tanto. Ordenaba el Pretor que dejaran el esclavo. Seguidamente el primer reclamante requería al segundo interviniente que expresase la causa legítima de su reclamación, a lo cual el segundo respondía que había impuesto su vara como propietario que es. Escenificado todo lo cual, las partes se retaban con la apuesta sacramental, con los valores de las mismas señalados por de ley.

La *legis actio sacramento in rem*, en el primitivo Derecho de Roma, invocaba innegables rasgos religiosos. Era el compromiso adquirido, de que quien perdiera el procedimiento se comprometía a someterse a una sanción. Como las partes, posteriormente, vinculaban al *sacramentum* una serie de bienes, el perdedor del litigio veía reducido su potencial económico, pues los bienes consignados en garantía de las resultas del proceso, pasaban a integrar el conjunto de bienes sacros. El mundo jurídico cae dentro del ámbito negocial dispositivo del *civis* y, como todo negocio procesal, tiene una esencia aleatoria.

Era la *legis sacramento in rem* una acción general, es decir, una *actio* supletoria, apropiada para cuando no existiera otra acción específica y concreta, como pudiera ser la *actio familiae erciscundae* o la *actio finium regundorum*. Gayo⁶³ la equipara, en cuanto al riesgo o peligro que la misma reviste, a la *actio certae creditae pecuniae propter sponsionem*, ésta última existente en el Derecho Romano Clásico, en el que Gayo vivió, explicando lo arriesgado del ejercicio de tal *actio* pues en caso de pérdida de la *litis*, el importe del dinero de la apuesta sacramental revertía en beneficio de la caja pública.

QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, QUINGENTIS ASSIBUS SACRAMENTO TE PROVOCO. Adversarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE".

⁶³ Domingo Osle, Rafael. (Coordinador). *Textos de Derecho Romano*, cit. págs. 197 y ss. Gayo. *Instituciones*, 4, 12 y ss. En 4, 12: "*Lege autem agebatur modis quinque: sacramento...*". En 4, 13: "*Sacramenti actio generalis erat*". En 4, 14: "*Poenam autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria, nam de rebus mille aeris plurisque quingentis assibus, de minoris vero quinquaginta assibus sacramento condenabatur; nam ita lege XII tabularum cautum erat*". Y en 4, 15: "*...istae omnes actiones...ad iudicem accipiedum venirent. Postea vero reversis dabatur, ut autem die XXX iudex detur, per legem Pinariam factum est...Postea tamen quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant; deinde cum ad iudicem veniant, antequam apud cum causa perorarent, solebant breviter ei et quasi per iudicem rem exponere; quae dicebatur causae coniectio quasi causae suae in breve coactio*".

Seguidamente se procedía a nombrar un *iudex* en dicha primera presentación de la cuestión litigiosa. Por una *Lex Pinaria*, de fecha desconocida, se introdujo la modificación de que el *iudex* fuera nombrado en el plazo de treinta días. Tras el nombramiento del *iudex*, las partes señalaban día para la comparecencia. Y a presencia judicial las partes hacían un breve resumen del objeto de la *litis*, fase sumaria que compendia el asunto, antes de entrar en los discursos o exposición de las razones de cada parte. Tal era el desarrollo de la *legis actio sacramento in rem*, que se aplicaba también para las reclamaciones sobre los fundos y en general, bienes inmuebles.

Cicerón nos ofrece un ejemplo de ello. En efecto, corría el año 62 a. C., siendo Cónsul y aquél aceptó la defensa de Lucio Licinio Murena, Cónsul recién electo, que había sido acusado de corrupción electoral, entre otros, por Servio Sulpicio, derrotado por Murena en el fragor de las elecciones para el cargo. Reputado jurista, Servio Sulpicio fue objeto de ataques por Cicerón en la defensa que, de Murena, éste hiciera. Así, comparando los méritos de acusador y acusado, el Cónsul Cicerón recalca que “*tú dispones la acción judicial; él –Murena- las tropas en campo de batalla: él sabe muy bien cómo alejar las fuerzas enemigas; tú, -Servio- las aguas de la lluvia; él –Murena- ha pasado la vida ocupado de ensanchar las fronteras de la República; tú, en fijar los linderos de las fincas*”⁶⁴. En este contexto, nada tiene de particular que Cicerón, jurista él también, critique el procedimiento rituario de la *legis actio sacramento in rem*, como un argumento para desacreditar al acusador Servio Sulpicio. Viene a decir Cicerón que el tema del desarrollo procesal, bien podría ser así: Afirmó el primero: “*Este predio Sabino es mío*”; a lo que el segundo contestó: “*no, que es mío*” y seguidamente, a celebrar el juicio, pero el legislador no lo aceptó. Y, así, en el contexto de la defensa judicial de Murena, Cicerón criticó el sistema judicial, en el que Servio Sulpicio gozaba de gran predicamento para, seguidamente, hacer unas puntualizaciones sobre el desarrollo de esta *legis actio*⁶⁵. Conviene señalar que Cicerón no enfatiza sobre prioridades en función de quién habla primero y en los matices de la

⁶⁴ Cicerón. *Pro L. Murena oratio*, 10, 22, pág. 50 :“*tu actionem instituis, ille aciem instruit...ille tenet et scit ut hostium copiae, tu ut aquae pluviae arceantur; ille exercitatus est in propagandis finibus tuque in regendis*”. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1997.

⁶⁵ Cicerón. *Pro L. Murena oratio*, 12, 26, pág. 53: “*EUM EGO EX IURE QUIRITUM NEUM ESSE AIO.*” *Quid tum?* “*INDE IBI EGO TE EX IURE MANUM CONSERTUM VOVO*”. “*UNDE TU ME*”, *inquit*, “*EX IURE MANUM CONSERTUM VOCASTI, INDE IBI EGO TE REVOCO*”... *Isdem ineptis fucata sunt illa omnia: “QUANDO TE IN IURE CONSPICIO” et haec [sed]: “ANNE TU DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS?”*.”

respuesta del segundo interviniente, de lo que puede deducirse que ambos están situados en el mismo plano. Ninguna variación supone el relato de Cicerón, pues, con la descripción de Gayo sobre el decir y el hacer, en cuanto a la igualdad de las partes. La referencia, tanto de Gayo como de Cicerón, a “*ex iure Quiritium*”, refuerza la tesis de plena igualdad. Solamente se observa un supuesto rasgo diferencial al referirse Cicerón a la expresión “*ex iure manum consertum*”, que no se aprecia en Gayo. “*Ex iure Quiritium*” vale tanto como decir de un derecho basado en el derecho civil romano; por su parte, “*ex iure manum consertum*”, hace referencia al derecho a trabar un combate procesal, una *litis*, en defensa de un poder sobre la cosa. Pero, en lo sustancial, no hay diferencia digna de mención entre el relato de Gayo y el de Cicerón, que permita dar amparo a la afirmación de Alan Watson⁶⁶ de que el relato de Cicerón sea una fórmula simplificada de la *legis actio sacramento in rem*.

Mayor lucidez cabe ser destacada en el profesor escocés⁶⁷ cuando examina el paralelismo simétrico en la práctica del rito ejercitado en la *legis actio sacramento in rem* objeto de análisis, a la luz de lo relatado por Gayo. Señala aquél que la aparente igualdad procesal de las partes lo es tanto en los ritos, tanto en hechos como en manifestaciones, como en la reglada actividad del Pretor cuando ordena dejar la cosa o dispone acudir al lugar donde está el fundo debatido. De los hechos parece deducirse que, necesariamente, una de las partes, el primer interviniente, el demandante, carece del *usus* de la cosa. Es claro que si la tuviera bajo su *potestas*, su reclamación sería innecesaria. No tendría sentido que hablara en primer lugar ante el Pretor para reclamar lo que ya tenía. El sentido común impone pensar que quien tenía que tener la cosa era el demandado o segundo interviniente. Esta idea viene reforzada por la afirmación del primer interviniente cuando pone sobre el tapete que, en el relato de Gayo, ese esclavo es suyo conforme al *iure Quiritium* según su causa, es decir, el título de adquisición. Hasta este momento procesal, el demandante que carece de la tenencia física del esclavo, no ha expresado más que palabras. El segundo interviniente, paralelamente, dice y hace otro tanto, imponiendo sobre su esclavo la *festuca*, en señal expresiva de su poder. Seguidamente el Pretor le ordena dejar el esclavo. Esta decisión

⁶⁶ Alan Watson. *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, cit. págs. 126-127: “*This lack of symmetry in the legal approach to the parties is even more apparent in the modified form of the legis actio sacramento in rem which appears in Cicero’s Mur.*”

⁶⁷ Alan Watson. *Rome of the XII Tables, Persons and Property*, cit. págs. 125 y ss.

del Poder Judicial refuerza la idea de la más plena igualdad de las partes, que equivale a decir tanto como que sobre el esclavo ninguna de las partes tiene, desde ese momento, un poder directo y efectivo.

Prosigue Gayo con su descriptivo relato del desarrollo de la *litis*, poniendo en boca del primer interviniente un requerimiento a su contrincante en términos tales como la petición de que diga por qué causa legítima ha reclamado. Lejos de producir confusión esta petición, que sitúa al segundo interviniente como demandante o vindicante –*postulo...dicas, qua ex causa vindicaveris?*– significa que ambas partes están en la más plena igualdad. Ya el primer interviniente, en la fase previa manifestó tener su justa causa, lo que ahora requiere al segundo interviniente. La respuesta del segundo consiste en señalar que “*hice el derecho según impuse la festuca*” –“*ius feci, sicut vindictam inposui*”–. Cicerón⁶⁸ amplía, con alguna nueva sugerencia, esta explicación, al introducir en el debate el refuerzo de la reciprocidad ritual invocando no el *ex iure Quiritium* con que inció el debate el primer interviniente, sino el *ex iure manum consertum*. ¿Qué significa *ex manum consertum*? ¿Acaso Cicerón introduce un nuevo derecho o concepto? ¿Está con ello justificado que Alan Watson acoja la tesis de que en tiempos de Cicerón se haya introducido una *legis actio sacramento in rem* simplificada o modificada? Estimamos que no hay tal presunta modificación. Cicerón se limita a utilizar esta crítica al procedimiento con la finalidad de defender a L. Murena poniendo en entredicho la valía jurídica del quehacer de Servio Sulpicio, el acusador de su patrocinado. Tampoco puede establecerse con el *ex iure manum consertum* un nuevo derecho sustantivo oponible a *ex iure Quiritium*. Cicerón pone en boca del segundo interviniente en la *litis*, el derecho a ser establecido el combate procesal *manum consertum*, mediante un *sacramentum*.

Del tenor del relato de Gayo y de la crítica acerada de Cicerón, no resulta claro quién tuviera el *usus* de la cosa debatida. En mi opinión, el proceso atribuye a las partes una plena igualdad, siendo ambos demandante-demandado. La carga de la prueba incumbe a ambos en defensa de sus derechos. La privilegiada posición del segundo interviniente, *Habens* de la cosa, queda desvirtuada, al tener que defenderse demostrando la adquisición de su derecho, la causa, evitando de forma primordial la sospecha de un *furtum*. La pugna procesal consiste en demostrar al *iudex* el mejor

⁶⁸ Cicerón. *Pro L. Murena oratio*, 10-12. cit. “*Inde ibi ego te ex iure manum consertum voco*”.

derecho sobre la cosa basado en la legítima causa de la adquisición de la *potestas*. Este mejor derecho excluye el concepto de la propiedad absoluta. Se reclama la cosa, no el derecho de *dominium*.

Para otros tipos de procedimientos, para el ejercicio de otras acciones reales, Gayo señala que si se entablase una *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, *actio* que tiene un origen en el de derecho antiguo, en las que António dos Santos Justo⁶⁹ incluye la *actio finium regundorum* y la *actio aquae pluviae arcendae*, aquella *legis actio* venía autorizada por la ley por petición de juez. Refiere Gayo⁷⁰ que esta acción de ley ya existía en las XII Tablas para pedir lo que se debe por causa de una *stipulatio*. Seguidamente se procedía a nombrar un *iudex*. La *lex Licinia* amplió esta *actio*, dice Gayo, para la división de cualquier bien en común, la *actio communi dividundo*. Establecida la causa, se pedía de inmediato el nombramiento de un árbitro. La solicitud de nombramiento de Juez o Árbitro al *Praetor*, evidencia la persistencia de la legislación contenida en las XII Tablas, en la época republicana. Así como la pervivencia y arraigo social de los procedimientos judiciales a lo largo de los tiempos, con independencia del régimen político vigente. Con esta *actio* no se corría riesgo procesal de perder el importe de la apuesta sacramental.

A su lado, en el Derecho Clásico, fue tomando carta de naturaleza, un nuevo procedimiento mediante la reivindicación *per formulam petitoriam*. Sobre ésta nos señala Gayo⁷¹ que consiste en una reclamación de quien se considera propietario de una cosa y la peticona frente a quien está en posesión de ella. El demandante debía probar su derecho de *dominium*, y acreditado ello, el *iudex* le intimida al demandado a asegurar la cuantía del valor de la cosa, y si omite tal obligación, el *iudex* pone en posesión del bien al actor, quien a su vez dará caución.

⁶⁹ António dos Santos Justo. *Direito Privado Romano -I. Parte Geral*. Pág. 295. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora. *Studia Iuridica*, 50. Coimbra, 2011.

⁷⁰ Gayo. *Instituciones*. 4, 17, a: “*Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. Eaque res talis fere erat: qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORUM DARE OPORTERE AIO: ID POSTULO AIAS AN NEGES. Adversarius dicebat non oportere, actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, TE PRAETOR IUDICEM SIVE ARBITRUM POSTULO UTI DES...*”. Cuando Gayo habla del requerimiento al Pretor para que diera juez o árbitro, con anterioridad a la existencia del Pretor, tal petición debe entenderse dirigida al Colegio de Pontífices; posteriormente al Cónsul, cuando este Magistrado disponía de la función jurisdiccional.

⁷¹ Gayo. *Instituciones*, 4, 51: “*...Nac illic ita est: QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVITO. Quid ergo est? Iudex si condemnet, certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit*”.

I. 2. 2. 4.- Otras cuestiones de Derecho Romano Arcaico.

Aparecen en las XII Tablas otras normas calificadas de derecho arcaico. Lo sorprendente es el hecho de la reaparición del contenido de algunas de ellas, siglos más tarde, en el Derecho Altomedieval de la Península Ibérica, lo que nos puede llevar a pensar en una comunidad de pensamiento jurídico transmitida por vía consuetudinaria, arraigada con tendencia a su permanencia secular. La detención de un citado a juicio, constatada mediante testigos, ante su negativa a acudir al mismo⁷²; la detención de quien huye tratando de evitar acudir ante la justicia⁷³; la existencia de impedimento a acudir a la acción de la justicia alegando enfermedad⁷⁴ o razón de edad constituyen supuestos que reaparecerán en el Derecho intermedio, y que en rigor originan serias dudas respecto de la atribución, a tales supuestos jurídicos, de una inspiración exclusivamente del derecho germánico.

Otra cuestión es el hecho de la preceptiva publicidad de los actos de repercusión jurídica. La necesidad de proclamación pública⁷⁵ en el caso de pacto entre las partes sobre un bien litigioso; así como en el supuesto de la no existencia previa de un acuerdo sobre el bien en litigio, la misma necesidad de exponer de forma sumaria la causa en el *comicio* o en el *foro* con la obligatoria presencia de las partes⁷⁶, nos evidencia la misma realidad que se producía ante la asamblea germánica, o mucho más adelante del paso del tiempo, ante el *concilium* hispánico, como entidad donde se gestionaba y realizaba, con publicidad necesaria que aportaba la presencia de una comunidad, la aplicación del derecho. La justicia reside en la comunidad porque su realización a todos afecta. Este principio general del derecho, basado en el Derecho Romano, fue santificado por el futuro Derecho Canónico. Su importancia es tal que ha llegado a ser un pilar del Derecho Constitucional Moderno.

En cuanto a los tiempos procesales romanos arcaicos, éstos vienen marcados por el mediodía o la puesta del sol, para dar o quitar razón a los contendientes, si bien tampoco son criterios jurídicos exclusivos del derecho romano arcaico, pues las sociedades futuras, incluso las medievales, adoptarán similares formulaciones.

⁷² Ley de las XII Tablas, Tabla I, ley 1: “*Si in ius vocat, ito. Ni it, antestamino: igitur em capito*”.

⁷³ Ley de las XII Tablas, Tabla I, ley 2: “*Si calvitur pedemve struit, manum endo iactito*”.

⁷⁴ Ley de las XII Tablas, Tabla I, ley 3: “*Si morbus aevitasve vitium escit, iumentum dato. Si nolet, arceram ne sternito*”.

⁷⁵ Ley de las XII Tablas, Tabla I, ley 6: “*Rem ubi pacunt, orato*”.

⁷⁶ Ley de las XII Tablas, Tabla I, ley 7: “*Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto, Com peroranto ambo praesentes*”.

I. 2. 3. El sistema político republicano y el Derecho.

El arcaísmo del Derecho Romano traspasa las fronteras de las XII Tablas hasta tiempo posterior a la implantación en Roma el régimen político republicano. En su largo recorrido temporal, el sistema republicano está dirigido por una oligarquía aristocrática, encumbrada en el Senado. Propone y aprueba las leyes. Los órganos del gobierno son elegidos en el seno de las curias y las centurias, como vestigios de la más antigua tradición organizativa romana. Del seno del sistema republicano aparecen nuevos poderes que ostentan determinados cargos: Cónsules, dotados de *Imperium* militar, censores, ediles y pretores, éstos encargados de la buena marcha de la administración de la justicia; todos tienen, como contrapeso de su poder, los Tribunales de la plebe, que pueden paralizar y dejar sin efecto las decisiones jurisdiccionales en supuestos particulares.

La Magistratura del Pretor viene a llenar el vacío competencial del ámbito de la Justicia, sustituyendo al Cónsul, que desde la *Lex Licinia Sextia*, año 367 a. C., ha cedido a aquéllos la *iurisdictio*. Tenía el *Praetor* la responsabilidad de administrar justicia en asuntos civiles y penales tanto en Roma como en la Italia sometida directamente al poder romano. La institución de la pretura se desdobra en 242 a. C., coexistiendo el *praetor urbanus*, con competencia sobre litigios de los ciudadanos romanos con la delimitación territorial sobre la Urbs y en ampliación por el exterior de Roma de milla y media de su territorio, junto al *praetor peregrinus* para conocer de estos asuntos en que interviniese algún no romano y en territorio ajeno al de la competencia territorial del pretor urbano.

En cuanto a la evolución social del *ius civile*, el viejo *ius Quiritium* verá una asombrosa adaptación a la nueva realidad con la aparición de estos Magistrados judiciales. Es el Pretor. La *iurisdictio* es la labor este Magistrado consistente en ordenar el proceso con una adecuada introducción, de conformidad a lo establecido por las *leges*. En todo caso, para los asuntos que llegaban al Pretor, su labor consistía en resolver sobre la admisibilidad de la pretensión y nombrar al *iudex* que iba a tramitar y resolver el juicio. Así se configuró en el derecho procesal romano la fase *in iure*, ante el Magistrado, y la fase *apud iudicem*, que se desarrollaba ante el *iudex* asignado al caso, y que tras la celebración del juicio con la práctica de los elementos probatorios, concluía con sentencia. La autoridad judicial orientaba al *iudex* sobre el sentido que

debía dar al supuesto controvertido orientando sobre la *ratio decidendi*. El Magistrado solo introducía el proceso, libre de ataduras formalistas.

La evolución del sistema procesal de las *legis actiones*, en las que el más mínimo error en el planteamiento de aquéllas, haría perder el pleito, hacia el sistema de las fórmulas, es descrita por Gayo. El mérito de este jurista del siglo II d. C., consiste en que sus *Institutiones* hayan superado la inexorable venganza del paso del tiempo y hayan llegado hasta nosotros. Inmerso este jurista en el denominado Derecho Romano Clásico, en sus *Institutiones* recoge muchas ideas sobre la historia y evolución de las instituciones jurídicas. Cuando el relato de Gayo introduce la palabra *olim* se está refiriendo a la legislación tabular. En cuanto al mundo procesal, en sus *Institutiones*, 4, 30, nos da la pista sobre el porqué y el cómo del cambio de los procesos. Lo primero es achacado al excesivo formalismo, pues un mínimo error de las reglas jurídicas acuñadas por la práctica conforme la legislación antigua, conlleva la pérdida del pleito, reglas contenidas en las *legis actiones* o acciones de la ley; y respecto de lo segundo, explica Gayo que “*per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus*”. El sistema formulario supuso un cambio sustancial en el ámbito de lo procesal. Y es coincidente con el tránsito sereno al Derecho Romano Clásico, propiciado por la *Jurisprudencia*.

El quehacer del Magistrado es tratar de conciliar la fijeza del derecho objetivo, como norma, el respeto exquisito a la misma, con amparo a la protección, con la flexibilidad necesaria, para buscar lo justo en cada caso. Así, en cuanto respecta a la institución del *dominium*, su tratamiento judicial se alejó de lo arbitrario y se adaptó a las prescripciones legales. Y al lado del *dominium* permanece, paralelamente, la institución jurídica del *usus*, la tenencia de la cosa. El hecho histórico que dará origen a la aparición de la *possessio* dependerá de un hito con incalculables consecuencias. Es la cesión o puesta a disposición en las manos particulares del *ager publicus*.

I. 3. El Clasicismo Jurídico.-

I. 3. 1. Sus antecedentes y evolución.

Ya hemos examinado más arriba la *legis actio sacramento in rem*. Como señala Cuesta Sáenz, en el estadio primitivo o arcaico del sistema jurídico romano, la protección jurídica del *dominium* y la persecución de una actividad delictiva relacionada con la protección jurídica de las cosas, aparecen estrechamente

vinculadas⁷⁷. No se produce en las actuaciones procesales ninguna confusión sino que estamos ante una sencillez procesal en el seno de un Derecho cuyos procedimientos, civiles y penales, aun no están plenamente distinguidos entre sí por razón de la materia. Lo que interesa a toda la sociedad es la defensa del poder sobre las cosas. En el fondo latente, ante los ataques de un tercero, razones de justificación histórica. La defensa ante cualquier suerte de ofensas o injurias, en principio, reviste los caracteres de acto reprochable socialmente y susceptible de ser perseguido judicialmente. Y cuando aún no está plenamente diferenciado el mundo de las personas y el de las cosas, como objeto de la *potestas*, cualquier interferencia en los bienes ajenos, constituye una agresión personal a quien legítimamente tiene el poder. El agravio padecido en sus bienes muebles por un *civis* reviste caracteres de delito, al ser un ataque a esa especial vinculación de persona-bienes. Respecto de toda suerte de bienes, en tanto en cuanto el ejercicio temporal del *usus*, en los plazos de las XII Tablas, no había consolidado su *dominium*, respecto de los bienes de origen derivativo, quedaba pendiente la amenaza procesal de la sorpresa de una *legis actio sacramento in rem* ante la cual el demandado quedaba obligado al recurso de acudir a la *auctoritas* de su cedente. Los plazos tabulares no operaban para la *res furtiva*.

El Derecho Romano Arcaico arrastra una serie de reliquias jurídicas, ideas procedentes del pasado, que el transcurso del tiempo irá difuminando y, en definitiva, eliminándolas de la circulación jurídica por lo innecesario de su permanencia. La durabilidad y prolongada extensión temporal de las ideas denota una especial consolidación de su observancia. Una de ellas era la idea consistente en que en el Derecho Arcaico no se concibiera el acceso al *dominium a domino*. Lo relatado sobre el *furtum* evidencia este principio. La *potestas* sobre la cosa era consustancial al *dominium*. *Potestas* que en una comunidad sencilla como era la Roma arcaica era suficiente en la evidencia del *usus* pacíficamente ejercido o, desde luego, el mecanismo de la *mancipatio* que socialmente legitimaba la tenencia de una cosa.

No tenía la consideración de acceso a *non domino* la *occupatio* de cosas tomadas por las armas al enemigo. Era una forma de acceso originaria. Decisorio al respecto era la decisión del general romano en las asignaciones individuales del botín tomado por las legiones al enemigo vencido. La guerra, en tiempos favorables, era un buen

⁷⁷ José María Cuesta Sáenz. *La acción Publiciana*, pág. 29. Editorial Montecorvo. Madrid, 1984.

negocio. También era acceso originario lo arrebatado al enemigo en combate singular, ajeno a las conquistas de las legiones romanas. Sin ánimo de ser exhaustivo, la pesca, la caza, las cosechas, los partos del ganado eran cosas de acceso al dominio de naturaleza originaria⁷⁸.

En el Derecho Arcaico las cesiones derivativas debían proceder de un *dominus*. Otra de estas concepciones jurídicas es la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*. La importancia de éstas entre los romanos viene reflejada en su vigencia hasta Justiniano. Gayo nos ofrece información sobre ello⁷⁹. Y a manera de ejemplo señala que son *Mancipi* un fundo, una casa en suelo itálico, los esclavos, los animales susceptibles de ser domados, así como las servidumbres prediales rústicas. Expresamente excluye las servidumbres prediales urbanas y los predios estipendiarios y los tributarios. Exclusión que Bonfante⁸⁰ no considera cuando se refiere a las servidumbres rústicas, por su especial régimen que las otorga el Derecho Romano frente a las servidumbres urbanas. Puede decirse que, en general, las ideas del pasado quedan ancladas en la memoria colectiva de los pueblos, y a veces vuelven a reaparecer, dejando un rastro indeleble en la terminología. Así, en el Derecho Hispánico Medieval se observará que persiste el uso de la palabra *Mancipi* pero, en este otro tiempo posterior, quiere decir tanto como esclavo. En la Alta Edad Media hispánica cuando el titular de un señorío habla de una *Mancipia*, está refiriéndose a una esclava, aunque desconoce desde luego si era, en Derecho Romano, una cosa *Mancipi* o si ha sido transmitida mediante una *Mancipatio*.

Añade Gayo, más adelante,⁸¹ una serie de consideraciones apelando a las matizaciones apreciadas por la *Jurisprudencia*. Consisten ellas en estimar que los animales, susceptibles de ser domados, son considerados *Mancipi*, aunque otros juristas, como Nerva, Próculo y otros, estiman *nec Mancipi* a los animales aún no

⁷⁸ D. 41, 2, 21: "...sicut in his, quae terra marique, vel in hostibus capimus, vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus; et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae".

⁷⁹ Gayo. *Instituciones*, 2, 14, a: "Res praeterea aut Mancipi sunt aut nec Mancipi. Mancipi sunt velut fundus in Italico solo, item aedes in Italico solo, item servi et ea animalia, quae collo dorsove domari solent, velut boves, equi, muli, asini, item servitutes praediorum rusticorum. Nam servitutes praediorum urbanorum nec Mancipi sunt. Item stipendiaria praedia et tributaria nec Mancipi sunt". Además, en 1,120 refiere: "Eo modo et serviles et liberae personae Mancipantur, animalia quoque quae Mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini; item praedia tan urbana quam rustica, quae et ipsa Mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent Mancipari".

⁸⁰ Pietro Bonfante. *Corso di Diritto Romano*. Volume secondo. La Proprietá, parte I, pág. 202 y ss. Milano, 1966.

⁸¹ Gayo. *Instituciones*, 2, 15 y 16.

domados o a los indomables por su ferocidad. Alude Gayo a la diferencia entre *res Mancipi* y las *nec Mancipi*. A continuación fija un interesante criterio de su distinción. Es la forma en que se adquiere el dominio. La *res Mancipi* se transmiten a otro *dominus* –adquisición o transmisión derivativa- de forma solemne mediante la *Mancipatio*⁸². De esta forma de transmitir le viene el nombre de *Mancipi*. Añade que la *in iure cessio*, como mecanismo transmisor de los bienes, tiene las mismas consecuencias de eficacia transmisiva. Gayo ya no hace referencia al *nexum*, que las XII Tablas equiparan en cuanto a sus efectos, a la *Mancipatio*⁸³. La figura del *nexum* está en la nebulosa del Derecho Romano arcaico. En común con la *Mancipatio* tiene el *nexum* el rito de la balanza y el metal del bronce, *per aes et libram*. A pesar de tal comunidad ritual, es posible que el *nexum* se refiera a actos con efectos jurídicos diversos. Como enfatiza Alan Watson⁸⁴, el problema de las deudas atenaza al deudor, *nexus*, cuando no pudo devolver el principal recibido y los intereses anexos, enturbia el panorama social de la Roma arcaica al obligarle a trabajar, para hacer frente a sus responsabilidades, en beneficio del acreedor, hasta liquidar la deuda. El *nexum* podría dar cobertura formal, con la publicidad de una *Mancipatio*, a un contrato de préstamo. Pero no tiene los efectos de una *Mancipatio* porque no otorga el control de la persona del *nexus*. Esta también es la opinión de Kaser⁸⁵.

Por su parte, respecto de las cosas *nec Mancipi*⁸⁶, éstas se pueden transmitir en pleno dominio por la simple *traditio* o entrega, siempre que sean cosas corporales y se puedan entregar. Con un ejemplo, Gayo indica cómo si se hace entrega por causa de donación o por otro mecanismo jurídico, de un vestido o una cantidad de oro o de plata, la cosa se hace de inmediato de quien la recibe, con la condición de que quien la entrega sea dueño de ella⁸⁷.

Dicho de otra manera y procurando brevedad: para Gayo la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* viene dada por la forma de la transmisión de los bienes,

⁸² Gayo. *Instituciones*, 2, 22: “*Mancipi vero res sunt, quae per Mancipationem ad alium transferentur; unde etiam Mancipi res sunt dictae, quod autem valet Mancipatio; idem valet et in iure cessio*”.

⁸³ Las XII Tablas, Tabla VI, ley 1: “*Cum nexum Mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*”.

⁸⁴ Alan Watson. *Rome of XII Tables, Persons and Property*, cit. pág 111.

⁸⁵ Max Kaser. *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, cit. págs. 148 y ss.

⁸⁶ Gayo. *Instituciones*, 2, 19: “*Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem*”.

⁸⁷ Gayo. *Instituciones*, 2, 20.

adornada con ritual formalidad en la *res Mancipi*. La formalidad transmisiva imprime carácter. Sin embargo esta caracterización, basada en el criterio transmissivo formal como requisito legal de validez jurídica, no explica el fondo de la cuestión válido para establecer la frontera delimitadora de las cosas en *Mancipi* y *nec Mancipi*. Tampoco ayuda en absoluto a explicar de forma razonable la razón justificativa de ser incluidas en el catálogo de las primeras, mientras que a la *res nec Mancipi*, como cajón de sastre, se las determina como todas las demás cosas, o sea, las que no son *Mancipi*. La sencillez con la que Gayo despacha el asunto, de forma meramente descriptiva, no ayuda para dar una explicación sobre la causa de su distinción, ni las razones que la propiciaron, ni el origen de tal división de bienes ni la evolución histórica de tal clasificación, hasta la llegada del momento en que el propio Justiniano, en 531, llegue a afirmar que es verdaderamente anticuado que las cosas se dividan en *Mancipi* y *nec Mancipi*, por cuanto tal distinción debe abolirse, a fin de que todas las cosas y lugares tengan análoga consideración, quedando suprimidas las inútiles ambigüedades y diferencias. Cuando Justiniano⁸⁸ habla de “*todas las cosas y lugares*” –“*sit rebus et locis omnibus*”- incurre en lo que hoy sería una redundancia, es decir, los lugares, los fundos, la tierra también son cosas, salvo que expresamente se esté refiriendo con tal enumeración a la distinción de bienes muebles y bienes inmuebles.

En cuanto a la determinación del origen de esta clasificación de las cosas, Bonfante⁸⁹ se inclina por atribuirlo a una época antiquísima, primitiva, que pudiera engarzar con los criterios de organización patriarcal de la sociedad, o basada en un derecho consuetudinario observado por los elementos latinos o prerromanos. En este supuesto, estaríamos ante un derecho consuetudinario conservado entre los pueblos latinos. Pero ello no termina de explicar la razón de delimitar la frontera entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*. A tal fin se han acogido elaboraciones doctrinales, algunas fundadas en la realidad económica, según se pongan de manifiesto las esenciales necesidades de la actividad agrícola de la antigua familia romana, las más perentorias en el estadio de aquella vida primitiva. A este destino obedecerían las cosas de tal contenido económico, *res Mancipi*. Pero estas doctrinas, que sitúan entre las *res*

⁸⁸ Justiniano. *Codex*, 7, 31, 1, 4: “*Ita etenim ampliatur quidem longi temporis materia, quae subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis iactura et eius iura nocentia, quum etiam res dividi Mancipi et nec Mancipi sane antiquum est, et merito antiquari oportet, ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis*”.

⁸⁹ Bonfante, Pietro. *Corso di Diritto Romano*, volume II, *La Proprietá*, cit. págs. 205-206.

mancipi a las más apreciadas para la producción agrícola, desconocen el valor económico de los metales preciosos, aunque es lo cierto, desde el plano de la teoría económica, en aquella época arcaica, aún no se había producido el hallazgo de la economía monetaria, el valor intrínseco del dinero como bien económico en sí mismo. Otras teorías se remitían a las cosas que, en antiquísimo origen, pertenecían como reliquias conceptuales o tuvieran algún género de vinculación con el antiguo dominio o bienes de uso propio de una colectividad o tribal, inicialmente gentilicia y, en la medida en que los antiguos lazos se fueron diluyendo, permaneciendo el puramente familiar. Aunque insuperable es muchas veces el peso de la costumbre, salvo que se admita la persistencia a lo largo del tiempo la distinción de *mancipi* y *nec Mancipi*, como una reminiscencia de aquel pasado cultural, criterio que reaparece a lo largo de la historia incluso en el Derecho Intermedio europeo, encarnado en el criterio de respeto de la troncalidad en el Derecho Hispánico o el derecho del linaje del Derecho Franco. Tal vez en este criterio romano arcaico radique el origen de la distinción. Sobre las cosas *mancipi* pesaría el carácter de vinculación a un grupo familiar como una reliquia de un derecho colectivizado; sobre las cosas *nec Mancipi* reposaría el criterio de cosas individualizadas, de adscripción personal. Una señal ya parece verse en las XII Tablas, cuando se distingue la *familia*, como el total haber hereditario de índole grupal o familiar, y la *pecunia*, como bienes consistenes en dinero y demás bienes de cambio, así como el cuidado o atención de las cosas personales de un *civis*. La *familia*, los bienes del complejo familiar, era susceptible de herencia; sobre la *pecunia* era posible el legado⁹⁰.

El concepto *familia* es tratado por Ulpiano⁹¹ al decir que se aplica tanto a personas como a cosas; en cuanto a éstas, como señalan las XII Tablas, con estas palabras: el agnado próximo tenga la *familia*. Este citado jurisconsulto señaló este criterio tras indicar que esto sucede cuando muere intestado quien carece de su heredero⁹². Por su parte, Hermogeniano⁹³ conceptúa como *pecunia* no solo el dinero contante, sino todos los bienes, tanto raíces como muebles, tanto los corpóreos como

⁹⁰ Ley de las XII Tablas, Tabla V, ley 3: “*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*”.

⁹¹ D. 50, 16, 195, 1: “*Familiae appellatio qualiter accipiatur...nam et in res, et in personas diducitur; in res, utputa in lege duodecim tabularum his verbis: ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO*”.

⁹² Ley de las XII Tablas, Tabla V, ley 4ª: “*Si intestado moritur, cui suus heres nec escit...*”.

⁹³ D. 50, 16, 222: “*Pecuniae nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli, quam mobiles, et tam corpora, qua miura continentur*”.

los derechos. Como puede deducirse, la evolución jurídica propiciada por los jurisprudentes, ha dejado vacía de contenido la *pecunia* al identificarla con la *familia*.

Pero en las XII Tablas no fue así. Aunque respecto del intento de reconstruir el texto de esta Ley 3 de la Tabla V, no hay un criterio concordante, pues, mientras Varela Mateos⁹⁴ refleja “*UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SVAE REI, ITA IUS ESTO*”, es decir, matiza *pecunia* en referencia a *suae rei*, vinculadas a cesión por legado, sin hablar de *familia*, de lo que parece deducirse que el causante disponía libremente de sus bienes privativos, no vinculados al conjunto de bienes familiares, en cambio por su parte Michel Humbert sugiere como texto “*UTI LEGASSIT SVAE REI, ITA IUS ESTO*”, que a pasar de su aparente similitud tienen un alcance diverso. En efecto, Humbert acepta abiertamente la posición doctrinal de la Jurisprudencia, integrando en *suae rei* tanto los bienes del conjunto de la familia, sobre los que pesa el lastre de un pasado histórico y que se concreta con el principio **EX EA FAMILIA, IN EAM FAMILIAM**⁹⁵, es decir, el principio de la troncalidad de los bienes, vigente en el futuro Derecho Hispánico Medieval o el derecho del linaje en el Derecho Franco, como los propios de la *pecunia*, es decir, los privativos del *civis* obtenidos al margen de los integrados en la *familia*, en los que proyecta su individualidad. La evolución de ese pasado histórico de los bienes familiares, la *familia*, fue reflejada por Paulo⁹⁶ al decir que la continuación del dominio lleva la cosa a que no se considere que hubo herencia, pues el heredero fue en vida de su padre también dueño; no es que al morir el padre reciba la herencia, sino que lo que recibe es la administración de los bienes.

Otro criterio, de raíces históricas, esgrimido para justificar esta clasificación de los bienes, es el de la vinculación a los criterios transmisivos. Con la finalidad de efectos, puramente negativos, de impedir que los no romanos, pudieran tener acceso al *dominium* de bienes o cosas romanas. Las normas reguladoras de la transmisión funcionaban como barreras protectoras de un sentimiento ciudadano defensivo a ultranza de lo romano. A tal fin responde el formalismo de la *mancipatio*, así como la

⁹⁴ Varela Mateos, Esteban. *Textos de Derecho Romano*, pág. 24. Rafael Domingo (Coordinador). Thomson-Aranzadi. Navarra, 2002.

⁹⁵ Ley de las XII Tablas, Tabla V, Ley 8ª: “...*Cum de patrono et liberto loquitur lex, ex ea familia, inquit, in eam familiam*”.

⁹⁶ D. 28, 2, 11: “*In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominio eo rem producere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent...Itaque post mortem, patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur*”.

in iure cessio, instituciones jurídicas vedadas a los no romanos, es decir, los peregrinos a quienes se concediera el *ius commercium*.

La mayor dificultad de esta vinculación de la *res Mancipi* a los mecanismos formales transmisivos ya indicados, permitiendo que, para la *res nec Mancipi*, fuera suficiente la mera *traditio*, sin otras formalidades, en principio tiene el inconveniente de la finalidad perseguida con ambos mecanismos. Tanto la *Mancipatio* como la *in iure cessio* conllevaban la necesaria *traditio*. No obstante la mayor preocupación social del pueblo romano en garantizar la transmisión de los bienes *Mancipi* a través de la *Mancipatio* de manera tal que la nominación de las cosas venía influida y vinculada por el mecanismo transmisivo señalado, todo apunta a deducir que la calificación de estos bienes *Mancipi* eran aquéllos cuya transmisión se llevaba a cabo mediante la *Mancipatio*. La presencia de cinco testigos presentes en el acto, normalmente familiares o vecinos, permite aventurar la teoría de que el bloque de *res Mancipi* está impregnado, como afirma Bonfante⁹⁷, de un cierto principio con sentido social. Sentido social que en los momentos arcaicos de la sociedad romana debe verse referido a la *gens*, en amplio sentido, o a la familia, en sentido estricto. Tal sociabilidad de estos bienes *Mancipi* lleva en su esencia una vinculación tribal o gentilicia, de donde puede arrancar la idea, permanecida a lo largo de los tiempos, de la troncalidad de estos bienes. No se puede trasladar la idea social con un sentido global ciudadano de estatalidad, pues en tales tiempos arcaicos, en todo caso, previos al régimen republicano, el Estado era un futuro a desarrollar. Este principio social tiene un reflejo en el especial y celoso cuidado de seguridad que requiere la presencia de extranjeros en el tráfico de cosas. Al lado de este principio social, que informaba la esencia de los bienes *Mancipi*, estaba el principio de la individualidad del *civis romano*, al que se permitiera legar la *pecunia* de los restantes bienes, libres de la tutela y celosa vigilancia de la familia o la *gens*. Estos bienes pudieran ser las *res nec Mancipi*.

Cada sociedad en cada época regula los bienes según criterios distintos en función de los principios organizativos. Así en el régimen feudal, una cosa mueble como eran los *Mancipia* o sujetos a esclavitud y servilismo, vinculados a la tierra, eran considerados inmuebles, pues estaban sometidos al régimen del cultivo de la propiedad feudal, de forma inseparable. De ello se deduce que los sistemas organizativos de los

⁹⁷ Bonfante, Prieto. *Corso de Diritto Romano*, volume II, La Proprietá, cit. pág. 211 y sig.

bienes en cada pueblo y en cada época de la evolución histórica de la sociedad, obedecen a criterios evolutivos que determinan su concepto, en función de consideraciones económicas. A la sociedad romana le fue útil la clasificación *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, y en tanto fue así, se conservó. El Imperio Romano de Oriente no apreció utilidad alguna, y a Justiniano no le tembló la mano cuando derogó la distinción. Pero, a parte de las peculiaridades localistas del Imperio Oriental regido en el primer tercio del siglo VI por Justiniano, así como los cambios económicos y sociales que de forma inexorable el transcurso del tiempo se forjaron en la sociedad, un dato histórico debió impulsar al imperial legislador a reconocer una nueva realidad.

La Roma de las XII Tablas no era la misma que la Constantinopla del tiempo inmediato anterior al momento justiniano. Aunque agricultura y ganadería continuara siendo la generalizada actividad económica, que absorbe cantidades ingentes de población, han aparecido otras ramas de actividad. El comercio, tanto continental como marítimo a través del *Mare Nostrum*, con el soporte del sistema monetario, inseguro y fluctuante, pero avalado con un régimen crediticio, proporcionó a las clases dirigentes un nuevo mecanismo de actividad. El espacio económico ya no estaba reducido en exclusividad a los fundos agrícolas. Al lado de estos nuevos horizontes se había configurado un nuevo modelo social basado en una nueva idea de la familia. Los lazos entrañables y arcaicos con la *gens* se habían debilitado o perdido en la nebulosa de los tiempos. Las doctrinas impartidas por el Cristianismo, sistema religioso oficial del Imperio desde 313 con Constantino, habían contribuido a fortalecer la idea de la familia basada en la cohesión que ofrece el fuerte vínculo de la sangre. Y la familia cristiana vio más atractiva la fe cristiana que las vinculaciones gentilicias. De tal manera trascendió esta idea que incluso se reformó el sistema sucesorio respetando los derechos legítimos de los hijos a la herencia.

Nada por tanto de extraño tiene pensar que la división de los bienes en *Mancipi* y *nec Mancipi* haya sido el fundamento del sistema de bienes romano. Su arraigo ancestral está vinculado a la idea social de pertenencia a una *gens* y una familia integrada en aquélla. Su destino económico es la agricultura. Su rasgo común es que está directa e inexorablemente arraigada y vinculada al fundo, inseparable del mismo. Estas son las notas distintivas de las cosas *Mancipi*. Las demás cosas, *res nec Mancipi*, están dejadas al libre arbitrio de lo individual y siguen al *civis* que las detenta o tiene

bajo su personal *dominium*. La disposición transmisiva de éstas, las *res nec Mancipi*, es libre y la persona no viene sometida a limitación colectiva, grupal o familiar alguna. Por otra parte, la seguridad de las transmisiones de las cosas *Mancipi* tiene su cobijo en la *Mancipatio* y, más tarde, una vez instaurado el poder del Estado, además, en la santificadora intervención del Magistrado, en la *in iure cessio*. Son garantías objetivas, fundadas en el principio de la publicidad.

Cuando Gayo habla de la causa, ésta es vinculada a la existencia de una donación o cualquiera otra forma negocial apta para la transmisión. No habla de la “*causa*” como de un requisito de validez de la transmisión misma, sino de la forma jurídica, del ropaje jurídico, es decir, donación o cualquier otro negocio jurídico, que da cobijo a la transmisión. Matiza Gayo un dato de Derecho Romano histórico, cuando ofrece información consistente en que cuando los antiguos indicaban que cabía *nexum* en suelo itálico pero no en suelo provincial; este dato es entendido por Gayo en el sentido de que el suelo itálico es *Mancipi* y el suelo provincial es *nec Mancipi*. Y concluye indicando que el *nexum*, institución jurídica procedente del derecho arcaico, pasó a ser entendido en el Derecho Clásico como *Mancipatio*⁹⁸.

Desde el punto de vista del derecho procesal para el ejercicio de las acciones, resulta muy difícil, desde la escasez de datos que ofrecen las fuentes, examinar cómo evolucionó la arcaica *vindicatio* hasta convertirse en la *legis actio sacramento in rem*, dato histórico que podría facilitar alguna idea para ver, a través de sus entresijos, cómo era y evolucionó en Roma el concepto del *dominium*. Es Gayo quien, en sus *Instituciones*, ofrece una explicación sobre cómo, en su opinión, estaban las cosas. Principia su IV Comentario, que versa sobre las acciones, separando las acciones personales y las reales, siendo éstas cuando afirmamos –dice Gayo⁹⁹– que una cosa es nuestra o que sobre ella nos compete un derecho que describe como el usar o disfrutar de una cosa, o de una servidumbre de paso, o un paso para conducir el ganado, o de acueducto, o para edificar más alto o para obtener vistas, o cuando el demandado opone la acción negatoria para el ejercicio de esos derechos. Estas acciones reales, al

⁹⁸ Gayo. *Instituciones*, 2, 27: “*Praeterea admonendi sumus, quod veteres dicebant soli Italici nexum esse, provincialis nexum non esse, hanc habere significationem: solum Italicum Mancipi esse, provinciale nec Mancipi esse. Aliter enim vetere lingua actus vocatur, et quod illis nexum, ibi nobis est Mancipatio*”.

⁹⁹ Gayo. *Instituciones*, 4, 3: “*In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut in aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel alius tollendi prospiciendive; actio ex diverso adversario es negativa*”.

decir de Gayo¹⁰⁰, se denominan *vindicationes*, mientras que a las acciones personales se las llama *conditiones*.

En aquel momento histórico, señala Gayo, aún no estaba nítida la separación de los procesos civiles y penales, pues mediante el ejercicio de la acción¹⁰¹ unas veces se persigue tan solo un objeto, otras veces se usa tan solo para imponer una pena al infractor, mientras que en otras ocasiones se solicitan conjuntamente una cosa y la imposición de una pena. La pena se solicita mediante la *actio furti* o la que deriva de injuria o cuando las cosas son arrebatadas con violencia.

Antiguamente, sigue relatando Gayo¹⁰², las acciones que se usaban eran denominadas *legis actiones*. De estas *legis actiones*, la *sacramenti actio* era una acción genérica, prevista para los supuestos en que la *lex* no hubiere expresamente asignado *actio* alguna. Se trataba, por supuesto, de una *actio* supletoria, para derechos vulnerados que merecieran ser acreedores de atención jurídica, no estando su finalidad tuitiva contenida en otra *actio* específica.

En la Roma arcaica, fundamentada la *vindicatio* en la recuperación de una cosa mediante la persecución de un delito, el *onus probandi* recaía en el sospechoso de *furtum*, y en este principio estaba fundamentada la facultad de perseguir la cosa mueble. Los inmuebles, en cambio, no encajaban como bienes objeto de *furtum*, dado que la tierra no se podía esconder, ni se podía trasladar. La *vindicatio* se aplicaba a las reclamaciones de los bienes inmuebles. Si el sospechoso de un *furtum* de bienes muebles se oponía a tal búsqueda, era considerado sospechoso de *furtum*, pues con tal oposición quedaba confirmada la sospecha. La misma presunción se mantiene en el derecho foral hispánico. En el Derecho Romano arcaico nos estamos moviendo en un terreno con tintes penales de claros mitos de cívica convivencia, pues, probado el

¹⁰⁰ Gayo. *Instituciones*, 4, 5: “*Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones quibus dari fierive oportere intendimus conditiones*”.

¹⁰¹ Gayo. *Instituciones*, 4, 6: “*Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam*”. Y 4, 7: “*Rem tantum persequimur velut actionibus, quibus ex contractu agimus*”. Y 4, 8: “*Poenam tantum persequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum; nam ipsius rei et vindicatio et conditio nobis competit*”.

¹⁰² Gayo. *Instituciones*, 4, 13: “*Sacramenti actio generalis erat; de quibus enim rebus ut aliter ageretur. Lege cautum non erat: eaque actio proinde periculosa erat falsi atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor. Si non debitum petat. Nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poena nomine; eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversarii, qui vicerit*”.

furtum, significaba ello la pérdida de honorabilidad que adornada a la ciudadanía romana.

En la evolución del Derecho Romano Arcaico, pronto se buscaron fórmulas jurídicas para establecer la cadena de transmisión del *dominium*, sobre todo en las causas de adquisición derivativa, es decir, respecto de bienes en principio procedentes del *dominium* de un tercero cedente del mismo. Pero no aparece claro, desde mi punto de vista, que el tenedor de una cosa adquirida originariamente, dispusiera de una tutela procesal distinta, dotada de superior protección frente a quien le disputara su poder sobre tal cosa, porque no estamos aun en el concepto de dominio absoluto, y la causa de su adquisición originaria no atribuía un especial poder sobre ella. El hecho de que adquirir las cosas del enemigo, como botín de guerra, sea una forma originaria de adquirir el *dominium* de ellas, no implica para su defensa, en el caso de plantearse una *vindicatio*, un tratamiento procesal distinto del establecido de forma general para dilucidar la *litis*. La *occupatio* de este botín de guerra ha sido estudiada por Alan Watson¹⁰³, y en su opinión la tierra ocupada pertenecía a Roma. Sobre las cosas muebles tomadas al enemigo, el general de la legión tenía poder dispositivo asignando los bienes mediante su reparto. Desde el punto de vista procesal, al tratarse de un *dominium* originario, es suficiente probar tal origen, que engarza con la causa, sin necesidad de acudir al expediente legal del *usus auctoritas*, al no existir un transmitente particular de ese botín. En todo caso, pasado el plazo legal de uso del *Habens* durante dos años, era bastante con acreditar este hecho del transcurso del tiempo legal. Sobre este *usus auctoritas* se garantizó en Roma la cadena de la transmisión de los bienes.

En el plano procesal aparecían la *actio ex delicto*, ámbito penal, persiguiendo el *furtum* de cosas muebles; y la *actio civil* sobre toda clase de bienes, es decir, la *legis actio sacramento in rem*, de que Cicerón nos ofrece un ejemplo¹⁰⁴. Para la fijación de los linderos estaba la *actio finium regundorum*. Para asegurar pacíficamente y garantizar una transmisión de bienes *mancipi*, en todo caso para los supuestos de dominio derivativo, es decir, el poder sobre una cosa procedente de un *dominus* anterior, estaba la *mancipatio* y, tras el establecimiento del régimen político

¹⁰³ Alan Watson. *The Law of Property in the later Roman Republic*, cit. págs. 63 y ss.

¹⁰⁴ Cicerón. *Pro L. Murena oratio*, cit. págs. 53-54.

republicano, la *in iure cessio*, a las que Kaser¹⁰⁵ añade una manera transmisiva atípica que es la *traditio*.

Se evolucionó en el aspecto procesal y la arcaica *vindicatio* dejó libre el espacio procesal para el ejercicio de la *legis actio sacramento in rem*. La diferenciación entre la *actio ex delicto* y la *legis actio sacramento in rem* significó una revolución en el mundo de los procesos romanos, pues se propició en el proceso civil un equilibrio en la posición de las partes ante el evento litigioso. Ya no se genera, en principio, la complicada situación procesal del denunciado por *furtum*, sino que en la acción civil se puede apreciar una igualdad en la posición jurídica de las partes en el desarrollo del proceso.

La carga de la prueba tiende a establecer y justificar la relación de cada contendiente en relación con la cosa, el análisis de la causa de adquisición, extrayendo el *iudex* quién de ambos justifica probadamente su mejor derecho sobre el bien litigioso, la procedencia del título, a resultados de la prueba que se practique. Lo visible es el *usus*, porque lo debatido, en definitiva, es el poder sobre la cosa. La decisión judicial versa sobre a qué contendiente corresponde un mejor derecho o un mejor poder sobre la cosa. En época arcaica la distinción entre el *dominium* y el *usus* está en que éste es un medio para alcanzar aquél. Aún no se ha labrado, ni ha llegado a aparecer, el controvertido y versátil concepto de la *possessio*. Además, todavía no puede hablarse de la existencia de un concepto jurídico que señale los contornos de la propiedad absoluta. El hecho de que Gayo no fuera un historiador del derecho, sino que en sus *Instituciones* nos facilita unas pinceladas sobre el panorama evolutivo del derecho, nos obliga a una reflexión sobre lo que afirma Gayo y encuadrar sus afirmaciones en un contexto histórico.

Se denomina *legis actio*, según señala Gayo¹⁰⁶, porque se ajustaba puntualmente a los términos de la *lex*. En 367 a. C., por las *leges Liciniae Sextiae*, que ponen fin a una guerra civil por el poder entre patricios y plebeyos, el Cónsul asume funciones supremas, sobre todo en el terreno militar, pues el crecimiento territorial de la *Urbs*, y

¹⁰⁵ Max Kaser. *Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho Romano y en la dogmática moderna*. Universidad de Valladolid, 1962.

¹⁰⁶ Gayo. *Instituciones*, 4, 10: “*Actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris quibus conplures actiones introductae sunt nondum in usu habebantur), vel ideo quia ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo inmutabiles proinde atque leges observabantur*”.

su defensa ante agresiones exteriores, es motivo de grave preocupación. Se crea la Magistratura de los *Praetores* que asume las funciones de la *iurisdictio*. La Justicia será su fundamental cometido. En el ejercicio de su función, a través del Edicto, el Pretor introdujo muchas acciones.

La labor renovadora del sistema jurídico romano en manos del Pretor, significó una evolución jurídica del Derecho Romano, no solo en la asunción por los Magistrados de la función de intervenir en la publicidad de las transmisiones de bienes, la *in iure cessio*, sino también en el complejo derecho honorario.

El principio de la Publicidad en la transmisión de las cosas era observado a través de la *mancipatio*. La principal dificultad está en el hecho de que no hay manera de saber si la *mancipatio* pudiera haber sido una práctica de derecho común a todos los pueblos indoeuropeos, en el ámbito mediterráneo, conocida y asumida también en Roma. La *mancipatio* era el mecanismo que hacía posible la transmisión del poder sobre la cosa, de su *usus*, de un *civis* a otro. La razón de lo arcaico de la misma, está en la referencia a la balanza y al rito del pesaje de los metales. Parece referirse a la práctica en una época muy antigua en que el metal aún no estaba amonedado. Y ello nos está situando en una época incluso anterior a la mítica fundación de la *Urbs*.

La *in iure cessio* parece ser, en términos históricos, necesariamente posterior. Pero tampoco es seguro que su implantación deba tener relación, necesariamente, con la fundación del poder político nuevo en la Roma republicana, una vez derrocado el régimen monárquico etrusco. Bien pudiera ser un recuerdo del pasado en el que la intervención del poder etrusco para verificar y garantizar las transmisiones de cosas, hubiera sido una herencia trasladada a la implantación del nuevo poder romano. En todo caso, puede tenerse como seguro que en la Roma de las XII Tablas coexistían la *mancipatio* y la *in iure cessio*¹⁰⁷.

El Derecho Romano Arcaico desconoce el principio jurídico de adquisición *a domino*. Lo que el *civis* observa es la *res*, la materialidad de la cosa, su utilidad. El “derecho” era el *usus*, el ejercicio quieto y pacífico que convertía en socialmente legítima la tenencia en manos del *Habens*. Lo que el *iudex* había de sentenciar en el ejercicio de una *legis actio sacramento in rem* era la comparación de los “derechos” del *usus* que probara cada parte.

¹⁰⁷ La Ley de las XII Tablas, Tabla VI, Ley 5 b: “...et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat”.

Desde el punto de vista de las instituciones jurídicas del *dominium* y el *usus* o tenencia, ya que en rigor en el Derecho Arcaico no sería posible hablar de la *possessio*, sostiene Cuesta Sáenz¹⁰⁸ que la *legis actio sacramento in rem* sirve tanto para reclamar el dominio como para afrontar el problema del *usus* o tenencia para determinar quién de ambos contendientes procesales tiene en su mano el mejor derecho sobre el bien, cuando estudia la descripción procesal que nos ofrece Gayo. Estimo que esta dualidad funcional finalista para un mismo objeto reclamado tiene su fundamento en el terreno confuso en que se desenvuelve el *dominium* y la *tenencia*, para los cuales el *usus* era el mecanismo de publicidad social común que exteriorizaba el poder sobre la cosa.

El texto que nos proporciona Gayo está lleno de la simbología de un pasado que se trasluce en llevar a presencia de la autoridad romana, si son cosas muebles o semovientes que se pudiesen llevar ante el Pretor –señala Gayo– lo que nos lleva a momentos históricos en todo caso posteriores a 367 a. C., para ejercitar la *actio in rem*.

Con cierto detenimiento estudia Max Kaser¹⁰⁹ la cuestión referente a si la *legis actio sacramento in rem* se remite a la existencia de un concepto de *dominium* absoluto, asociado o desprendido deductivamente de la expresión gayana “*meum esse*”, pues el *iudex* concede a una de las partes litigantes el destino libre a la cosa, como resultado de una confrontación de las declaraciones de las partes, examinando el *iustum* o el *iniustum* de cada *sacramentum*. *Sacramentum* que es interpretado por el *iudex* como soporte de un mejor derecho probado y comprobado de forma comparativa entre los aducidos por las partes intervinientes. En todo caso la labor del *iudex* está erizada de dificultades para establecer quién es el portador de un mejor derecho, para otorgar la entrega de la cosa.

Continúa Kaser examinando dónde se halla el fundamento para la toma de decisión judicial, porque las partes formalmente en el proceso señalan la existencia en la locución “*secundum suam causam*” que cada parte trata de engarzar en la *lex*, como soporte objetivo de su pretensión. La pregunta “*postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris*” como justificación legal o razón jurídica, –*Rechtsgrund*– en que apoya su *vindicatio*. Tal cuestión fundamental señalaba que la prueba demostrativa era obligada, para determinar la comparación de la respectiva “*causa vindicandi*” y era la base para

¹⁰⁸ Cuesta Sáenz, José María. *La acción Publiciana*, cit. págs. 33 y sig. Montecorvo. Madrid, 1984.

¹⁰⁹ Max Kaser. *Eigentum und Besitz im älteren Römischen recht*, 2. Auflage mit Nachträgen. Págs. 6 y ss. Köln-Graz, 1956.

el veredicto del *iudex* sobre el soporte del mejor derecho. Para evitar la actividad de los ladrones como elementos distorsionadores del *dominium* o la *tenencia* de las cosas, si resultaba que el demandado-acusado tenía una base jurídica injusta, procedente de un hurto, en tal supuesto, señala Kaser, que la resolución judicial afirmaba la existencia de un hipotético supuesto de propiedad absoluta –*absoluten Eigentums*-. Hay que presuponer que la previa existencia de un *furtum* conllevaba, una vez comprobado, implícito todo rechazo a su *sacramentum* y de ahí la consecuencia de un contundente rechazo a su pretensión, de la que se deducía un reforzamiento del poder de quien su *sacramentum* fuera declarado *iustum*.

Este mejor poder sobre la cosa litigiosa es un derecho real relativizado y que carece de influencia respecto de terceros que no se han visto concernidos por la sentencia judicial. Añade Max Kaser que la demanda –*die Klage*- es *vindicatio rei*, no de dominio¹¹⁰, aunque hace la salvedad de que en el juicio a menudo vaya implícita la idea de que lo reclamado es la *potestas* sobre la cosa adquirida como significativa de un *usus* de origen derivativo. Tal era en la época arcaica, añadimos nosotros, la consecuencia directa basada en la lógica relativización de la idea de la vinculación que determinaba la relación del poder sobre la cosa, al relacionarla con la procedencia transmisiva, por cuya lógica razonable consecuencia el dominio no podía ser conceptualizado de forma absoluta, como un *ius erga omnes*. La decisión judicial recaída en la *litis* solo afectaba a ambos intervinientes. En cuanto al aspecto de sobre quién pesaba la carga probatoria, –*onus probandi*- parece razonable la conclusión, basada en el principio procesal de la equiparación, en términos de igualdad, de las posiciones de las partes, pues no es que uno afirme –el actor- y otro niegue –el demandado- sino que, como nos informa Gayo, ambos sostienen sus derechos de forma verbal, y también simbólicamente, por consiguiente, ambos debían hacer prueba sobre los hechos que avalasen su respectivo poder.

No conviene olvidar que en Roma era el *usus*, más tarde asumido por la *usucapio*, un mecanismo jurídico utilizado para la adquisición del dominio, insisto, en las adquisiciones derivativas, como una forma legal de reforzar y asegurar dicho poder, basado en la consecuencia jurídica del transcurso ininterrumpido de los plazos.

¹¹⁰ Max Kaser. *Eigentum und Besitz in älteren römischen Recht*, cit. pág 12. “*Die Klage ist “vindicatio rei”, nicht dominii*”.

La tutela de la protección del *usus* aparece con una continuidad en las líneas maestras del Derecho Romano que llevará a su lograr la estabilización, en el Derecho Romano Clásico, del *usus* arcaico a la *usucapio* clásica. Ambas son forma de acceso al *dominiun* tabular, a la Clásica *proprietas*. Ya en el Derecho Clásico se distinguen con nitidez *proprietas* y *possessio*, como refleja la tajante afirmación de Ulpiano¹¹¹. Y es precisamente un hecho histórico consistente en que Roma desborda sus iniciales territorios de las Siete Colinas y se expande militarmente por el solar itálico y con posterioridad y de manera imparable, *manu militari*, hasta dominar el *Mare Nostrum*, con el consiguiente dominio de territorios, lo que llevará a identificar esta *proprietas* pública con tierras o territorios de Soberanía romana, cuya administración recaerá en manos de las más altas instituciones políticas. Pues bien, el otorgamiento del derecho a usar y poseer estas extensiones de suelo público, de dominio público, para su cultivo a particulares se llevaba a cabo mediante cesiones o concesiones posesorias. En este hecho puede apreciarse el nacimiento de la *possessio* como institución jurídica. Lo que el Estado cede es la tenencia o posesión de estas tierras, no la propiedad de las mismas, pues el *dominium* pertenece a Roma, es decir, el Senado y el Pueblo Romano. En definitiva, la *possessio* se constituye como un derecho sobre parcelas del *ager publicus*, cedido por el Estado. Y este derecho posesorio debe ser objeto de la necesaria protección.

Desde luego, conviene destacar que la consideración primordial de este bloque de bienes familiares, la *res Mancipi*, primó tanto en el derecho arcaico como en el periodo Clásico. Además, todos estos bienes productivos estaban bajo la *manus* del *dominus*. Están bajo la *potestas* del *paterfamilias*. Los bienes *Mancipi* están caracterizados por una vinculación al poder o *potestas* del *pater*. De ahí cabe señalar que, por su especial estima social, cualquier acto jurídico transmisivo de estos bienes se revistiera con el ropaje de una *Mancipatio* desde siempre o bajo la fórmula de la *in iure cessio*, una vez que se implantaron en Roma las Magistraturas. Mecanismos transmisivos que daban publicidad al mismo, seguridad jurídica respecto de todos y garantía a las partes. Por ello, este conjunto de bienes integrado por *res Mancipi* era procesalmente protegido por una acción real. Estimo que no puede en todo caso identificarse acción real, como mecanismo procedimental para la defensa de bienes

¹¹¹ D. 41, 2, 12, 1: “*Nihil commune habet proprietas cum possessione*”.

integrados en un conjunto familiar de bienes, con propiedad, sino más bien con poder del *dominium* o con el mero hecho de una tenencia privilegiada. Porque comentando el Edicto provincial, Gayo¹¹² aconseja a quien tomó la decisión de pedir alguna cosa, debe mirar si puede obtener la posesión por medio de algún interdicto, argumentando para ello que es más cómoda la posición procesal de quien posee y compeler al adversario a los gravámenes del demandante que reclamar estando la posesión del bien en manos de otro. En este supuesto, lo que Gayo está aconsejando ser más seguro, en términos procesales, es el hecho de reclamar un bien desde la posición fáctica de tenerlo en la mano, bajo su poder. El razonamiento jurídico de ello consiste en que el hecho de tener en la mano una cosa, otorga una ventaja procesal de invertir la carga de la prueba. Quien posee no necesita probarlo pues tal hecho es visible y patente a todos, incluido el *iudex*.

Ya en época de Gayo están perfectamente deslindados los conceptos jurídicos de la propiedad y de la posesión, así como que el poseedor está, desde el punto de vista del plano procesal, gozando de una presunción de mejor derecho, de un mejor derecho procesal, dotado de un *fumus boni iuris*. Quien aparece como poseedor, en una *litis*, invierte, en un eventual proceso, la carga de la prueba sobre la contraparte. Nuevamente se puede apreciar la influencia de los desarrollos de los procesos en la configuración de los derechos.

Las *res nec Mancipi* eran todos los restantes bienes, carentes en el Derecho Romano arcaico del impacto económico y social de los enunciados bienes integrados en un conjunto económico familiar. Esta condición jurídica de la *res nec Mancipi* las hacía susceptibles de ser enajenables también mediante la simple *traditio*, sin formalidad alguna. En cuanto a los bienes muebles, su *vindicatio* estaba vinculada, inicialmente, al *furtum*. Pero Ulpiano¹¹³ en sus Comentarios al Edicto, dejó sentado que las cosas muebles tienen una acción real, así como los animales y a las cosas contenidas en el suelo. De todas maneras, considero que esta autorizada opinión se basa en una realidad económica que no pasó desapercibida a Ulpiano. En efecto, cuando señala que para la reivindicación de los animales se dispone de una acción real,

¹¹² D. 6, 1, 24: “*Is, qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est, ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere*”.

¹¹³ D. 6, 1, 1, 1: “*Quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus, quae his, quae anima carent, et in his, quae solo continentur*”.

no hace sino ratificar que la utilidad para el servicio al conjunto de bienes de una casa es elemento necesario para el mismo. Tal vez además Ulpiano quiera destacar que la ganadería hubiera tomado importancia económica al lado de la agricultura, cuando inicialmente fuera una actividad complementaria de ésta. La referencia además de dotar de acción real a las cosas contenidas en el suelo, puede ser expresión de las fuentes de agua así como de la posibilidad de la existencia de salinas. En cualquier caso, aunque Ulpiano no hace más que destacar la acción real para reclamar estos elementos, que en principio hubiera sido innecesario, dada su vinculación a la unidad de bienes del que dependen, también puede deducirse que, a veces, los elementos particulares de ese patrimonio económico tiene un valor y contenido intrínseco de tal entidad que le hacen acreedor de precisar el amparo procesal de una acción real. Añade Ulpiano que por la acción real, además de las cosas individuales, se puede vindicar también un rebaño, siguiendo el criterio de Pomponio¹¹⁴. De nuevo en la evolución del Derecho Romano puede apreciarse la labor creadora de la *Jurisprudencia*. También Paulo¹¹⁵ admite la posibilidad de reivindicar ejerciendo una acción real, una cosa mueble, cuando hace una disquisición sobre el lugar donde tal cosa mueble debe ser restituida, ya donde se encuentre la misma, ya donde se demanda, pero serán a cargo del demandante los gastos de su desplazamiento, excepto los de manutención. Se debe referir, aunque no lo explicita, a la alimentación del esclavo y del ganado.

I. 3. 2.- El Derecho Romano Clásico es un derecho de acciones¹¹⁶.

Estamos ante un sistema de formulaciones de remedios procesales o recursos judiciales. Su estudio fue posibilitado al ser descubiertas las *Instituciones* de Gayo, en 1816; en el IV Comentario, trata esta materia de las acciones¹¹⁷. Afirma Gayo, en sus *Instituciones*, 2, 278, que existe el procedimiento formulario, o *per formulam*, por el que se reclaman los legados; por el cauce de la *extraordinaria cognitio*, o *cognitio extraordinarem* que afecta a los fideicomisos, y que según Gayo es vista ante el Cónsul o el Pretor, que son los Magistrados que tienen sobre ello *iurisdictio*. Y en las provincias,

¹¹⁴ D. 6, 1, 1, 3: “*Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabantur, sed posse etiam gregem vindicari Pomponius libro lectionum vicesimo quinto scribit. ...grex enim, non singula corpora vindicabantur*”.

¹¹⁵ D. 6, 1, 10: “*Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet si praesens non sit? Et non malum est, (si) bonae fidei possessor sit is, cum quo agitur, aut ibi restitui, ubi res sit, aut ubi agitur; sed sumtibus petitoris, qui extra cibaria in iter vel navigationem faciendi sunt.*”

¹¹⁶ Fritz Schulz. *Derecho Romano clásico*, pág. 11. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1960.

¹¹⁷ Gayo. *Instituciones*, 4, 1: “*Superest, ut de actionibus loquamur, et si quaeramus, quot genera actionum sint...*”

ante el *praesidens provinciae*. Estos juicios extraordinarios, recoge Justiniano en una referencia histórica, se usaron cuando concluyeron con los juicios ordinarios las ventas de bienes, pasando a ser competencia judicial la entrega de estos bienes mediante su posesión a los acreedores¹¹⁸.

En realidad Gayo está relatando el impacto de las modificaciones procesales introducidas por Octavio Augusto, una vez que desaparece la República como sistema político. El afán de los juristas de la época clásica se centró en el estudio del sistema de las acciones, es decir, en qué situaciones y bajo qué condiciones se podían ejercitar y qué se podía obtener con las mismas, que es tanto como señalar las condiciones de procedibilidad de las mismas y sus resultados, sin que los derechos y deberes, que en las mismas subyacían, fueran tratados. Su principal preocupación consistía en el estudio del procedimiento, del derecho adjetivo, como mecanismo para obtener del *iudex* la razón que, entendía, amparaba su derecho.

El cargo público de la Magistratura del Pretor se había introducido en la vida pública romana como consecuencia de la especialización en materia jurisdiccional. Es el Magistrado jurisdiccional. El Pretor Urbano está definido por la competencia territorial de los límites urbanos de Roma; y además por la necesidad de que las dos partes del litigio sean ciudadanos romanos. Es suficiente que una de las partes no sea *civis romanus* para que la competencia del examen previo del asunto pase a manos del *Praetor Peregrinus*. La labor jurisdiccional del Magistrado Pretor consiste en el encauzamiento del proceso buscando soluciones a los nuevos problemas que las leyes antiguas no contemplaban. La función jurisdiccional del Pretor consistía en acomodar la ley a la realidad social. En términos históricos, el concepto de Roma como Ciudad-Estado, se ha visto ampliamente desbordado. Roma, en este momento abarca todo el solar itálico, y el norte africano, y la Hispania, y la antigua Hélade y las islas mediterráneas bañadas por el *Mare Nostrum*. Por ello, junto al Pretor urbano, éste con competencia en la Urbe, ha surgido la figura del *Praetor peregrinus*, cuya *iurisdictio* queda excluida de la ejercida en la *Urbs*, como una necesidad real nacida de la

¹¹⁸ Justiniano. *Instituta*, 3, 12, pr.: “...*Qualis fuerat bonorum emptio, quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat, quando iudicia ordinaria in usu fuerant: sed quum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, idea cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt...*”

incorporación a la vida jurídica romana de los peregrinos. El *ius commercium* de que éstos estaban investidos, para su tráfico, es un reflejo de tal realidad.

Al iniciar su mandato, el Pretor establecía un programa jurisdiccional, señalando con nitidez qué supuestos de hecho merecerán la consideración favorable de la administración de justicia. Es el Edicto del Pretor. Y así, por esta vía, el Magistrado se convertía de alguna manera en actualizador del derecho al procurar soluciones aplicables a las nuevas realidades. Nada indica que el Edicto del Pretor de la Urbe, no sirviera de pauta para el ejercicio jurisdiccional de su colega, el Pretor peregrino. Aplicaba el Pretor Urbano el Derecho Romano vigente, básicamente las XII Tablas en la época republicana, junto con algunas leyes emanadas de los comicios o alguna otra surgida de un plebiscito, siempre como solución a un malestar social o político. Tenía *iurisdictio* este Pretor Peregrino en un conflicto litigioso que afectase a un ciudadano regido por el derecho latino, en relación con algún ciudadano romano o con bienes afectos a la soberanía romana, lo que en virtud de la expansión territorial indicada, era más que posible. La expansión territorial sufrida por la Ciudad-Estado, posibilitaba que muchos ciudadanos no romanos estuvieran en directo contacto con la ciudadanía romana, fundamentalmente mediante el intercambio comercial. La actividad del Pretor peregrino propició el reconocimiento del *ius Gentium*.

La razón de tal expansión territorial, generó unas inmensas propiedades territoriales apropiadas por Roma, mediante una *occupatio*. Sobre estos territorios se extendía la Soberanía. Era al *ager publicus*. La codicia de la aristocracia romana procuraba adjudicarse el uso posesorio de estas tierras, como base para constituir un amplio fondo de riqueza productiva latifundista y de esta manera buscar el seguro bienestar de una explotación agraria, actividad que era la base de la economía. En la época republicana, los generales romanos habían otorgado la ciudadanía romana a sus *milites* o legionarios eméritos, dotándoles de tierras del *ager publicus* conquistadas como medio de subsistencia a la edad de su jubilación. En cuanto al primer aspecto, ante la protesta del Senado. En ambos casos, como premio a sus lealtades militares. En la tierra itálica, que facilitaba el doble de milicia legionaria, era conocido y practicado el Derecho de Roma pues todos sus habitantes estaban plenamente romanizados.

En tierra hispana¹¹⁹, en las etapas terminales de la época republicana, tenemos documentado un caso que destaca el elevado nivel de integración mediante la asimilación del proceso de romanización de sus habitantes. Así, en el 93 a. C., fue Cónsul de la Citerior, Valerio Flaco, hombre de confianza del Senado, que en tiempos turbulentos se hizo cargo de un largo gobierno provincial. La notoriedad de este Cónsul viene documentada porque este Magistrado dictó un decreto, recogido en plancha de bronce, datada en 88 a. C., firmado nada menos que por Pompeyo Estrabón, padre de Pompeyo el Grande, concediendo la ciudadanía romana a la denominada *turba Salluitana*, una treintena de combatientes que guerreó en la actual Ascoli, en la Umbría, frente a enemigos de Roma en la Guerra Social, entre el 91 y el 89 a. C. Sobre la citada villa de Salluie, Augusto poblará la colonia de que tomará su nombre la actual Zaragoza. Y no muy lejos de esta ciudad, en Botorrita, apareció un segundo monumento en bronce que refiere una sentencia resolviendo un conflicto por el control, uso y dominio de un canal de riego. Dos villas ribereñas del Ebro, Allabona y Salluie, es decir, Alagón y Zaragoza en la actualidad, recabaron el auxilio mediador en el conflicto de la villa de Contrebia Belaiska, hoy Botorrita. Cabe destacar que aunque las partes eran soberanas en cuanto a la legitimidad de sus derechos, con sus propios intereses en juego, el proceso se entabló conforme las normas procedimentales romanas, fue la sentencia documentada y escrita en latín y quien autoriza con su firma el fallo es nada menos que el citado Cónsul de la Citerior Valerio Flaco.

En plano paralelo a este breve apunte histórico en la concesión de derechos cívicos, aplicados al otorgamiento de la condición de *civis* así como la dotación de tierras del citado *ager publicus*, discurre la evolución del plano procesal en cuanto el Pretor trata de fundamentar su labor armonizadora del derecho ampliando nuevos supuestos merecedores de protección para supuestos no contemplados en el *ius civile*. Lo que en el derecho actual es un principio general del derecho, que no es otro que el hallazgo de la *bona fides*, la buena fe, como instrumento inspirador del sistema normativo, se debe a la labor de la *Jurisprudencia*. La buena fe es el respeto escrupuloso de la lealtad contractual. La actividad del Pretor comienza con el examen directo de cuanto establece la *lex* al respecto, para buscar el encaje del supuesto de

¹¹⁹ Gómez-Pantoja, Joaquín L. *De Numancia a los Idus de Marzo (133-44 a. C.)*, en *Protohistoria y Antigüedad de la Península Ibérica*, vol. II. *La Iberia prerromana y la Romanidad*. Eduardo Sánchez-Moreno (coord.), págs. 366 y sig. Silex Ediciones. Madrid, 2008.

hecho que llega a sus manos. Cuando el Pretor observaba la inexistencia de norma exactamente aplicable al punto controvertido o que la novedosa realidad desbordaba la realidad legal, sin despojarse de su condición de Magistrado sometido a la ley, se transformaba en un renovador del ordenamiento jurídico, mediante la creación de *formulae ficticiae* que servían para rellenar las lagunas legales a través de ficciones legales, dando por supuesto y por probado lo que era imposible de presuponer y de tener por probado en la realidad. Los *Jurisprudentes* inspiraron no pocas de las innovadoras sugerencias de los Pretores.

Pero no siempre el Pretor otorgaba la acción amparando la pretensión de un derecho reclamado. El primer filtro a la actuación pretorial era el propio Edicto o programa emitido por el mismo Magistrado. El Pretor debía atenerse a los criterios de justicia por él prometida. Por otra parte, el *civis* injustamente rechazado gozaba del derecho de apelar a un Tribuno de la Plebe, quien, a la vista de lo ante él sometido, podía dejar sin efecto la decisión para la que se le había apelado. Una tercera solución era la aplicación de la institución de la *intercessio* frente al decreto de un Magistrado siempre que fuera de superior o igual rango al emisor de la decisión considerada no ajustada a derecho. Esta *intercessio* paralizaba, sin más, el acto recurrido, sin que prosiguiera otra actuación judicial posterior. Finalmente siempre quedaba esperar que, con el paso del tiempo, concluyera en el cargo el Magistrado que denegó el anhelado derecho y que su sucesor en el cargo jurisdiccional incluyera esa situación bajo el paraguas protector de su nuevo Edicto.

Los jurisprudentes romanos clásicos sentían un orgulloso espíritu de superioridad jurídica con respecto a cuanto órganos estatales pudieran legislar en materia de derecho civil, pues estos jurisprudentes eran los depositarios del saber jurídico y los creadores del *ius civile*; y el Pretor, como órgano integrado en el Poder, celoso guardián de su competencia jurisdiccional. Ambos, jurisprudentes y Pretores, formalmente guardaban un profundo respeto a la ley, pero de igual manera sentían éstos, como prerrogativa primordial la independencia de su poder y aquéllos, una aureola de superioridad moral.

El Edicto del Pretor tuvo incalculables consecuencias jurídicas pues marcaba unas pautas de la orientación de su actividad jurisdiccional, procurando una seguridad jurídica. El contenido del Edicto gozaba del *Imperium* que adornaba al Magistrado

emisor. La repetición de las resoluciones judiciales creaba una determinada manera de resolver los casos, y para el justiciable se convertía en la costumbre de ver una línea de resoluciones sin sufrir sobresaltos ni desagradables sorpresas. Es el derecho judicial, emanado de la actividad de los jueces, siempre bajo la tutela supervisora del vigilante Pretor. Y así, paralelo al *ius civile* romano, se fue conformando un Derecho Romano renovador, el *ius honorarium*. A través de la actividad judicial se fueron abriendo paso en la sociedad romana numerosas pretensiones que no habían sido previstas en el *ius civile*, o mediante prácticas judiciales que fueron corrigiendo y mitigando el rigorismo del derecho de los *Quirites*, otorgando excepciones, con las que se iban salvando situaciones que eran impensables en el ámbito del derecho arcaico. Y una vez más, unos oscuros funcionarios, los Pretores, usaron de su poder, de su sentido común y se atrevieron a adecuar sus actuaciones acogiendo el Derecho que laboriosamente habían ido labrando los jurisprudentes.

I. 3. 3.-La *bona fides* y la *aequitas*.

Acogió la *Jurisprudentia*, como arma renovadora del Derecho Civil, estos dos conceptos básicos, la *bona fides* y la *aequitas*, que con el paso del tiempo han llegado a ser conceptuados como unos fundamentales principios generales del Derecho¹²⁰. Fue una labor lenta y laboriosa cuyos inicios datan del siglo III a. C. Este criterio o principio de la *bona fides* no surgió en el Derecho Romano de una manera espontánea. Refiere José Javier de los Mozos¹²¹ que es Cicerón quien nos transmite el pensamiento de Quintus Mucius Scaevola sobre qué era la buena fe, en cuanto principio existente en todas las acciones judiciales, especialmente aplicables a numerosos asuntos de la vida social, sobre todo en aquéllos en que el *iudex* debe actuar con su libre arbitrio, pues en muchos casos cabe a las partes la reclamación recíproca. Concibe Quintus Mucius Scaevola la idea de que la *bona fides* es el fundamento de una serie de institutos jurídicos. A partir de este destacado jurista, la *bona fides* iluminará todo el *ius civile*. La aplicación de la *bona fides* resaltó el carácter contractual del negocio jurídico. Incluso trasladó la *bona fides* a los negocios atípicos de intercambio de prestaciones en los supuestos en que una de las partes cumpla con lo que prometió y la contraparte no lo hiciera. Inicialmente se reconocía al cumplidor de sus obligaciones el derecho a

¹²⁰ Wolfgang Kunkel. *Historia del Derecho Romano*, pág. 101. Ariel, Barcelona, 1989.

¹²¹ De los Mozos Touya, José Javier. *El nacimiento de la ciencia jurídica en Roma al final de la Época Republicana*. Págs. 41 y ss. Universidad de Valladolid. 2017.

recuperar lo entregado o hecho; más tarde, bajo la influencia de la idea de la *bona fides*, la relación se convirtió en contrato y apareció el derecho a pedir la contraprestación en su integridad y no limitarse a solicitar la restitución de lo entregado. Sobre Q. Mucius Scaevola dejó escrito Cicerón, al inicio de su obra *De Amititia*¹²² “...*me ad pontificem Scaevolam contuli, quem unum nostrae civitatis el ingenio et iustitia praestantissimum audeo dicere*”.

Justiniano, en sus *Instituciones*, no tuvo inconveniente alguno para afirmar que unas *actiones* eran de buena fe y otras de estricto derecho. Con el afán didáctico que inspiran sus *Instituciones*, señaló como acciones de buena fe las derivadas de la compraventa, del arrendamiento, de la gestión de los negocios, de mandato, depósito, sociedad, tutela, comodato, prenda, partición de herencia, división de bienes en común, la de *praescriptis verbis*, la otorgada por valor estimado, la derivada de la permuta, y la de petición de herencia. Justifica la impregnación del criterio de la buena fe en esta última por cuanto así lo dispuso Justiniano¹²³. Matizó el Emperador compilador, en lo relativo a la *res uxoriae*, aplicando la *bona fides* solamente a la reclamación de la dote, añadiendo que en caso de litigio disponía de una acción hipotecaria preferente y privilegiada.

En cuanto a los efectos procesales que confería el principio de la *bona fides*, hay que señalar que el *iudex* disponía de la libre facultad de valorar cuánto deba restituirse al actor, aplicando los criterios acuñados por la *Jurisprudencia* sobre lo bueno y lo equitativo. Justiniano especifica con claridad que hay tres acciones que participan de una naturaleza mixta. Son la de *familiae erciscundae* o de división de herencia, la *actio communi dividundo* o de división de cosa común y la de *finium regundorum* o de deslinde de predios colindantes, en cuyos tres supuestos a la hora de proceder a las

¹²² Cicerón. Al inicio de su obra *De Amititia*. Colección Gredos bilingüe. Gredos. Madrid, 1966.

¹²³ Justiniano. *Instituciones*, 4, 6, 28: “*Actionum autem quaendam bonae fidei sunt, quaendam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestum, mandati, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividendo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio: quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit*”. 4, 6, 29: “...*naturam bonae fidei iudicii tantum ex exatione dotis meruit, ut bonae fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam*...”. 4, 26, 30: “*In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat*”.

divisiones o repartos, el *iudex* goza de la posibilidad de aplicar las reglas derivadas de lo bueno y lo equitativo¹²⁴.

El principio de la *bona fides* que, en nuestra actualidad contemporánea, ha sido elevado a la categoría de principio general del derecho, como instrumento interpretativo de los contratos entablados *inter partes* y como plataforma para la labor indagatoria de la voluntad de los contratantes. Voluntad que no es una entidad aislada, ni está ubicada en un vacío jurídico, como señala José Luis de los Mozos¹²⁵, sino en el ordenamiento jurídico y, como norma de *ius cogens*, afecta limitativamente a esa voluntad privada.

La buena fe es de obligada observancia para quienes tienen la función y el deber de resolver a diario las controversias litigiosas. Dicho principio tiene diversas acepciones y debe ser contemplado al efecto desde variantes, que se sitúan en un plano subjetivo y en otro objetivo.

En una sociedad de agricultores y ganaderos como era la romana, la transmisión de un rebaño de ovejas, mediante la *emptio venditio*, realizada ante el Magistrado en una *in iure cessio* o mediante una *mancipatio* ante cinco honorables testigos ciudadanos romanos, la buena fe de los intervinientes en el negocio es una idea que viene avalada por la presencia de una autoridad, en el primeramente citado instrumento transmisivo. Comprador y vendedor tienen una garantía objetiva de la conformidad a derecho de cuanto acaban de llevar a cabo. El primero actúa desde la buena fe subjetiva de quien es sabedor de que lo que acaba de comprar ha ingresado de forma indudable en sus bienes. Y el vendedor ha visto colmada su buena fe subjetiva ante la certeza de que el precio que acaba de recibir es de curso legal, pues el acto se ha desarrollado ante un representante de Roma, el cual ha advertido, objetiva y desinteresadamente, la buena fe con que se han conducido ambas partes, o ante cinco ciudadanos testigos que observan la buena fe de las partes. El Magistrado ha determinado que el acto jurídico es conforme a las reglas jurídicas y que la norma ha

¹²⁴ Justiniano. *Instituciones*, 4, 4, 20: “*Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem, quam in personam. Qualis est familiae ercundae actio, quae competit coheredibus de dividendo hereditate; item communi dividendo, quae inter eos redditur; inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus iudiciis permittitur iudicii, rem aliqui ex ligatortibus ex bono et aequo adiudicare...*”.

¹²⁵ De los Mozos de los Mozos, José Luis. *El principio de la buena fe*, pág. 128. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1965. El art. 1258 Cc. español impone que la perfección del contrato se basa en el mero consentimiento, obligando al cumplimiento de lo pactado y a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

sido cumplimentada bajo cuanto exige la buena fe. Desde el punto de vista de los sujetos intervinientes en una transacción, la *bona fides* es la mutua confianza personal que garantiza el cumplimiento de cuanto a cada parte interviniente corresponde.

Cuando esta idea de actuación en la relación comercial trasciende a la persona y es asumida por todo el conjunto social, cuando la complejidad del ámbito contractual desborda el terreno de los contratos con nombre o nominados, se produce una objetivación, con plena aceptación social, del concepto de *bona fides*. Como la buena fe se presume siempre en el actuar humano, esta idea se eleva a la categoría de principio jurídico básico, y su escrupuloso seguimiento se impone a todos. También para el Magistrado encargado de velar por la recta justicia y al *iudex* que la aplica. El pueblo romano siente la libertad en la justicia civil, ciudadana, independiente, en la seguridad de su uniformidad y en la incorruptible manera con la que Pretores, al orientarla, y jueces, al impartirla, la llevan a cabo.

La *bona fides* informa el contenido de las leyes, sirve de criterio rector para su interpretación, la tienen los Magistrados y los jueces en cuenta para conocer la última intención y la voluntad de los contratantes, y es un valioso instrumento para la realización de la Justicia. Y desde esa plataforma del Poder, de realizar y ejecutar justicia, la buena fe adquiere un carácter objetivo. Cuando un *civis* romano acude a un Magistrado en demanda de justicia, trata de convencerse, primeramente él, y después a quien cuida de la justicia, que su razón o razones tienen el aroma de buen derecho emanado de una actuación de *bona fides*, de un *fumus boni iuris*, y como tiene plena confianza en quien debe administrar justicia, está convencido de que el Pretor y el *iudex* considerarán su buena fe. Ello con independencia de que su razón es conforme a la ley, porque la *bona fides* es consustancial al derecho. Ambas, ley y derecho, deben de estar en una línea coincidente. Y si así no fuere, el justiciable está convencido de que el Pretor y el *iudex* tratarán de modular la *lex* conforme los criterios de la *bona fides*.

Subyace, en el Derecho Romano, como objetivo referencial del sistema pretorio, adecuar las normas a la conciencia social o, tal vez, para amoldar referida conciencia social a unos criterios de Justicia, a la idea de la *bona fides* colectiva. En el Derecho Romano Clásico esta *bona fides* y la idea de la *aequitas* aparecen en la *Jurisprudencia*

con reiteración. Así Ulpiano¹²⁶ con referencia al precario, tras señalar que este interdicto es restitutorio, fundamenta al mismo indicando como argumento de su bondad el hecho de que contiene en sí *aequitatem naturalem*, es decir, equidad natural, añadiendo más adelante que, además de tal interdicto, se puede usar la *praescriptis verbis actio*, dado que tal *actio* nace de la buena fe.

La *aequitas* es la idea que rige el quehacer de los jurisprudentes y que sirve de guía al Pretor y al Emperador para amoldar el *ius* y las *leges* a las nuevas exigencias sociales. A la *inaequitas* de un *ius*, se contrapone alguna cláusula del Edicto del Pretor que “*habet in se aequitatem*”. En Digesto 43, 26, 15 pr., Pomponio comenta que “*et habet summam aequitatem, ut eatenus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus*”, -y tiene suma equidad, que uno use de lo nuestro en tanto queramos concedérselo-. Refiere el jurista que es de suma equidad que un tercero use algo nuestro en tanto esté en nuestra voluntad concedérselo.

Tenemos en estas líneas una síntesis de los conceptos de *bona fides* y de *aequitas*. Ambas son producto de la actividad de los jurisprudentes, y es la palanca cultural que sirvió para procurar la evolución del derecho. Mucho sacrificio costó al pueblo romano conseguir tener una ley escrita, un texto de las XII Tablas que le liberaran de la arbitrariedad del Poder patricio, la seguridad jurídica en suma. La grandeza de la Ley es el respeto reverencial que su permanencia en el tiempo la procura. Sin embargo, el paso del tiempo la deja anquilosada en sus incomprendidas formalidades rituales. *Mancipatio* e *in iure cessio* cayeron en desuso o, las más de las veces, el ciudadano omitía su observancia. No siempre era posible la inmediación de la presencia de un Magistrado. En otras ocasiones y ante la incomodidad que suponía la observancia de los formalismos transmisivos, la cesión de una cosa se llevaba a cabo mediante la *traditio*, prescindiendo de todo rigor formalista. Así lo venía practicando la actividad mercantil. Sin perder el respeto al espíritu de la ley, el *civis romanus* comprendió que la *bona fides* era la esencia de la relación jurídica y que las formalidades legales eran un simple ropaje prescindible.

¹²⁶ D. 43, 26, 2, 2: “*Et naturalem habet in se aequitatem; namque precarium revocare volenti competit. Est enim natura aequum, ...itaque quum quid precarium rogatus est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur*”.

Otra observación sobre la *aequitas*. Traducida como equidad era utilizada por los jueces como la fórmula mágica para calcular las indemnizaciones en casos de difícil valoración.

La labor innovadora del Pretor, inspirada por la *Jurisprudencia*, basada en la aceptación genérica del principio de la *bona fides* y de los criterios de la *aequitas*, contribuyó a la evolución del Derecho Romano. Sin prescindir del sólido reclamo del respeto a la *lex*, ni perseguir llamativas revoluciones en el ámbito del derecho, pero guiado por el criterio de adecuarla a las nuevas realidades vividas por la sociedad romana, liberándola de ataduras formalistas.

I. 3. 4.- Los procedimientos judiciales.

El estudio de los procesos judiciales es una manera de aproximarse a la evolución histórica del concepto de *dominium* entre los romanos, por fijar la atención en ese instituto jurídico concreto. El *dominium* romano viene diseñado a través de las facultades diferentes atribuidas al *paterfamilias*, respecto de los bienes. Facultades de actuación que se observan en la práctica, así el hecho de usarla, de enajenarla, de obtener sus frutos. Y otra de estas facultades era la de buscarla y perseguirla hasta encontrarla, como apareció en el ejercicio de la autotutela o la autodefensa, mecanismos teñidos de justicia privada. En la medida que el Poder público se consolidó en la sociedad romana, la administración de la justicia por la autoridad fue arrinconando a la justicia privada. La facultad de reivindicar la cosa propia, que aparece en manos de un tercero, en el marco jurídico de los procesos judiciales romanos, es decir, el ejercicio de la *reivindicatio* sufrió unas transformaciones que jalonan la historia política de Roma.

El conocimiento del procedimiento judicial romano, ilustrado por las fuentes, nos ofrece la idea sobre los mecanismos de la defensa del *dominium*. En el paralelo plano de la defensa de las cosas, por su parte, la *mancipatio* y la *in iure cessio*, por no omitir a la *usucapio* o la *traditio*, como mecanismos aptos para publicitar las transmisiones de bienes, eran una garantía de seguridad de las cesiones de las cosas denominadas *res Mancipi*. En el Derecho Romano el principio de la Publicidad informa tanto los mecanismos de adquisición de las cosas como la forma en que dichas cosas adquiridas se defendían ante cualquier ataque proveniente de un tercero.

En cuanto al plano procesal, la *legis actio sacramento in rem*, *actio* genérica en el Derecho Arcaico, fue cayendo en desuso. Gayo facilita de forma indirecta el dato de la pervivencia, en la época que él vivió, de la *mancipatio* al señalar que siempre es utilizado este medio por la facilidad que supone su validez con la presencia de cinco ciudadanos romanos, amigos o vecinos conocidos que sean testigos obviando la dificultad de recabar la presencia de un Magistrado. De este dato cabe deducir que en el Derecho Clásico, la *in iure cessio* había perdido predicamento en cuanto a su utilización¹²⁷.

Poco se sabe sobre cómo era el proceso en que se ventilaba una *vindicatio* arcaica para reclamar los bienes, muebles e inmuebles, pero nada permite señalar que fuera distinto a la *litis* en que se ejerciera la *actio legis sacramento in rem*. Del aspecto procesal de que ambos contendientes estuvieran situados en un plano de igualdad procesal, alegando ambos ser dueños de la misma, y afirmando ambos en qué fundaban su derecho, puede deducirse que lo que se ventilaba en la *litis* era quién de ellos disponía de un mejor derecho sobre el bien. Una cuestión es cómo se manifiestan las partes, desde su convicción, aduciendo sus respaldos jurídicos que le proporcionarán un mejor derecho o un mejor poder efectivo sobre el bien en cuestión; y otra muy distinta es que, en este estadio de primitivo desarrollo jurídico, lo que se discutía y reclamaba era la cosa, un mejor poder sobre esa cosa.

El dato histórico que puede aclarar esta situación es la realidad demográfica de una pequeña urbe, cuya vida se desenvuelve en la misma, con una población no muy abundante. Dar la voz para denunciar un *furtum* hace llegar a todos la noticia del hecho, sin necesidad de otra publicidad, pues la voz dada y su contenido a todos los vecinos llega. Que un *civis* lleve ante el Magistrado a otro ciudadano para ventilar un mejor derecho sobre la cosa, conlleva el necesario impacto social. La presencia del Magistrado revelaba un carácter objetivo de su actuación pues de esta manera activa se proyectaba su *Imperium*, un Poder reverencial. Tal equivalencia tiene lugar hoy con la vigilante intervención del sistema judicial, así como la organización estatal relativa a la garantía de seguridad jurídica instalada en los Registros públicos.

El Derecho Procesal romano vivió dos fases en su evolución, como veremos.

¹²⁷ Gayo. *Instituciones*, 2, 25: “*Plerumque tamem et fere semper mancipationibus utimur; quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere*”.

I. 3. 4. 1.- El proceso de las *legis actiones*.

El Derecho Procesal Romano Arcaico se caracterizaba por el desarrollo del proceso mediante la invocación y ejercicio de las *legis actiones*. Por su naturaleza jurídica, está integrado en el *ordo iudiciorum privatorum*, es decir, su ámbito se refiere exclusivamente a las cuestiones relativas a derechos reconocidos por el *ius civile*. Y por ello, la legitimación para tener sede en ellos, como partes, solamente puede tenerla el ciudadano romano. Territorialmente la competencia procesal de la *iurisdictio* corresponde a la *Urbs* y al término comprendido dentro de una milla terrestre en el entorno de Roma. La competencia para conocer de la *litis* pertenece exclusivamente a un Magistrado romano, en un primer momento, con la finalidad de examinar la viabilidad conforme a la ley.

Este sistema procesal de *legis actiones* está legalmente reservado para el ejercicio de las acciones expresamente reconocidas por la Ley de las XII Tablas. Es un sistema rigurosamente legal. No solo en cuanto al fondo, sino expresamente también en cuanto a la forma, pues la falta o no observancia de un requisito formal, tenía la consecuencia de perder el litigio. El sistema de las *legis actiones* inicialmente estaba en manos de los Pontífices, rodeado de secretismo.

Para ejercitar una *actio*, el demandante debía comparecer en persona ante un Magistrado, bien un Cónsul inicialmente, más tarde ante un *Praetor*, acompañado del demandado, a quien se le había rogado de comparecencia conjunta ante dicha autoridad. Si el demandado se negase a acompañarle a cumplimentar dicho trámite, tras recabar el auxilio de testigos, le ponía la mano encima –*manus iniectio*– para llevarlo ante el Magistrado. Así lo relatan las XII Tablas¹²⁸. Esta legislación, invocando a juicio, relata Cicerón¹²⁹, eran recitadas de memoria por los niños. Es una lástima que ninguno de ellos las dejara escritas, como legado jurídico muy estimable. Cabía la posibilidad legal de que un *civis* o, al decir de la ley, un *vindex*, sustituyera en este trámite a otro ciudadano romano de similar potencial económico y social, requisito no exigido para un romano proletario. El *vindex* no era un mero representante del demandado en *ius*, y su cometido se reducía a la de una persona que ofrece una

¹²⁸ Domingo Oslé, Rafael. *Textos de Derecho Romano*, pág. 21. Ley de las XII Tablas, Tabla I, 1: “*Si in ius vocat, ito. Ni it, antestamino: Igitur em capito*”. I. 2: “*Si calvitur pedemve struit, manu mendo iactito*”. I. 4: “*Assiduo vindex assiduus esto: proletario iam civi quis volet vindex esto*”.

¹²⁹ Cicerón. *De legibus*, 2, 9.

garantía para asegurar que el demandado no eludirá el deber de acudir a presencia del Magistrado. El *vindex* es un *alter ego* del demandado y ocupa su lugar a todos los efectos, incluso el de la responsabilidad patrimonial. Era posible un acuerdo de las partes en el trayecto que recorrían para ante el Pretor, que ponía fin al litigio y que debía ser publicitado.

El proceso de *legis actiones*, en el Derecho Romano, se dividía en dos diferenciadas fases. Su desarrollo estaba marcado por la actuación *in iure* en su momento inicial. En esta fase *in iure*, el Poder, representado por los Magistrados competentes, los *Praetores*, velando por su objetivo de procurar la Justicia, evitando la violencia de las personas en conflicto, encauza estas disensiones jurídicas.

En el aspecto relativo a las citaciones ante el Magistrado para el inicio de un proceso, había excepciones por razón de las personas. Así, se procuraba la adopción de medidas para las personas demandadas que se vieran impedidas de acudir a la *litis* que le era planteada. Era el caso, contemplado en las XII Tablas¹³⁰, relativo a la persona impedida por razón de salud o edad, al que se privilegiaba pues había de proporcionarle el actor un carro para su traslado. Gozaban del privilegio de no acudir a la *litis*, contra su voluntad, excepto si autorizaban expresa y personalmente su citación, las personas que ocupaban cargos dotados de *Imperium*, como recoge el Digesto¹³¹, en un texto de Paulo, al comentar el Edicto. La razón de tal trato privilegiado se basa en la dignidad del cargo.

Pues bien, el debate del litigio se iniciaba ante el Magistrado el día y hora señalados. Para el supuesto de que la tramitación *in iure* excediese de un día hábil, el demandado tenía que garantizar su comparecencia a la continuación de la vista. Se afianzaba la comparecencia. Ello era así porque cabía la posibilidad de que el demandado se negase a salir de su casa, donde no se le podía citar, pues tal derecho estaba amparado por la inviolabilidad del hogar, precedente del medieval derecho de la

¹³⁰ XII Tablas, I, 3: “*Si morbus aevitasve vitium escit, iumentum dato. Si nolet, arceram ne sternito*”.

¹³¹ D. 2, 4, 2: “*In ius vocari non oportet neque Consulem, neque Praefectum, neque Praetorem, neque Proconsulem, neque ceteros Magistratus, qui imperium habent, qui et coërcere ilique possunt, et iubere in carcerem duci; nec Pontificem, dum sacra facit; nec eos, qui propter loci religionem inde se movere non possunt; sed nec eum, qui equo publico in causa publica transvehatur. Praeterea in ius vocari non debet, qui uxorem ducat, aut eam, quae nubat, nec iudicem, dum de re cognoscat, nec eum, dum quis apud Praetorem causam agit, neque funus ducentem familiare, iustave mortuo facientem*”. Define Paulo la *ius vocatio* como situación para comprobar un derecho, en D. 2, 4, 1.

paz de la casa; o porque huyese a otra ciudad, donde la Justicia romana carecía de posibilidad de proceder judicialmente.

Superado todo obstáculo, estando todas las partes a presencia del Magistrado, el demandante formulaba su pretensión, con base en disposiciones del *ius civile*. Y tras audiencia del demandado, el Magistrado interviniente tomaba la decisión de otorgar o denegar la *actio* invocada. Concedida, en su caso, la *actio*, es decir, comprobado por el Magistrado la existencia de indicios suficientes para la intervención de la Justicia, el actor fijaba su posición jurídica según la *litis* se refiriera a la reivindicación o reclamación de una cosa, en cuyo caso se estaba ante una *actio in rem*, o el litigio versase sobre una reclamación de deuda, es decir, una *actio in personam*.

Esta fase *in iure* podía concluir, tanto para la *actio in rem* como para la *in personam*, con el allanamiento del demandado que es el reconocimiento de la legítima pretensión del actor sobre la cosa reclamada o sobre el crédito invocado frente al demandado. Producía en ambos casos una situación procesal similar a los efectos de la *in iure cessio*, que era aprobada por el Magistrado, poniendo fin al litigio. Efecto similar se producía en el caso de que el demandado abandonase la cosa sin oponerse al derecho de su contrincante pues se asimilaba a una renuncia o abandono de un posible derecho. Duda la doctrina en el supuesto de que el demandado, ejercitada contra él una *actio in personam* por deuda, no contestara a dicha pretensión en el sentido positivo de su reconocimiento personal y expreso de la misma¹³².

Estimamos que, del hecho de que no se le tuviere por allanado ni se pudiese proceder contra él en ejecución de una deuda reclamada, no explícitamente reconocida ni declarada judicialmente, no cabe deducir que el Magistrado pudiera dejar sin respuesta judicial a una pretensión que bien pudiera ser justa y legítima, por cuya razón lo razonable sería, habiendo sido otorgada la *actio* y disponer la continuación de las actuaciones a una posterior fase judicial para no dejar indefenso un derecho legítimo y justo del actor y que, ante el *iudex* nombrado, pudiera probar su derecho y éste serle reconocido. No contestar a una pretensión deducida en su contra, no significaba su aceptación. Tampoco podía dejarse en el aire un derecho ejercitado como consecuencia de una incomparecencia arbitraria y no justificada. Rebeldía procesal no significaba reconocimiento de lo reclamado en el fondo del asunto. De no

¹³² António dos Santos Justo. *Direito Privado Romano –I, Parte Geral*, cit. pág. 291.

oponerse a ello no podría deducirse, sin más trámite, la conclusión de una apariencia de conformidad, el estar de acuerdo con la reclamación. Quien calla no otorga, sino que guarda silencio.

Otra posibilidad de conclusión de la fase *in iure* consistía en que el demandado contestara a la pretensión del actor y defendiera su legítimo derecho en relación a la *res* que se le reclamaba, o, en el caso de reclamación de una cantidad, *actio in personam*, oponerse a la demanda en todo aquello que se le reclamaba. En ambos supuestos, se procedía a declarar la continuación de la *litis*.

Concluida la fase *in iure* de un procedimiento, desaparecía la competencia del Magistrado. El litigio entraba en una segunda fase, una vez fuera nombrado un *iudex*, quien recibiera el mandato de juzgar el fondo de la cuestión debatida. Se iniciaba con dicho nombramiento la fase *apud iudicem*. Este *iudex*, encargado de entender del pleito, podía ser una persona única o ser un órgano pluripersonal colegiado. El órgano unipersonal, denominado *iudex*, conocía del ejercicio de la *legis actio per sacramento in rem*, aunque a veces también tuvieran competencia en tales acciones unos tribunales colegiados. En las *legis actio per sacramento in personam*, o en las *legis actio per conditionem*, era nombrado un *iudex*. Éste alternaba con un árbitro, cuando se ejercitaba una *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. *Recuperatores* eran jueces nombrados para litigios en que solo fueran partes sujetos no romanos.

Ante el *iudex* las partes, ya en el seno de esta segunda fase del proceso, la fase *apud iudicem*, por su orden, hacían alegaciones, proponían y practicaban las pruebas en apoyo de su derecho para encajar los hechos sucedidos, tras la verificación y comprobación de éstos mediante pruebas, en las normas vigentes del *ius civile*. La actividad del *iudex* era doble, pues por un lado era sujeto pasivo en cuanto a los hechos alegados y pruebas practicadas a iniciativa de las partes, escuchando los alegatos de las partes, siendo la finalidad de éstas la de procurar convencerle al esgrimir sus razones y encajando los hechos en el derecho, buscar tener la razón. Y activa era también la función judicial, pues debía observar el cumplimiento de las normas legales, ser exquisito con los ritos judiciales. Así, la presencia de ambas partes en la fase de alegaciones; la pública proclamación de la existencia de pacto entre las partes. Se observaba escrupulosamente el Principio de Publicidad.

Las partes buscaban convencer al *iudex* de su razón en la cuestión planteada. Es decir, de obtener la razón a través de la sentencia que dictara. Tal respuesta judicial revestía especial interés para las partes sobre todo en las acciones reivindicatorias, *actio in rem*, pues la solución judicial al caso, estando la cosa en poder del demandado, que por tal hecho reclama el demandante la entrega de la cosa que entiende ser suya, si éste no lograra probar su derecho sobre la cosa, ésta permanecerá en la tenencia del demandado. Era del máximo interés para las partes probar en quién residía el mejor derecho a tener la cosa. Conforme al principio general del Derecho consistente en que quien alega un derecho tiene que probarlo, competía a ambos contendientes procesales hacer prueba sobre su mejor derecho a la cosa.

El *iudex*, cuando conocía de una ejercitada *legis actio sacramento in rem*, en su sentencia proclamaba qué apuesta era *iusta* en derecho. Declaraba a cuál de las partes correspondía la cosa objeto del litigio. La *litis* versaba sobre la cosa objeto de reclamación. Quien perdía la *litis*, a quien el *sacramentum* le fue declarado *iniustum*, además de entregar la *res*, es decir la cosa objeto del litigio, debía restituir los frutos obtenidos en el tiempo que la tenencia provisional le fuera asignada. Perdía además, el importe de su apuesta sacramental. Cabía la posibilidad procesal que la razón fuera denegada a ambos contendientes. Perdían ambos su apuesta sobre el *dominium*, pero la posesión continuaba en manos de quien la cosa estuviera, aquel contendiente que estuviera en el *usus* de la misma.

I. 3. 4. 2.- Agere per formulas.

La implantación de este novedoso sistema procesal es la consecuencia histórica de cambios políticos y sociales. Comenta Gayo¹³³, haciendo historia del sistema procesal romano, que por el rigorismo formalista del sistema judicial de las *legis actiones*, éstas se tornaron odiosas. Añade que la *Lex Aebutia* y dos *leges Iulia*, estas de tiempos de Augusto, siglo I a. C., abolieron el sistema de acciones y a partir de dichas innovaciones legislativas, se litiga mediante términos prescritos, es decir, utilizando fórmulas predeterminadas. Para situar este evento jurídico en el tiempo, es conveniente señalar el año 130 a. C., como la fecha probable de la *Lex Aebutia*, la cual

¹³³ Gayo. *Instituciones*, 4, 108: “*Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterunt, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet, itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigaremus*”.

autorizaba al ciudadano romano a utilizar las fórmulas directamente, prescindiendo de las *legis actiones*, atribuyendo a las sentencias dictadas por este sistema procedimental de fórmulas, el mismo valor que a las recaídas bajo las *leges actiones*. Las *leges Iuliae* deben ser situadas en el tiempo histórico del siglo I, a. C., en tiempo de Julio César, y, por su muerte prematura e inesperada, puestas en vigor en tiempo de Octavio Augusto, heredero de aquél, no solamente en el ámbito del poder político sino también en virtud de su testamento personalmente emitido.

Pero la sustitución de un sistema procesal por otro, no fue instantánea, sino que ambos convivieron en tanto se imponía el nuevo sistema. La Historia del Derecho Procesal Romano viene siendo caracterizada por la constante presión del Poder Político para inmiscuirse en los entresijos de los intereses particulares. Lo que comenzó estando en manos privadas, que llega hasta la época Clásica, en cuya virtud la función del Poder se limita a procurar una tutela, tendente a eliminar que la búsqueda de la justicia por los particulares, pueda alterar la paz social, bajo la atenta vigilancia de un Magistrado, coincidiendo con un cambio sustancial en el régimen político, que es la instauración del Principado, que terminó por enterrar el sistema político republicano, introdujo un sistema procesal distinto, saliendo de las manos privadas para ser una tarea asumida por el Poder. Es el sistema de la *cognitio extraordinem*. Supone el cambio del sistema de las *legis actiones* al mecanismo procesal de *agere per formulas*, sistema formulario. Este cambio fue introducido por una *Lex Iulia iudiciorum privatorum*, de Octavio Augusto, como se ha dicho.

El programa de Gobierno de Augusto tuvo en el punto de mira la renovación del Estado en absoluta profundidad. En el fondo del entramado político, Augusto era el Poder. Pero en lo relativo a las formas, la apariencia mostraba una reconstitución del sistema republicano. El Senado aprobaba las disposiciones legales que emanaban del Poder de Augusto, quien manejaba todos los resortes del gobierno. Sobrevolaba sobre todo el amplio mundo romano el omnímodo poder personal de Octavio. Ese era el contenido de la revolución. No tuvo duda alguna de usar de la propaganda política a su mayor gloria y exaltación de su Poder. Destacó el aval literario de poetas como Virgilio. Sus *Geórgicas* exaltaban la dedicación del pueblo romano a la agricultura. Su *Eneida* era un canto a Octavio y su familia. Octavio había designado heredero a su sobrino Marcelo, hijo de su hermana Octavia. Acompañando a Tiberio en 26 a. C.,

había participado en las guerras cántabras. Era el valor de la literatura poética al servicio del Poder. Cuando Virgilio recitó unos versos de su *Eneida*, referentes a su citado sobrino Marcelo, muerto en plena juventud, en presencia de Augusto, su hermana Octavia sufrió un desmayo desgarrada por el dolor¹³⁴.

Este nuevo panorama de régimen de poder trajo otra consecuencia más. Marcó el principio del fin de la actividad de los *iurisprudentes*, cuyo objetivo consistía en la actividad creadora basada en la laboriosa *interpretatio* y la incansable búsqueda de las reglas del Derecho. Augusto creó un nuevo marco procesal, a través de las fórmulas y el proceso de la *cognitio extra ordinem* y un nuevo rumbo jurídico, bajo el férreo control de la Justicia por el Poder, llevaría, en un futuro no previsto, a la desaparición de la *Iurisprudentia*. La consolidación de las ideas de Octavio consagró a la Justicia como una función más en manos del Poder político.

En el fondo de todo ello, late una ambición de controlar las fuentes del Derecho y la Justicia. Sería el acta de defunción de la *Jurisprudentia*. En el futuro no habrá más Derecho que el surgido del Poder Estatal ni otra Justicia que la impartida por los órganos estatales al efecto. Abrió de par en par la puerta del *Ius Gentium* cuando se hizo inevitable admitir que había muchas personas, que ejercían en Roma el *ius commercium*, y que funcionaban jurídicamente al margen del *ius civile*. Era consecuencia inevitable de la expansión territorial integradora de Roma. De la labor creadora de esta *Jurisprudentia* habían aparecido nuevos contratos: *societas*, *mandatum*, *locatio conductio* y *emptio venditio*. La *Iurisprudentia* había incorporado conceptos y reglas jurídicas tales como la *bona fides* y la *aequitas*. Dieron carta de naturaleza a los contratos consensuales y el rigorismo formalista del *ius civile* abrió el camino del consentimiento como fuente del Derecho de Obligaciones.

La *Iurisprudentia* no se había limitado a una labor de mera interpretación creadora teniendo puesta en las XII Tablas su atención. Es frecuente ver en el Digesto reflejados diversos comentarios al Edicto del *Praetor*. No es infrecuente que los jurisprudentes actuaran emitiendo asesoramiento a los Pretores. Pero la labor de los jurisprudentes, dotada de *auctoritas*, en este nuevo panorama languideció lentamente.

¹³⁴ Virgilio. *Eneida*, cit. Libro VI. Versos 882-884: “*Heu miserande puer! Si que fata aspera rumpas.../ tu Marcellus eris. manibus date Lilia plenis/ purpúreos spargam flores animanque nepotis*”. ¡Ay joven digno de lástima!, si de alguna forma pudieras romper tu amargo destino.../ Tú Marcelo serás. Lirios dadme a manos llenas/ que esparza purpúreas flores y el alma de un nieto...”. Tomo II, Libro VI. Pág. 178. CSIC. Madrid, 2011.

La *Iurisprudentia* pierde la labor creadora del *derecho* y se amolda a ser un elemento auxiliar, al servicio del Poder. No importa que, en el trámite de la crisis política de la República, Quintus Mucius Scaevola y Servio Sulpicio y sus seguidores, prosiguieran con el desarrollo del método creativo de la *Iurisprudentia*, tratando de refrenar el empuje expansivo e intervencionista del Poder, aunque tales esfuerzos fueran una batalla perdida. Poco importa tampoco que entre Augusto y Adriano, Emperador que fosilizó el Edicto del Pretor dándole la entidad de una *lex*, pervivan Labeón, Próculo, Celso y Juliano que con rigor técnico trataran de dignificar el derecho privado romano, base del *ius civile*, ante la invasión institucionalizada protagonizada por el Poder. Era una guerra perdida de antemano. La *Iurisprudentia* estaba dotada de *auctoritas*, dignificada por el *ius publice respondendi*. Dicha *auctoritas* quedó integrada en la férrea mano del Poder Político.

Pero Octavio Augusto, tras el fragor de las batallas de Actium y la campaña cántabra, dispuso que el Senado cerrase las puertas del Templo de Jano, en señal de que la Paz se había impuesto. Dotado del *Imperium* propio de su cargo, tuvo la habilidad de apropiarse de la *auctoritas* que estaba en manos de los jurisperitos. Más aún, monopolizó todos los resortes y funciones del Poder. Arrebató las fuentes creativas del Derecho y sus reglas, de las manos de los jurisperitos. La independencia del Derecho, la privacidad del mismo, sucumbió ante el Poder. No se conformó éste con decir y crear la Ley. También afectó la nueva situación al derecho de los procedimientos, al tomar para sí el Poder todo el ámbito jurisdiccional.

Podrá afirmarse que el Poder respetó la permanencia del procedimiento ordinario cuando introdujo la reforma procesal del *cognitio extra ordinem*, conviviendo ambos, pero nadie pudo evitar un acto reformador del Poder cuando estableció para el proceso ordinario un recurso para ante la Autoridad, como mecanismo para en definitiva controlar la acción de la justicia. En el proceso *extra ordinem* la intervención del control por parte del Poder es completa desde el inicio del mismo, hasta la definitiva conclusión del proceso.

El procedimiento *per formulam* empieza con la designación, nominal, de la persona que encarna el cargo de *iudex*. Señala Gayo¹³⁵ que la fórmula constaba de las siguientes partes: la demostración, la pretensión, la adjudicación y la condenación.

¹³⁵ Gayo. *Instituciones*, 4, 39: “*Partes autem formularum hae sunt: demonstratio, intentio, adjudicatio, condemnatio*”.

Toda fórmula contiene la *intentio* y la *condemnatio*, como elementos necesarios. Gayo, añade como posibilidad especial la *demonstratio* y la *adjudicatio*. La *demonstratio* inicia la fórmula para designar el asunto de la demanda, para centrar el contenido de la pretensión, sobre la que Gayo cita a manera de ejemplo: “*dado que Aulo Agerio vendió a Numerio Negidio un esclavo*” o, “*dado que Aulo Agerio dio a Numerio Negidio un esclavo en depósito*”¹³⁶. La parte de la fórmula llamada pretensión recoge el deseo del demandante. Señala Gayo¹³⁷ algunas *intentio* o pretensiones y así a título de ejemplo manifiesta algunos casos: “*Si resulta que Nemerio debe entregar diez mil sestercios a Aulo Agerio*” o, en otro ejemplo, “*todo cuanto resulte que Numerio Negidio debe dar o hacer a Aulo Agerio*”, o, también, “*si resulta que el esclavo es de propiedad de Aulo Agerio*”. Desde luego que los nombres personales utilizados son ficticios. Agerio representa a quien acciona o reclama y Negidio al demandado que niega la pretensión deducida de contrario. En la práctica, estos ficticios nombres eran sustituidos por los nombres de los litigantes reales. La *adjudicatio*¹³⁸ es una cláusula especial en cuya virtud el *iudex* queda facultado para, en concretas reclamaciones, proceder a adjudicar bienes o masas de bienes, procedentes de herencia, mediante su división entre los herederos, o procedentes de una comunidad de bienes, mediante la división de cosas común a varios, o para deslindar propiedades colindantes. Esta decisión del *iudex* tenía el carácter de declaración de derechos, de naturaleza constitutiva de derechos, ya que su contenido excedía del mero ámbito declarativo.

En el proceso pueden existir determinadas alegaciones de los litigantes que necesariamente pueden afectar al debate. Y cuando estos alegatos defensivos tienen lugar, deben ser insertados en la fórmula. Tenía lugar su inclusión cuando era alegada una *exceptio*. Se oponía a la solicitud de *condemnatio* y era precisada de su correspondiente prueba. Muchas excepciones estaban explícitamente señaladas en el

¹³⁶ Gayo. *Instituciones*, 4, 40: “*Demonstratio est ea pars formulae, quae principio ideo insertur, ut demonstretur res, de qua agitur, velut haec pars formulae: QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT, ítem haec: QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM HOMINEM DEPOSUIT*”.

¹³⁷ Gayo. *Instituciones*, 4, 41: “*Intentio est es pars formulae qua actor desiderium suum concludit, velut haec pars formulae: SIPARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X NILIA DARE OPORTERE; ítem haec: QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE; ítem haec: SI PARET HOMINEM EX IURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE*”.

¹³⁸ Gayo. *Instituciones*, 4, 42: “*Adjudicatio est ea pars formulae qua permittitur iudici rem aliqui ex litigantibus adiudicare, velut inter cvoheredes familiae erciscundae agatur aut inter socios communi dividendo aut inter vicinos finium regundorum. Nam illic ita est: QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX, TITIO ADIUDICATO*”.

Edicto del Pretor. Otras tenían su origen en pactos previos de las partes, como era el pacto de no reclamar o *pactum de non petendo*. Gayo¹³⁹ recuerda que las excepciones fueron introducidas en defensa de los demandados pues aunque era frecuente que conforme el *ius civile* careciera de protección, ello no obstante resultaba injusto condenarle. Cuando era opuesta una *exceptio*, como medio defensivo, el actor procesalmente disponía de una *replicatio* o réplica.

El trámite de estas *replicationes* viene explicitado en las Instituciones de Justiniano¹⁴⁰. Se trata de una explicación para que el actor ayude al *iudex* a valorar la fuerza procesal de tal *exceptio*. Una *exceptio* especial era la alegación de una *praescriptio*. Es un mandato al *iudex* para que evite en sentencia una resolución injusta. Era obligada su inclusión en la fórmula cuando el comprador exige que la cosa le sea transferida conforme el *ius civile* mediante una *mancipio*. La *actio* ejercitada de exigencia de una *mancipio*, no tiene relación con el hecho de la transmisión de la *possessio*, para cuya exigencia tiene que formular nueva *litis*. Nuevamente vuelve a surgir la dualidad entre *dominium* y *possessio*. Así lo recoge Gayo¹⁴¹. Muchas veces las *exceptiones* tienen origen en un imperativo legal. Son actos prohibidos o enlazados con normativa de *ius cogens* asimilada a *ius civile*. Papiniano, en texto que recoge el Digesto¹⁴², estudiando el caso en cuya virtud Seya entregó sus bienes, mediante donación, a su cognado Ticio, y se reservó el usufructo de dicho patrimonio. Es un supuesto de *usufructo reservato*. Pactan las partes que si Ticio premuere a Seya, a ésta revierte la propiedad. Si posteriormente ella muere, sobreviviendo los hijos de Ticio, en este caso, pertenecerán a éstos los bienes. Si los herederos de Ticio reivindicán cada

¹³⁹ Gayo. *Instituciones*, 4, 116: “*Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur, saepe enim accidit, ut quis iure civil teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari...*”.

¹⁴⁰ Justiniano. *Instituciones*, 4, 14, pr.: “*Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie iusta videtur, inique noceat. Quod quum accidit, alia allegatione opus est adiuvandi actori gratia, quae replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis*”.

¹⁴¹ Gayo. *Instituciones*, 4, 131 a: “*Item si verbi gratia ex empto agimus, ut nobis fundus mancipio detur, debemos ad hoc praescribere: EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO, ut postea, si velimus vacuum possessionem nobis tradi contra debitorem eadem actione uti possimus, alioquin si minus diligentes in ea re sumus, totius iuris obligatio illa incerta actione: QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AUULO AGERIO DARE FACERE OPPORTET, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio*”.

¹⁴² D. 39, 6, 42: “*Seia, quum bonis suis, traditionibus factis, Titio cognato donationis causa cessisset, usumfructum sibi recepit, et convenit ut, si Titius ante ipsam vitam decessisset, proprietas ad eam redire, si postea superstibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent; igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutilites opponetur exceptio; bonae fidei autem iudicio constituto quaerebatur; an mulier promittere debeat, se bona, quum moreretur, filiis Titii restitutura...*”.

uno de esos bienes, no se les opondrá inútilmente la *exceptio doli*; siendo una *actio bonae fidei* surgía la cuestión de si debía la mujer prometer, a su muerte, restituir los bienes a los hijos de Ticio. La duda consistía en que podía, o no, tratarse de una nueva donación, que aún no se había producido con respecto a los hijos de Ticio. Si se hubiera exigido caución, por virtud de la exigencia de esta condición a la primera de las donaciones, la hecha a Ticio, ésta estaba perfeccionada y el *dominium* fue transmitido. Pero se cuestionaba si tal exigencia de afianzamiento no era exigible en la segunda donación. Además se cuestionaba un tecnicismo jurídico cuando se preguntaba si era una donación de condición cierta o si la donación venía motivada y con la causa justificada en una *mortis causa*. Daba por supuesto Papiniano no tener duda alguna de que la donación era *mortis causa*. Al fallecer previamente Ticio se considera disuelta y sin posibilidad de producir efectos transmisivos la primera donación. Fallecida con posterioridad Seya, los hijos de Ticio, si con consentimiento de Seya hubieren recibido caución, estarán sujetos a la contribución señalada por la *Lex Falcidia*. La expresada *Lex Falcidia*, datada en 40 a. C., reservaba para el *heres* la cuarta parte de la herencia, quedándole pues como herencia la *quarta Falcidia*.

Los bienes adquiridos mediante *donationes mortis causa*, en principio carecían de relación con los derechos hereditarios, si bien implicaban una merma en el caudal relicto. El mismo citado jurisconsulto, Papiniano¹⁴³, en el caso planteado consistente en que, *mortis causa*, si un padre dona a un hijo emancipado algunos bienes sin sujeción a condición alguna que implicase su devolución, tras su fallecimiento, sus hermanos y coherederos quisieron que tales donaciones fueran llevados a la contribución impuesta por la *lex Falcidia*, les respondió en el sentido de que se debía aplicar el derecho antiguo pues no se verán afectados los bienes donados con cierta condición; sobrevinida la muerte, queda extinguida la esperanza de retenerlos, pues el que donaba bienes no los donaba tanto *mortis causa* como por el hecho de la muerte.

La *intentio* puede referirse a una reclamación de obligación de pago de una cantidad de dinero, como refleja el ejemplo de Gayo, así como también a una reivindicación de propiedad. La base jurídica para la *intentio* podía estar radicada en el *ius civile* o *in factum concepta*¹⁴⁴, es decir, una situación o derecho constante en el

¹⁴³ D. 39, 6, 42, 1.

¹⁴⁴ Gayo. *Instituciones*, 4, 46: “*Ceteras vero in factum concepta vocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adiciuntur ea verba, per*

Edicto del Pretor. La *intentio*, en otros negocios jurídicos, contenía una cuestión prejudicial, mediante el ejercicio de una acción para determinar el objeto de la *litis* en otro trámite judicial posterior. Se trata de la práctica de unas diligencias preliminares o preparatorias del ejercicio de la acción para caminar procesalmente sobre terreno seguro.

La *intentio* de la fórmula podía contener una pretensión de condena, en cuyo caso el Magistrado autorizante confería al *iudex* la plena facultad de absolver o condenar una vez comprobada la veracidad del contenido de la *intentio* o pretensión. Señala Gayo¹⁴⁵ que la *condemnatio* versaba siempre mediante la concreción de una suma pecuniaria. De todos modos, no resultaba halagüeña para el condenado a la entrega de un bien, pues la evaluación efectuada por el *iudex* en sentencia, oscilaba entre el tanto, el duplo, el triple e incluso el cuádruple¹⁴⁶. La gravedad onerosa de esta solución judicial tenía, en mi opinión, un claro efecto disuasorio con la no disimulada intención de evitar la litigiosidad e incitar a que las partes buscasen acuerdos. En el fondo late la idea del deseo del Poder de lograr la paz social. Además, lo elevado del valor de la sanción pecuniaria, siempre era un incentivo con efectos procesales para lograr la entrega o devolución del bien litigioso.

Además de esta *intentio in ius concepta*, fundamentada en el *ius civile*, al lado de ella, estaba la *intentio in factum concepta*. En ella se invocaba una situación de hecho amparada por el Edicto del Pretor. Principia por relatar un hecho sucedido y seguidamente se señalan los términos en que el *iudex* deba condenar o absolver. Gayo¹⁴⁷ recoge un caso de *intentio in factum*.

quae iudici dammandi absolvendive potestas datur; qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in ius vocavit...”.

¹⁴⁵ Gayo. *Instituciones*, 4, 48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpues aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat*”. Referencia Gayo una variación histórica, que altera la forma de resolver el *iudex* en la antigüedad, esto es, dar al que obtenía razón en sentencia la cosa u objeto reivindicado, sino que en el proceso *per formulam* se condenaba al pago de la cantidad en que se estimaba valorado el bien reclamado. Estimo que tal cambio procesal obedece a razones de economía procesal, pues con tal modo de sentenciar se evitaba una posible contrariedad jurídica en el caso de pérdida o desaparición del bien reclamado. Esto debía ser frecuente en los supuestos de bienes muebles o semovientes. Puede ser muy discutible en asuntos reivindicatorios respecto de inmuebles.

¹⁴⁶ Justiniano. *Instituciones*, 4, 4, 21: *“Omnes autem actiones vel in simplum conceptae sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum. Ulterius autem nulla actio extenditur”*.

¹⁴⁷ Gayo. *Instituciones*, 4, 46: *“Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adiciuntur ea verba per*

Una peculiaridad en las fórmulas la ofrece una *intentio* a la que se añade una hipótesis ficticia. Así en la *actio Publiciana*, como veremos más adelante. Es una *actio ficticia* que se asemeja a la *actio civilis*, pero con la especialidad de que se extiende a nuevas situaciones no previstas en la ley. Así refiere Gayo¹⁴⁸ que concurre una ficción, esto es, de *usucapio*, en la acción que se llama *Publiciana*, *actio* que tiene quien, privado de la posesión, reclama una cosa que le fuera entregada en virtud de justa causa. De nuevo vuelve el citado jurista a basar una situación precisada de protección procesal fundada en la existencia de una justa causa, como requisito de validez de los negocios jurídicos. Añade Gayo que el receptor de la cosa no tuvo tiempo material de usucapirla, por lo que no puede alegar que esa cosa sea suya conforme el *ius civile*, pese a lo cual se acude a la *fictio* consistente en que estuvo en posesión de la misma el tiempo preciso para usucapir.

Ante el *iudex* se practicaban los distintos medios probatorios de que intentarían valerse las partes. Las partes tienen que proponerlas para hacer valer su superior derecho. La prueba reina era la *confessio*, pues se hacía en presencia judicial y al hacerla, tal confesión, no tenía conexión alguna con ningún pleito, por cuanto la misma tenía por objeto el contenido de un hecho, y no sobre un debate jurídico. A su lado estaba la prueba de *juramentum*, a prestar durante un juicio. Su carácter de prueba decisoria hacía innecesario el dictado de sentencia. Otra prueba consistía en los testimonios emitidos por ciudadanos sobre los hechos. El jurisconsulto Arcadio, también llamado Carisio¹⁴⁹, dice, del empleo de los testimonios, que es frecuente y necesario y ha de ser requerido en especial de aquéllos cuya fe no vacila. Modestino¹⁵⁰, por su parte, incide en la forma de valoración de la testifical indicando que debe examinarse la dignidad, la fidelidad, las costumbres y la gravedad del testigo,

quae iudici damnandi absolvendive potestas datur...edictum praetoris in ius vocavit; nam in ea ita est: RECUPERATORES SUNTO. SI PARET ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTUM ILLIUS PRAETORIS IN IUS VOCATUM ESSE, RECUPERATORES, ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNATE. SI NON PARET, ABSOLVITE”.

¹⁴⁸ Gayo. *Institutiones*, 4, 36: *Item usucapio fingitur in ea actione, quae Publiciana vocatur, datur autem haec actio ei, qui ex iuxta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petiti; nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse entenderé, fingitur rem usu cepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit velut hoc modo: IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET et reliquia”.*

¹⁴⁹ D. 22, 5, 1: *“Testimoniorum usus frequens ac necessarius est, et ab his praecipue exigendus, quorum fides non vacillat”.*

¹⁵⁰ D. 22, 5, 2: *“In testimoniis autem dignitas, fides, mores, gravitas examinanda est; et ideo testes, qui adversus fidem suam testationis vacillant, audiendi non sunt”.*

otorgando menor valor el testimonio de quienes vacilan ante la exactitud de su declaración. El Emperador Adriano¹⁵¹ dirigió un rescripto a Valerio Vero donde le marca unas sencillas pautas para valorar los elementos probatorios. Le decreta que “*muchas veces se descubre la verdad de cualquiera cosa, sin documentos públicos, y otras el número de los testigos, otras su dignidad y autoridad, otras por ejemplo la fama general confirma la verdad de la cosa de que se trata*”.

Otro género de prueba es la documental. Tuvo escasa importancia dentro de los procesos, porque los documentos o los escritos tenían mínima incidencia en el mundo de los negocios contractuales, donde imperaba el máximo respeto a la palabra dada. No obstante Marcelo¹⁵² refiere un dato histórico al decir que el Senado romano estableció que el censo y los documentos públicos tienen más fuerza que los testigos. Este jurisconsulto se refiere a la prueba documental pública, que denomina *monumenta*, que está obrante en oficina pública y bajo la custodia de un funcionario, caracterizada, salvo prueba en contrario, por su objetividad e imparcialidad. Es distinta su eficacia de la que se otorga a la prueba contenida en la documental privada.

El Derecho Romano Clásico era básicamente un derecho procesal oral, personal, testifical. Se fundamentaba en la honorabilidad de la palabra del *civis*. Su palabra era semejante a la ley y a ella quedaba obligado. La *stipulatio* es la promesa expresada verbalmente de una prestación. Una antigua fórmula se acoge en el verbo *spondes?* Y en la respuesta *spondeo*¹⁵³. Es una simple pronunciación personal, sin formalidades ni presencia testifical. Su plasmación documental tenía un sentido probatorio, sin que su ausencia afectara a la validez. Ya en el Derecho Vulgar, más tarde, se implantó la forma escrita.

Un mecanismo probatorio era la inspección judicial, que exigía el desplazamiento del *iudex* al lugar de los hechos o al fundo objeto de la *litis*, pudiendo ir acompañado de un agrimensor si se trataba de pleito sobre fijación de los linderos. La labor del agrimensor no se limitaba a determinar los linderos de los fundos en los pleitos civiles. Siguiendo la leyenda de Rómulo al constituir la *Urbs*, o tal vez apuntalando la leyenda misma, los agrimensores determinaron los lotes agrícolas conforme las líneas maestras de *cardo* y *decumanus*, tomando como referencia el

¹⁵¹ D. 22, 5, 3, 2.

¹⁵² D. 22, 3, 10: “*Census et monumenta publica potiora testibus esse, Senatus censuit*”.

¹⁵³ Max Kaser. *Derecho Romano Privado*, cit. pág. 45. Editorial Reus. Madrid, 1982.

punto de la salida del sol. El elemento básico era la *centuriae*, que constaba de doscientas yugadas. Así lo cifra Mommsen¹⁵⁴, como medida muy común, equivalente a 50,377 hectáreas. En los terrenos dedicados a viñedos, que exigían más trabajo, la unidad rural era menor, es decir, unas cien yugadas, equivalentes a 25,188 hectáreas. Apostilla Catón, citado por Mommsen, que para trabajar cien hectáreas, se necesitaba un par de bueyes. Las asignaciones de la tierra, que unas tenían forma cuadrada –*centuratio*– y otras rectangular –*scamnatio*– estaban delimitadas por dos caminos en forma de cruz para los accesos, estando estos caminos sustraídos al dominio particular¹⁵⁵. Como se puede deducir, estamos en una economía plenamente ruralizada.

La acaparación de tierra en manos de las clases poderosas fue la preocupación que movilizó la incertidumbre de las guerras sociales. Son tiempos militarmente muy complicados para Roma con las guerras contra Veyes como telón de fondo entre los años 406 a 396 a. C. Las leyes Licinia Sexti impusieron unos límites de quinientas yugadas, es decir, unas 126 hectáreas, estableciéndose además que los terratenientes debían emplear tantos trabajadores libres cuantos esclavos tuvieran para procurar un alivio a la cuestión social. Eran tiempos difíciles para la pervivencia de Roma pues eran necesarios los *miles* incluso en la época invernal, lo que era causa de rechazo social¹⁵⁶. Cada *centuriae* era señalada con hitos de piedra en los ángulos. Hecho esto se trasladaba a un plano catastral, una especie de incipiente registro inmobiliario. Era la base del *census*. Este documento estaba en las manos del Censor¹⁵⁷.

El principio jurídico de la equidad guiaba el quehacer procesal del *iudex* en su incansable búsqueda de la idea de la realización de la justicia, como objetivo de todo proceso. Así lo refiere Ulpiano en su Comentario al Edicto¹⁵⁸. Es un vestigio acreditativo de que la actividad innovadora de los Jurisprudentes, en su afán de llegar a la idea de Justicia, alcanzaba también al ámbito procesal. También el Pretor tenía la misma preocupación pues llegó a publicar un libro sobre las preguntas a llevar a cabo en relación con temas hereditarios o posesorios. Así nos lo refiere Ulpiano¹⁵⁹. La

¹⁵⁴ Mommsen, Theodor. *Historia de Roma*, vol. II, pág. 379. RBA. Barcelona, 2005.

¹⁵⁵ Bonfante, Pietro. *Corso di Diritto Romano, vol. II, La Proprietá*, cit. pág. 243, nota (2).

¹⁵⁶ Mommsen, Theodor. *Historia de Roma*, cit. vol. I, pág. 313.

¹⁵⁷ Max Weber. *Historia agraria romana*, págs. 17-18. Akal. Madrid, 2008.

¹⁵⁸ D. 11, 1, 21: “*Ubicunque iudicem aequitas moverit, eaque oportere fieri interrogationem, dubium non est*”.

¹⁵⁹ D. 11, 1, 3: “*Edictum de interrogationibus ideo Praetor proposuit, quia sciebat difficile esse ei, qui heredem bonorumve possessorem convenit, probare aliquem esse heredem bonorumve possessorem*”.

sutileza de los jurisperitos ayuda a interpretar cómo se debe entender el sentido de las respuestas de un interrogatorio pues está en función del contenido de la pregunta hecha. Así, si un interrogado responde que él es el heredero sin matizar de qué parte, debe entenderse serlo de la totalidad de la herencia; pero si se le pregunta si es heredero de la mitad de una herencia y responde que sí, que él es heredero, debe entenderse esta respuesta referida a ser heredero de esa mitad. Así se explica Ulpiano¹⁶⁰.

El mismo citado jurisperito, Ulpiano, no solamente ayuda a interpretar los resultados probatorios, cuando señala que la prueba de interrogatorio debe imponerse al actor, es decir, cuando éste –el actor- afirmó que el interrogado –demandado- manifestó ser heredero; o si, de igual manera, al ser sobre ello interrogado, éste calló, debe llegarse a idéntica conclusión, pues la prueba, afirma Ulpiano¹⁶¹, incumbe no a quien excepcionó que él no respondió, sino al actor. Con este mismo criterio argumental, el jurisperito Paulo¹⁶² acuñó un Principio General del Derecho cuando dejó escrito que quien alega debe probar, no así quien niega. Principio que es asumido por Ulpiano¹⁶³ cuando dejó establecido que quien afirma que el testador cambió de voluntad, debe probarlo. Prueba que debe hacerse sobre los hechos, no sobre el derecho o legislación. De ahí que consideremos que es merecedora de una aclaración cuanto afirma el jurisperito Celso al decir que, cuando se trata de la *Lex Falcidia*, incumbe al heredero la prueba de que tiene lugar la *Lex Falcidia*, y no pudiéndolo probar, con razón será condenado. A lo que Celso se refiere es que son las consecuencias o efectos derivados de la aplicación de la *lex Falcidia*, los que pretende el heredero a su caso concreto, es decir, que se declare su derecho a la cuarta parte de la herencia que la *lex Falcidia* venía estableciendo y que la donación, que redujo el haber hereditario, perjudicó su legítimo derecho a la parte de la herencia. No debe ser

¹⁶⁰ D. 11, 1, 9, 5: “*Qui interrogatus heredem se responderit, nec adiecerit, ex qua parte, ex asse respondisse dicendum est; nisi forte ita intrrogetur, an ex dimidia parte heres sit, et responderit: heres sum; hic enim magis eum puto ad interrogatum respondisse*”.

¹⁶¹ D. 22, 3, 18, 2: “*Interrogationis factae probationem actori imponi debere, id est ei, qui in iure interrogatum dixit respondisse, se solum heredem esse; vel si tacuisse dicatur interrogatus, aequo tentundem erit dicendum, impositam probationem non ei, qui excepit, se non respondisse, sed actori*”.

¹⁶² D. 22, 3, 2: “*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*”.

¹⁶³ D. 22, 3, 22: “*Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere*”.

la ley objeto de prueba, sino un hecho obstativo que despliegue los efectos normales de lo dispuesto en la ley¹⁶⁴.

La *condemnatio* es la fase procesal en cuya virtud el *iudex* queda habilitado por el Magistrado para condenar o absolver al demandado, de conformidad al resultado de la prueba cuya valoración, en todo caso, compete al juez. Ya hemos indicado que en el proceso por fórmulas, la condena era siempre evaluable en dinero. Esta cantidad variaba desde el *tantum* hasta el *quadruplum*. Esta contrariedad suponía un serio quebranto en los legítimos derechos del demandante privado de una cosa. Quien reclama una cosa es porque tiene interés directo en ello. Para resolver esta inquietante solución, se acudió al expediente de incluir en la *condemnatio* una cláusula *arbitraria* disponiendo que el *iudex* condene a que el condenado devuelva la *res* o cosa reclamada, con la finalidad de dar la necesaria coherencia entre la pretensión deducida y la respuesta judicial, *intentio* y *sententia*, respectivamente.

La sentencia o resolución que dicte el *iudex* ha de ser coherente con el contenido de la *intentio*, poniendo, con ello, fin al proceso. De ahí que si en la demanda pide más de lo que se le adeuda, incurre en *plus petitio*, y pierde la *litis*¹⁶⁵. Puede afectar al objeto, reclamando más de lo que realmente se le adeuda y solamente queda probada la deuda de una cantidad inferior a la reclamada. Enseñó Gayo¹⁶⁶ que la petición excesiva o *plus petitio* es de cuatro clases, pues están inmersas en la misma las configuraciones litigiosas que afectan al objeto, al tiempo, al lugar y a la causa. En cuanto al tiempo, hay exceso en la pretensión cuando se reclama antes de que venza la deuda o sea cumplida la condición. El lugar donde se señaló para cumplir con una obligación no debe ser alterado unilateralmente. Y en cuanto a la causa se refiere, hay *plus petitio* cuando en una estipulación se promete entregar a una suma concreta o un determinado objeto, y el actor reclama la entrega de una de las dos cosas limitando unilateralmente las posibilidades de cumplimiento al obligado, privándole al demandado de su derecho de opción.

¹⁶⁴ D. 22, 3, 17: “*Quum de lege Falcidia quaeretur, heredis probatio est, locum habere legem Falcidiam; quod dum probare non potest, merito condemnabitur*”.

¹⁶⁵ Gayo. *Instituciones*, 4, 53: “*Si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit...*”

¹⁶⁶ Gayo. *Instituciones*, 4, 53 a: “*Plus autem quattuor modis petitio: re, tempore, loco, causa. Re, velutsi qui pro X milibus, quae ei debentur, XX milia petierit, aut si is, cuius ex parte res esset, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit*”.

Además la sentencia, en función de lo solicitado y del contenido de la acción ejercitada, puede ser declarativa de derechos, sin contener necesariamente una condena; además, pueden revestir las características de ser condenatorias o absolutorias. Hay, finalmente, sentencias constitutivas, es decir, constitutivas o creadoras de derechos, en cuanto pueden modificar las propiedades mediante la adjudicación a personas, como ya antes hemos indicado, en lo referente a la división de patrimonios, o cuando se establecen servidumbres.

La sentencia tiene el efecto de autoridad de cosa juzgada, pues lo resuelto debe ser respetado, amparado en el principio de *non bis in idem*. Afirmó Cicerón¹⁶⁷ que en la santidad de la cosa juzgada descanza la estabilidad del sistema institucional. Ulpiano¹⁶⁸, comentando el Edicto, indica que la cosa juzgada afecta a cuantas personas llevan un negocio jurídico a juicio. En otro texto, este jurisprudente afirma que la cosa juzgada se aplica al asunto en que se litiga sobre el mismo objeto aunque cambie la acción siendo ésta distinta a la utilizada en la *litis* anterior¹⁶⁹. Es decir, estamos ante la cosa juzgada cuando se ejercita sobre el mismo objeto. Por su parte, Ulpiano¹⁷⁰ dictaminó que si alguno ya reclamó por la totalidad, y después reclama solo una parte, le perjudica la excepción de cosa juzgada, pues esa parte, posteriormente reclamada, está comprendida en aquel todo, en que la cosa reclamada se halla. El mismo citado jurisprudente recoge una opinión de Juliano¹⁷¹, consistente en ampliar los efectos de la cosa juzgada, no solo cuando hay identidad de personas sino también cuando la reclamación versa sobre el mismo objeto incluso en otra clase de juicio. Incluso esta excepción de cosa juzgada perjudica a quien sucedió en los derechos de quien ejercitara en el pasado la acción, como señala Papiniano¹⁷².

¹⁶⁷ Marco Tulio Cicerón. *Pro P. Sila oratio*, 22, 63: “*status enim rei publicae maxime iudicatis rebus continetur*”. Pág 142. CSIC. Madrid, 1997.

¹⁶⁸ D. 39, 2, 4: “*Rei iudicatae exceptio tacite continere videtur omnes personas, quae rem in iudicium ducere solent*”.

¹⁶⁹ D. 39, 2, 5: “*De eam re agere videtur, et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiamsi alia experiatur, de eadem tamen re*”.

¹⁷⁰ D. 39, 2, 7: “*Si quis, quum totum petisset, partem petat. Exceptio rei iudicatae nocet; nam pars in toto est*”.

¹⁷¹ D. 39, 2, 7, 4: “*Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur, veta alio genere iudicii*”.

¹⁷² D. 39, 2, 28: “*exceptio rei iudicatae nocebit ei, qui in dominium secessit eius, qui iudicio expertus est*”.

Señala António dos Santos Justo¹⁷³ que no es fácil precisar la causa que indujo a incrementar la ampliación de la competencia y actividad procesal del Magistrado. Pero debió tener relación con los cambios políticos, el paso del régimen político republicano al Principado, que significó el fortalecimiento del Poder. El momento histórico parece coincidir con la figura de Augusto que, a través de unas *leges Iuliae*, ampliaron las funciones de los Magistrados para conocer y resolver las cuestiones litigiosas. A medida que el papel del Magistrado se engrandecía, empequeñecía el de las partes de la *litis*. Instauró Augusto modificaciones en los procesos judiciales. Aunque convivió el vestigio procesal característico del pasado republicano, introdujo la *cognitio extra ordinem*. Cobra protagonismo en la función judicial el Magistrado. Desaparecen en este nuevo proceso las fases *in iure* y la *apud iudicem*. El Poder asume el deber de administrar justicia, actividad que se sujeta a la burocracia del Poder. Así en el momento inicial de todo proceso, la citación o la *in iure vocatio* viene ordenada por el Magistrado. Caso de ausencia del demandado, el Magistrado dictaba un edicto de convocatoria a juicio, que era leído en público o fijado en local público. Tras reiterada publicidad, un cuarto requerimiento de comparecencia advertía de continuar las actuaciones en su ausencia. Esto suponía una modificación de lo dispuesto en las XII Tablas para la convocatoria a juicio.

Ante el Magistrado se practicaban las pruebas. Ensalza Paulo¹⁷⁴ la prueba confesoria, que sirve de sentencia para él, pues su confesión es la base de la sentencia condenatoria. Así también fue recogido, en 211, por el Emperador Antonino¹⁷⁵ al señalar que los confesos en juicio sean considerados como juzgados. El mismo jurisprudente Paulo¹⁷⁶ deja establecido, como un límite a la prueba confesoria, que no se puede condenar a un confeso por razón de una cosa que sea incierto que exista. El juramento carece de valor decisorio, pero puede tener influencia en el desarrollo y resultado del litigio. Cuando se prestaba a presencia del Magistrado, el juramento tenía un carácter necesario y su finalidad era fijar la certeza de determinados hechos relevantes para dictar la sentencia.

¹⁷³ António dos Santos Justo. *Direito Privado Romano I. Parte Geral*, cit. pág. 389.

¹⁷⁴ D. 42, 2, 1: “*Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*”.

¹⁷⁵ *Codex*. 7, 59, 1: “*Confessos in iure pro iudicatis haberi placet*”.

¹⁷⁶ D. 42, 2, 8: “*Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae an in rerum naturam esset, incertum sit*”.

Con la sucesiva implantación del nuevo proceso, la *cognitio extra ordinem*, las *exceptiones* desaparecen de la fórmula y significan uno de los medios de la oposición del demandado a la pretensión del actor. Ulpiano¹⁷⁷ hace constar que la alegación de una excepción equivale a ejercitar una acción a su vez contra el actor, pues el actor pasa a tomar la posición procesal de demandado o reo, como consecuencia procesal de los efectos de tal alegada excepción. Gayo, comentando el Edicto provincial¹⁷⁸, estima que las excepciones son, o perpetuas y perentorias, o temporales y dilatorias. Las primeras siempre tienen lugar y tienen el carácter de ser, como la de cosa juzgada o convenio perpetuo de no reclamar. Las segundas no siempre tienen lugar y se pueden evitar, como es el convenio de no reclamar en el plazo de tiempo determinado. El momento procesal oportuno para alegar las excepciones es el del inicio de la vista, al exponer el demandado su escrito de contradicción, pues su estimación comporta la nulidad de las actuaciones realizadas y la imposibilidad de proseguir la *litis*.

En cuanto a la prevalencia de los medios de prueba, ya en 317, Constantino otorgó igual fuerza probatoria en los pleitos a los instrumentos documentales como a la prueba de testimonio de testigos¹⁷⁹. Aunque en el Código de Justiniano¹⁸⁰ se recoge que es de superior credibilidad un testimonio escrito que otro testimonio no escrito. La prueba debe versar sobre los hechos debatidos, debiendo soportar cada parte la carga de la prueba de su alegado relato fáctico, conforme los criterios elaborados por la *Jurisprudencia*. En el periodo postclásico, en el régimen político imperial comienza a imponerse la práctica de los documentos elaborados por los escribanos –*tabelliones*– sobre la base de unos formularios al efecto¹⁸¹. El *iudex* da más valor probatorio a la prueba documental que a la testifical. Y dentro de la prueba documental se valora más la pública extendida por un funcionario con cargo a los archivos llevados y tramitados bajo su responsabilidad.

A la hora de valorar los hechos, en el proceso de *cognitio extra ordinem*, el Magistrado estaba sujeto a los criterios dados por el legislador mediante las denominadas presunciones de derecho. Es un mecanismo de sujeción o sometimiento

¹⁷⁷ D. 44, 1: “*Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est*”.

¹⁷⁸ D. 44, 1, 3.

¹⁷⁹ *Codex*. 4, 21, 15: “*In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium*”.

¹⁸⁰ *Codex*. 4, 20, 1: “*Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud pofertur*”.

¹⁸¹ Max Kaser. *Derecho Romano Privado*, cit. pág. 48.

del criterio valorativo de prueba que personalmente pudiera albergar la persona del Magistrado, ante la intromisión del Poder en la manera de aplicar la búsqueda de la Justicia. Son las *praesumptiones iuris*, que son de dos clases: a) *iuris et de iure*, formas de aplicar a los hechos las disposiciones legales por decisión del legislador, sin que frente a ellas quepa medio de prueba alguno; b) *iuris tantum*, es decir, las presunciones jurídicas que admitían, válida y eficazmente, la prueba en contrario. Estas directrices han sido asumidas por el Derecho moderno.

Con todo cuanto se desarrolló a presencia del Magistrado, es decir, alegaciones de las partes, pruebas practicadas, y estudiar cuantas opiniones de Jurisprudentes hubieran sido traídas a colación en los alegatos de las partes, será dictada sentencia. Cabía la posibilidad de que, en caso de duda del Magistrado sentenciador, éste remitiera las actuaciones al Emperador con su Informe, al cual las partes pueden añadir modificaciones sucintas aportando sus respectivos pareceres. El Emperador dicta, a la vista de todo ello, sentencia inapelable. De cuanto acabamos de indicar cabe deducir que el Poder dispone no solo de la función legislativa, sino además se ha apropiado de la totalidad de la función judicial. Cabe también deducir el nulo margen de libertad de que los funcionarios que administran la justicia disponen, en caso de inexistencia de ley o de contradicciones en el ordenamiento jurídico. De lo que se trata en suma es que el Magistrado aplique la ley, sin posibilidad alguna de interferir en el poder de crear leyes mediante la aplicación del criterio de analogía o de llenar de contenido normativo los posibles espacios sin regulación normativa, denominados lagunas de derecho.

El Poder ha ocupado el espacio de libertad de que gozaba el *iudex* en el sistema procesal del *ordo iudiciorum privatorum*, y mientras que las resoluciones de aquél eran normalmente inapelables, en cambio, las del Magistrado en el proceso de *cognitio extra ordinem*, disponen de derecho de recurso para ante un Magistrado de superior condición jerárquica. Es la apelación. En algún supuesto fue resuelta por el Emperador. Así, Severo¹⁸², en 209, dictó una sentencia interesante en un doble aspecto. Cuando declaró que “*el presidente de la provincia debió fallar primeramente sobre la posesión, y de este modo examinar el delito de la violencia, y, no habiéndolo hecho, se apeló con justicia*”, se está determinando que la *litis* versaba sobre una situación posesoria de que

¹⁸² Codex. 7, 62, 1: “*Severus A. dixit: Prius de possessione pronuntiare, et ita crimen violentiae excutare praeses provinciae debuit. Quod quum non fecerit, iuste provocatum est*”.

el apelante habíase visto privado mediante ejercicio de violencia. La justicia en la primera instancia, en el caso que nos ocupa, venía ejercida por el *praesidens* provincial, como representante del Emperador. Parece ser que el *praesidens* juzgador no resolvió, como pronunciamiento preliminar o previo, la cuestión posesoria para así poder determinar que en tal despojo se había ejercido violencia. Era preocupación del Poder erradicar la violencia, buscando en todo momento pacificar las relaciones sociales. De ahí que cuando hubiere mediado violencia, lo normal era castigar a quien la hubiere empleado. Situaciones como la examinada, surgieron con asiduidad en la Hispania Medieval, como veremos. La solución dada por el poder regio hispánico fue la misma que aplicó Severo.

En las apelaciones se buscaba en todo caso la justicia. De ahí que en todo caso la parte apelante que se hubiera visto maltratada por la sentencia de instancia, podía en el escrito de apelación, que también era posible plantear de forma verbal, alegar hechos o causas nuevas que había olvidado incluirlas en la *litis*, así como cuanto se hubiera omitido resolver en el juicio celebrado, pues es orden dada por los Emperadores Diocleciano y Maximiano¹⁸³, que ante todo se logre la realización de la Justicia, sin que sea permitido excluir cosa necesaria alguna y que acaso se haya omitido. Es tanto como decir que la Justicia debía ser procurada por encima de cualquier consideración que, de naturaleza procesal, pudiese limitar el hallazgo de la verdad material. El Magistrado *ad quem* entraba a analizar la totalidad de lo actuado por el *iudex a quo*, incluyendo hechos o datos no incluidos así como pruebas no practicadas. En una Constitución, griega, de Justiniano¹⁸⁴ contempla la posibilidad procesal de acumular en una apelación contra sentencia definitiva, la queja o recurso frente a una sentencia interlocutoria que denegó la práctica de alguna prueba, viéndose todo el conjunto apelable en un único acto, por razones prácticas y de economía procesal.

¹⁸³ Codex. 7, 62, 6, 1: “*Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in iudicio acto fuerit omissum, apud eum, qui de appellatione cognosci, persequatur, quum votum gerentibus nobis aliud nihil in iudiciis, quam iustitiam locum habere debere, necessaria res forte transmissa non excludenda videatur*”.

¹⁸⁴ Codex. 7, 62, 36: “*Tota liti finita appellationem interponere oportet...potest enim in appellatione omnia persequi...*”.

Y concluimos reseñando una resolución dictada por el Emperador Alejandro en 222¹⁸⁵, relativa a una consulta elevada por Apolinar y otros, quienes plantearon la existencia de una sentencia dictada que los reseñados afirmaron no tener fuerza, pues fue dada contra cosas antes juzgadas, sentencias recaídas con anterioridad, firmes y definitivas. Les señala el Emperador a los apelantes que si tienen prueba de ello, aun sin interponer recurso de apelación, la sentencia dictada infringió el principio de cosa juzgada y no tendrá la autoridad de sentencia lo que con tal infracción se pronunció.

El prestigio de la *Jurisprudentia*, su relevancia y autoridad social, quedó impreso en los entresijos del Derecho Romano, con la creación de las bases sistemáticas del Derecho Civil. Y aparece su labor enlazada en casos concretos. Así Paulo¹⁸⁶, hablando de la posesión de los bienes, señala que la ignorancia del derecho no aprovecha para alegar que no transcurra el término; por ello el término corre para el heredero instituido aun antes de la apertura del testamento, pues es suficiente el conocimiento del fallecimiento del causante, siendo el pariente más próximo y añade que el heredero dispuso de medios para elevar la consulta, porque no se entiende por *conocimiento* el que sea propio de los *Jurisprudentes*, sino el que cada persona tiene por sí o el que pueda obtener consultando a otros más instruidos.

La *Jurisprudentia* era una barrera interpuesta entre la sociedad y el Poder; éste tenía interés en dominar el prestigio social de que gozaban los *Jurisprudentes*. La habilidad empleada a tal fin por Augusto, para acabar con esa realidad que estimaba ser un peligro, fue ensalzar la figura de algunos de los más reputados jurisperitos concediéndoles la dignidad integrada en el *ius publice respondendi ex auctoritate principis*. Augusto se aseguró con tal concesión que la misma derivaba de la autoridad de su *Imperium*, y no del prestigio social labrado por referenciados varones. Tal medida se reveló como un premio a cuantos jurisperitos agradaran con sus opiniones al Poder, consiguiendo la división de un bloque doctrinal homogéneo. No se les cerraba la posibilidad de proseguir con su tarea, pero sus creativas opiniones ya no

¹⁸⁵ Codex. 7, 64, 1: “*Latam sententiam dicitis, quam ideo vires non habere contenditis, quod contra res prius iudicatas, a quibus provocatum non est, lata sit. Cuius rei probationem si promptam habetis, etiam citra provocationis adminiculum quo ita pronuntiatum est sententiae auctoritatem non obtinebit*”.

¹⁸⁶ D. 37, 1, 10: “*In bonorum possessionibus iuris ignorantia non prodest, quominibus dies cedat, et ideo heredi instituto et ante apertas tabulas dies cedit; satis est enim, scire, mortuum esse, seque proximum cognatum fuisse, copiamque eorum, quos consuleret habuisse; scientiam enim non hanc accipi, quae iuris prudentibus sit, sed eam, quam quis aut per se habeat, aut consulendo prudentiores asequi potest*”.

vinculaban a los jueces y tribunales. El Poder asumió la función legislativa, atrayéndose a estos jurisperitos a su servicio, para que aplicaran las leyes emanadas del Poder. La pérdida de su independencia supuso conferirles la condición de funcionarios, ciertamente cualificados, pero a cambio de ser integrados en la cadena del Poder. De crear el derecho pasaron a aplicar las leyes emanadas del Poder. Cuando en 235 fallece Alejandro Severo, la *Jurisprudentia* era una sombra que vagaba por unos reducidos reductos de la sociedad romana. Herenio Modestino era una simbólica excepción en un mundo jurídico en decadencia. Su sólida formación clásica le permitió permanecer vinculado al Poder ocupando altos cargos en el Estado. A mediados del siglo V se vio recompensado con su inclusión, junto con Papiniano, Paulo, Ulpiano y Gayo, en la Ley de Citas que le hacía acreedor del derecho a ser citado en los juicios como autoridad interpretativa. Era la confirmación, anunciada, tiempo atrás, del acta de defunción de la *Jurisprudentia*. El eclipse de la labor de los Jurisprudentes, oscurecido por la invasiva labor del Poder en el complicado territorio de la Justicia, es el resultado final de lo que Augusto iniciara, y esta labor creadora de la *Jurisprudentia* fue perdiendo su creadora brillantez, abrumada por la vulgaridad imperante. La ambición del Poder por controlar la justicia dio como resultado la humillación de la *Jurisprudentia*.

En términos históricos, la figura de *Caius Julius Caesar Octavianus*, heredero de Julio César, supone el final de la Roma republicana y el comienzo de un nuevo régimen político. La batalla de *Actium* en realidad fue una guerra civil entre dos contendientes: Marco Antonio y Augusto. La habilidad política de Octavio presentó *Actium* como un conflicto internacional entre la egipcia Cleopatra y la *iusta* Roma, con lo que, ante la opinión pública, era una guerra *iusta*. No lo hubiera sido si se conceptuare como una guerra civil. Sin embargo, en el fondo el conflicto bélico era una lucha por el poder personal, siendo el deseo de Octavio eliminar a Marco Antonio de la escena política.

Las consecuencias inmediatas fueron el inicio del ejercicio de un poder omnímodo y completo sobre Roma y la totalidad de sus territorios. Desbordó el ámbito del predominio político. El Derecho, la *iurisdictio* y la Justicia contemplaron nuevos procedimientos y una configuración de la oficina judicial completamente nueva. Los recursos judiciales pasaban a ser competencia exclusiva del Poder Político.

Desapareció el *ordo privatorum* y la administración de la justicia pasó a ser competencia del Poder.

En 27 a. C., el Senado no pudo evitar otorgar a Octavio el título de *Augustus*. La restauración de la República no pasó de ser un espejismo, una pretensión de algo imposible, un fracasado giro de la vuelta a un pasado ya inexistente y enterrado. El Poder ya no residía en el Senado. No es que Octaviano tuviera el Poder: era el Poder, obtenido de forma casi milagrosa y a él se aferró durante cuatro décadas. Su poder no se limitó a Roma, sino que estaba residenciado en las distintas provincias. Por doquier surgieron municipios y colonias, que eran un trasplante urbano del modelo de Roma. La Hispania vivió su poderoso influjo. Durante siglos rigió la era hispánica, como instrumento de medición del paso de los tiempos.

El esfuerzo de César y Augusto creando estas instituciones fue continuado posteriormente. Como dice Julio Mangas¹⁸⁷, Clunia (Coruña del Conde, Burgos) municipio desde comienzos del Imperio fue premiada por Galba con el título de colonia por haberle ayudado a crear una Legión con la que se dirigió a Roma con la idea de derrocar a Nerón, aunque no pudo consumar su deseo por el suicidio del citado Emperador.

La creación de colonias siguió a las conquistas bélicas en Hispania. El proceso de romanización consistía en la integración de tierras y personas conforme al modo de vida romana. Las repercusiones de las guerras civiles posteriores a Sila obligaron a fuertes migraciones itálicas a la Hispania. Así, en 85 a. C., Licinio Craso se escondió en Hispania cuando los enemigos políticos de Sila pusieron precio a su cabeza. Otro famoso refugiado fue Quinto Sertorio, muerto en 73 a. C. Pompeyo acabó con las veleidades bélicas de Sertorio. César, que conocía Hispania ya que en el 61 a. C. había gobernado la Ulterior, procuró remediar los conflictos sociales mediante la reforma agraria. Y la solución estaba en el *ager publicus*.

I. 3. 5. El *dominium*: un concepto en evolución.

Cuando un ciudadano de Roma, en época no muy anterior a la entrada en vigor de la legislación de las XII Tablas, en combate singular con un enemigo del pueblo sabino, tras su victoria, le arrebatara su armamento y se lo queda para sí, en su ánimo

¹⁸⁷ Mangas Manjarrés, Julio. *Leyes Coloniales y municipales de la Hispania Romana*, cit. pág. 16.

estaba la justicia del bien adquirido y la sensación íntima de ser suyo. La misma impresión albergará más adelante su nieto al pescar en el río un pez.

Sin embargo si un vecino adquirió mediante *mancipatio* la armadura del primero por un complacido precio, aunque en su fuero interno se siente tan dueño de la cosa como lo fuera el vendedor de la misma, por tenerla en la mano y haber entregado el precio, es decir, la misma sensación de ser algo suyo, siempre le acosará la duda de la inseguridad de que quien le vendió la cosa era en verdad su dueño y que en adelante no recibirá la visita de otro ciudadano romano reclamando su presencia ante el Pretor porque dice que la armadura es suya.

Aquí tenemos dos clases de cosas. Armadura tomada al enemigo y pez pescado en el río son bienes de naturaleza originaria respecto de quien la conquistó y le sacó de las aguas. Pero el vecino que compró la armadura a quien la tomó del enemigo es *dominus* de la misma, sí, pero lo es de modo distinto. El bien sigue siendo el mismo, pero pasa a ser una *res* en que el poder tiene un origen de naturaleza derivativa. La diferencia consiste en que el *dominium* del esforzado militar tiene muy fácil defensa ante cualquier *vindicatio* que le lleven a cabo. Debe hacer prueba del origen de “su” armadura. En cambio, a su acaudalado vecino, que dispone de metal suficiente para su compra, si alguien se la reclamare a través de una citación ante el *iudex* no le puede ser suficiente acreditar la compra llevada a cabo, la entrega del dinero y haberle sido entregada la armadura mediante una *traditio* de la misma ante cinco hombres buenos, sino que debe reclamar la ayuda o garantía del transmisor de la armadura en el procedimiento y demostrar la procedencia originaria de dicho bien.

Cuando entra en vigor en Roma la legislación de las XII Tablas, la inquietud de todo adquirente de una cosa procedente de otro ciudadano romano, esa sensación de inseguridad que tiene, no por el hecho de no sentirse y ser dueño de la cosa comprada, que lo es y como tal se siente, porque ha pagado el precio fijado y conoce al vendedor y sabe que es una persona de palabra, sin embargo está usando la cosa comprada a la vista y paciencia de todos pero con el deseo de que pase un año desde la compra. El sabe que la armadura es suya y que tiene su *usus*. Es el *dominus*. Pero a pesar de ello, sabe que en el plazo de un año está dependiendo de la garantía procesal del vendedor que la ley le otorga a través del “*usus auctoritas*”.

Pasado el plazo anual, desde que recibiera el bien mediante una *traditio*, tiene la absoluta certeza de que quien pudiere alegar un mejor derecho ya no puede inquietarle en el *usus* de su armadura. Ha pasado el plazo y cualquier pretensión sobre la cosa tiene fácil defensa. Pero no en todos los casos, pues si la armadura procediera de un *furtum*, no existe la posibilidad de alegar el *usus* durante el año. Es una excepción. Aún puede escuchar ante el Pretor que un tercero le pronuncie la frase “*meum esse*”. Y a su conjuro se apertura una *litis* en el seno de una *legis actio sacramento in rem*.

La relatividad del hecho del *dominium* surge con mayor fuerza en los casos de adquisición derivativa de las cosas. Así como en la adquisición originaria no aparece en la cadena de cesiones del poder ningún eslabón transmisivo intermedio, la situación podía complicarse en los supuestos de las denominadas adquisiciones derivativas. Esta forma adquisitiva del *dominium* tiene lugar mediante la transmisión de la cosa por un sedicente anterior *dominus*, que la cede a un adquirente *dominus*. Esta cesión necesariamente carecía de la seguridad que ofrecía la adquisición originaria, es decir, *ex novo*. La adquisición derivativa podía ser increpada procesalmente por un tercero que reivindicase su *dominium*. Esta forma derivativa de adquirir necesitaba del refuerzo procesal prestado por el transmitente. Y así encadenada sucesivamente hasta llegar al poder sobre la cosa del *dominus* que ostentaba ese poder fundado en una adquisición originaria.

En el Derecho Romano, al lado de las *mancipi* coexisten las *res nec Mancipi*, cosas no vinculadas al origen familiar, regidas por el principio de titularidad individual y cuya transmisibilidad está exenta de los requisitos formales impuestos, ya por la *mancipatio*, ya por la *in iure cessio*, bastando a tal efecto simplemente la *traditio* cuando la cosa estuviere catalogada como una *res nec Mancipi*. El sentimiento de pertenencia para el *civis* es el mismo, el hecho de que el *usus* le confiere una *potestas* siempre ha estado vivo. Pero todo poder sobre las cosas podía ser discutido en un plano de igualdad procesal, pues ambos contendientes afirmaban la expresión “*meum esse*”. Dentro del ámbito procesal de la *legis actio sacramento in rem*. Esto producía una relatividad respecto de cualquier poder. La existencia del *usus auctoritas*¹⁸⁸ relacionada con el transcurso de uno o dos años en cada caso, era la garantía obligada para el cedente, si se tratase de un fundo para el plazo más largo o el más breve para el

¹⁸⁸ Ley de las XII Tablas, Tabla VI, ley 3: “...*usus auctoritas fundi biennium est, ...ceterarum rerum omnium...annus est usus*”.

mero uso de las demás cosas, ponía de manifiesto la posibilidad legal de que la tenencia o *usus* de cualquier bien, respaldado por el plazo legal, confiriere un derecho de *dominium*. La defensa, ante cualquier ataque reivindicatorio sobre la cosa, antes de transcurrir los citados plazos legales, obligaba al tenedor a ejercitar la *actio auctoritas*, recurriendo a la necesidad procesal de acogerse al poder que el transmitente del bien tuviera sobre la cosa entregada. Todo lo cual impregnaba al concepto de *dominium* de un carácter inseguro e impugnabile. El poder como aspecto visible del *dominium* no había, aún, podido verse desvinculado de las relaciones personales.

En el Derecho Romano se aprecia un estadio evolutivo del *dominium*. De nuevo los aspectos procesales recobran el mérito de atraer la atención para buscar algún rasgo que permita llegar a la esencia del *dominium*. Así, cuando Gayo¹⁸⁹, en sus *Instituciones*, recoge la fórmula de la *in iure cessio* o cesión ante el Magistrado expresamente señala lo que sigue: “*HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO*”. - Yo digo que el hombre es mío *ex iure Quiritium*-. Aunque no se use la palabra propiedad o dominio, ello es innecesario pues en la idea “*digo ser mío*” reaparece la esencia de la relación directa persona-cosa. El sentimiento de que la cosa es mía permanece invariable. Y ello es así porque el Derecho Civil de Roma lo reconoce.

Como señala Max Kaser¹⁹⁰, el término “*licere*” también atribuye legalidad al *Habens*, término latino tan grato a Kaser, con el cual señala a quien tiene o usa la cosa bajo su poder, la existencia de una propiedad relativa de la misma. Es consecuencia de la inseguridad.

Esto sirve de base para apreciar de la evolución en la manera de interpretar la terminología usada en las fuentes, pues llegar al concepto de propiedad absoluta fue el resultado de un largo proceso de desarrollo histórico. Su hallazgo e implantación generalizada marcó un hito histórico. Y esta caracterización de la propiedad ha sido

¹⁸⁹ Gayo. *Instituciones*, 2, 24: “*In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani velut praetorem urbanum –aut praesides provinciae– is, cui res iure ceditur, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit, idque legis actio vocatur. Hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum*”.

¹⁹⁰ Max Kaser. *Eigentum und Besitz*, cit. pág. 16: “*In diesem Sinne dient auch dieser mehrgliedrige Ausdruck zur Bezeichnung eines relativen Eigentums. Diese terminologischen Beobachtungen zeigen bereits, daß das absolute Eigentum das Ergebnis einer langen Entwicklung war. Die Absolutheit des Schutzes gegen jedermann, die scharfe begriffliche Abgrenzung gegenüber dem Besitz sind dem älteren Recht noch fremd*”.

asumida por la casi totalidad de las legislaciones modernas que acogen en su seno la propiedad privada.

En el Derecho Romano Clásico ya ha cristalizado el concepto de propiedad. Propiedad en términos absolutos. Incluso desde un plano etimológico se consolida el uso del vocablo *proprietas*. El bien que es propio. Estamos en el siglo I a. C. Puede decirse que el Derecho Romano acuñó y forjó este concepto y que, el mismo, sin revolucionarios retoques ni alteraciones, subsiste en la actualidad. Es un concepto de propiedad absoluta.

Ha sido un largo camino. Este *iter* ha sido jalonado por hitos que no pueden ser examinados más que desde la perspectiva del desarrollo histórico. Forma parte de la propia Historia de Roma. Lo sorprendente de este proceso evolutivo de la consolidación del concepto de la propiedad como una entidad jurídica caracterizada por la posibilidad de ser declarada *erga omnes*, es que necesitó de la generalización de la implantación del concepto de *possessio*, como algo distinto de la *proprietas*. Si la *possessio* era un derecho para usar y gozar de tierras de dominio público, el conocido como *ager publicus*, a cambio de la condición de reconocer que la propiedad era del Estado, anualmente, en acto consistente en el pago de canon o renta. Sobre este *ager publicus* se proyecta la idea de residir en tales tierras el carácter de ser soberanía romana, basada en la *occupatio* militar. Las ideas de Propiedad y Soberanía quedaban indisolublemente vinculadas. Nada tiene de extraño que Bonfante llegue a opinar que la *proprietas* romana se halla frente a otros derechos reales en la misma posición que la de soberanía; tal supremacía la constituye en soberanía eminente ante otras variadas señorías generales sobre la cosa¹⁹¹. Los derechos sobre el *ager publicus* eran similares, casi idénticos, a los que el *civis* observaba sobre los fundos y cosas que integraban el *ager privatus*. Sin embargo, este *ager privatus* estaba exento de cargas tributarias. Esta nota característica de estar adornado el *ager privatus* de un poder soberano que sobre el mismo ejercía su *dominus*, dotó al *dominium* de una cualidad novedosa, ser un poder sobre la cosa que se proyectaba frente a todos, *erga omnes*. Era la *proprietas*. Se trataba de la existencia de un poder pleno, con entidad propia, con independencia de las relaciones personales a efectos de acreditar su origen.

¹⁹¹ Pietro Bonfante. *Corso di Diritto Romano, vol II. La Proprietá*, pág. 246: “La Proprietá romana è la signoria eminente fra le varie signorie generali sulla cosa”.

Al consolidarse ese concepto de la *proprietas*, como un derecho absoluto, se borró todo atisbo de propiedad relativa, consistente ésta en la igualdad procesal de las partes contendientes que pretenden alegar un derecho sobre la misma cosa y que obliga al *iudex* a analizar quién disponía de un mejor derecho. Ya no se discute en quién radica ese mejor derecho, sino que se trata de dilucidar quién es propietario de una cosa o bien, con exclusión de cualquier otra razón oponible. No habiendo variado el sentimiento de “*ser mía*” la cosa, el cambio, la alteración sustancial que posibilita el concepto de dominio absoluto, consiste en que el *dominus* es considerado *a priori* que su poder sobre la cosa es un título exclusivo, pues “*nemo dat quod non habet*” es un principio que refrenda su *status* de poder. Ya no se discute un pretendido mejor derecho. Ahora, con la nueva visión del concepto de propiedad, el poder no es ni mejor ni peor, es un poder absoluto que excluye cualquier otro.

Nuevamente el Derecho Procesal Romano, ya en el Período Clásico en que emerge el concepto de *proprietas* absoluta, viene a reflejar dicha evolución. Gayo ofrece unos esclarecedores apuntes sobre este asunto. Ya se ha hecho mención de la reforma procesal impuesta por Octavio Augusto: era el *agere per formulas*. Y en la *intentio* el actor presenta su pretensión. Describe Gayo¹⁹², sobre la *actio rei vindicatoria*, “*si paret hominem ex iure Quiritium Auli Agerii esse*” cuando se reivindicaba un esclavo que no hay comprobación de la titulación de los respectivos contendientes. “*Si resultare que es de Aulo Agerio conforme el derecho de los Quirites*”, siendo Aulo Agerio el nombre tipo de quien acciona, -apellido ficticio de quien reclama, derivado del verbo *agere-*, procesalmente ya no hay duda del concepto de *proprietas* absoluta. En el Derecho Romano Arcaico no fue conocido el principio de adquisición *a domino*. El *usus* tabular lo hacía innecesario. El *usus* englobaba tanto el hecho como el derecho. El *usus* tabular podía ser objeto de impugnación durante el transcurso de los plazos de las XII Tablas. Más aún, en los supuestos de existencia de un *furtum*, este plazo era *aeterno*. De ahí su imprescriptibilidad. Pero con el “derecho” del *usus*, como contrapuesto al “hecho” del *usus*, aquella situación devendrá algo inatacable. Afirmar la solemne declaración de “*meum esse*” supone que se trata de un título excluyente de cualquier otro alegable. Se consagró dicho criterio sobre la regla

¹⁹² Gayo. Instituciones, 4, 92: “*Petitoria autem formula haec est, qua actor intendit rem suam esse*”.

“*nemo dat quod non habet*” –nadie da lo que no tiene- que no es otra cosa que la norma de *adquisición a domino*.

En el Derecho Arcaico bastaba el principio legitimador del *usus*, fundado en la observancia de los ritos consagrados en la *mancipatio* o en el ejercicio pacífico, sin una mala voz, de la *potestas*, el poder sobre la cosa. Todo conflicto litigioso sobre una cosa reclamada, *vindicatio rei*, forzosamente aparecía como el examen comparativo del hecho del *usus*.

Para el salto evolutivo del *dominium* arcaico a la *propietas* clásica, resultó absolutamente imprescindible la irrupción en el mundo de las cosas, de la *possessio*. La *possessio* era una cuestión de hecho, aunque como tal hecho de tenencia de un fundo, necesitó de una concreta protección jurídica. Y de la mano del Pretor emanaron los interdictos. Se trataba de un proceso especial y sumario, cuya principal finalidad era determinar quién tenía la *res* litigiosa sin violencia, ni clandestinamente ni en precario – *nec vi, nec clam et nec precario*-, frente a su oponente. Y posteriormente en el marco de los derechos sobre la cosa, la *possessio, prima facie*, de manera visible ofrece la respetable apariencia que proporciona el *fumus boni iuris*, el aroma del buen derecho. En la *litis*, una de las partes posee la cosa frente a otra libre de vicio adquisitivo alguno, y la otra parte necesitará la afirmación de su derecho sobre la cosa; deberá probar de forma contundente ser el único que dispone de derecho sobre ella, lo que equivale a acreditar su adquisición de forma originaria o recurrir a probar una cadena de transmisiones en cuyo inicio se justifique un principio originario. Esta legitimación que proporciona la prueba de la cadena originaria de adquirir la cosa, vale tanto como haber usucapido el bien. En la legislación tabular ese *usus auctoritas* adquiere el significado de convertirse en una manera de adquirir el *dominium*. Es la seguridad firme de que transcurrido el plazo tabular ya nadie podrá discutirle su “derecho”.

Ya nos hemos referido a los aspectos procesales contenidos en la *intentio* de la fórmula reivindicatoria. Tal aparece, además de la señalada de Gayo, en otro texto de sus *Instituciones*¹⁹³ cuando se reclama una cosa nuestra de quien la posee, esto es, si ejercitamos una acción real o también la acción de exhibir. La renovadora concepción de la propiedad como un ente jurídico absoluto, puede, aparentemente, quedar

¹⁹³ Gayo. *Instituciones*, 4, 51: “*velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus vel ad exhibendum*”.

difuminado cuando al examinar el origen de las limitaciones de la *proprietas*, algunas de éstas parecen cercenar y atacar incluso la idea de propiedad como un derecho absoluto. No es cierto ello, ni se puede concebir que la *proprietas* no tenga un carácter de derecho absoluto. Tales posibles aparentes limitaciones son una manifestación del derecho libérrimo del dueño, del carácter absoluto de este derecho en el que se puede apreciar la soberana voluntad de éste como expresión de su *proprietas*, y que pueden ser vistas como manifestaciones limitativas de la libérrima voluntad del dueño sobre su poder, sobre las funciones del aprovechamiento de las cosas, permaneciendo el concepto de propiedad absoluta, en todo caso y sin posible contradicción alguna. Sin embargo, una vez son constituidas, sus consecuencias aparecen como límites a tal derecho dominical. El hecho de que las facultades sobre las cosas se diversifiquen en manifestaciones objetivables y, además, que el poder de las desglosadas facultades esté en manos de distintas personas, en nada afecta el legítimo derecho de propiedad, en deterioro de ese poder absoluto.

Más que límites, son manifestaciones de un ejercicio concreto de diversos aspectos en que puede desglosarse el aprovechamiento del dominio, en manos de distintos sujetos. La aparición de estas manifestaciones presupone una adecuación del concepto de propiedad o *dominium*, que arranca de un señorío pleno e ilimitado sobre las cosas, a las nuevas situaciones que consistirán en la aparición de concretos ejercicios de facultades, caracterizadas como derechos reales sobre cosa ajena. Aunque los jurisperitos romanos no definieron nunca el *ius proprietatis*, el hecho de la existencia de estos derechos reales desglosados del derecho de propiedad, propició que la *proprietas* apareciera en la práctica un derecho ilimitado¹⁹⁴ pero del que se podían desglosar diversas funciones amparadas en la existencia de otros poderes conectados a la misma. El poder dominical era único e intocable, pero podían desglosarse de tal poder absoluto, posibles derechos o facultades concretas o aspectos del mismo, que pasaban a estar en manos de terceros. Considerada como un derecho eminente sobre la cosa, la propiedad es el núcleo central del que brotan, subordinados a ella, los demás derechos reales¹⁹⁵. Pero, por otra parte, las limitaciones al *dominium* también pueden tener su fundamento en el derecho administrativo público de naturaleza urbanística,

¹⁹⁴ Fritz Schulz. *Derecho Romano Clásico*, cit. pág. 325. Bosch. Barcelona, 1960.

¹⁹⁵ Bonfante, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*, pág. 251. Reus. Madrid, 2002.

como es el *ambitus*, por ejemplo, o la existencia de caminos de uso público, que podrían en algunos casos, constreñir a la *proprietas*.

No concluye aquí la evolución del *dominium* en el Derecho Romano. De la mano del Pretor aparecen nuevas figuras, como la *bonorum possessio*, que veremos más adelante.

En suma, el *dominium*, a lo largo de la Historia del Derecho Romano, ha sufrido una evolución en su concepción que, por su trascendencia para el conjunto de la humanidad, solo por eso, merece ser examinada.

I. 3. 5. 1.- En un principio fue el poder.

En lo que al *dominium* respecta, el eslabón originario, inicial, en el derecho romano antiguo, era una idea básica que enlazaba la cosa con el poder de una persona, un *civis*, sobre ella; esta *potestas* venía patente por el derecho a usarla, a tenerla, a disponer de ella y a defenderla frente a ataques procesales de un tercero a través del ejercicio de una *vindicatio* o a defenderse de una *vindicatio* que un tercero le planteara. Era un aspecto de pura funcionalidad, basado en el simple hecho de tener la cosa, relacionado con su vinculación al hogar, la casa del *Habens*, al decir de Max Kaser. Este conjunto de cosas, en un principio de naturaleza familiar o perteneciente a un grupo de personas con esta fuerte vinculación natural, en que la cosa usada estaba funcionalmente integrada, venía destinado a satisfacer las necesidades vitales de los componentes de ese grupo familiar, como actividades agrícolas y ganaderas, que constituían la primordial actividad económica romana. Esta vinculación de la cosa a una actividad atribuía una especie de poder, privilegiado y protegido, a un *dominus*. Este poder sobre las cosas vinculadas al uso habitual, cotidiano, de una casa, *domus*, era ejercido por el *dominus*. Del hecho de que esta relación de poder ejercida por el *dominus* se relacionara con la expresión *dominium*, no cabe deducir que ello fuera la *proprietas*, sino simplemente el poder y las atribuciones que sobre la cosa tenía en su mano el *dominus*, como señor de su casa.

En el antiguo Derecho Romano era suficiente, desde la concepción primitiva de una sociedad agrícola, el hecho de la admisión social de esta situación de tener el bien como expresión de la existencia de un poder sobre la misma. El hecho de la tenencia confería un poder sobre la cosa y la sociedad primitiva romana privilegiaba dicha unión de poder y cosa. Arcaicamente, los mecanismos protectores solamente podían

provenir desde la fuerza individual respaldada por el grupo familiar a tribal, pues la defensa era un hecho personal o del grupo que vivía en la casa a la que estaba vinculada la cosa, con el necesario apoyo, en su caso, de las ramas gentilicias próximas; esta fuerza consistía en una manifestación de mutua ayuda. En el periodo arcaico aún no había surgido un poder externo, por encima del personal o familiar. No existía el Estado, ni un poder objetivo distinto del individual, familiar o de la *gens*.

En caso de conflicto, personal o familiar, por la lucha acerca de un bien, se podría pensar en acudir, para resolver la contienda, a buscar una solución en apelar a la Asamblea de Mayores, en la que estuvieran presentes todas las familias en conflicto. La aceptación o imposición de este poder público suprafamiliar, basado en la vinculación de todos ellos a un antepasado común y a la creencia en unos mitos o dioses comunes, pudo ser el embrión del poder público.

En cuanto a la existencia de un poder estatal, -hoy así lo llamaríamos-, superior al poder de las personas, las familias y las tribus gentilicias, caracterizado por ser un poder distinto, ajeno y externalizado al indicado de naturaleza familiar, no debía ser totalmente desconocido por los romanos. La sensación de la existencia de un Poder suprafamiliar, no debía ser totalmente ignorado. Recuerdo de ello bien pudo ser la dominación etrusca.

Las nuevas normas tabulares, redactadas para dar al pueblo romano la seguridad de su constancia por escrito, recogen todo un contenido observado consuetudinariamente. Su aplicación e interpretación por la jurisprudencia sacerdotal fueron desarrolladas conforme a la práctica consolidada por la persistencia de contenidos jurídicos anteriores.

Este hecho, rodeado de una nebulosa mítica, equivale a decir que, con la implantación de las XII Tablas, quedaron establecidos los fundamentos jurídicos de un nuevo Estado, siguiendo el modelo consuetudinario romano, es decir, la constitución de una Ciudad-Estado. Pues bien, el impacto de esta nueva legislación romana, cuya novedad era su carácter de normativa escrita, tuvo especial resonancia para el futuro de la institución jurídica del *dominium*, sobre la base de lo dispuesto en la Ley VI, 3, a). Es el *usus auctoritas*, como instrumento garante de toda transmisión de la *potestas*, principio aplicable a toda transmisión derivativa. Principio legal de garantía transmisiva de la *res*, en tanto en cuanto se producía el transcurso de los plazos.

El hecho de su aceptación por la ciudadanía romana significa que estas ideas contenidas en las XII Tablas no sufrieron rechazo alguno inicialmente, pues precisamente el fin perseguido era que estas costumbres jurídicas constasen por escrito. De tal aceptación cabe deducir que en esencia contenían conceptos e ideas que también estaban en el conocimiento, en el entendimiento y en la vida del pueblo romano, aceptados por vía consuetudinaria, como perfectamente era posible. Y que fueron siendo remodeladas *ex novo* por la jurisprudencia de los Pontífices y por este mecanismo de fuerte impacto religioso fueran razonablemente aceptadas por el pueblo romano, como acto dimanante del Poder.

De tal aparición y el encaje común en el uso cotidiano del pueblo romano de este sentimiento de lo que significase en el futuro la *proprietas* como un dominio absoluto, no cabe concluir, sin más, que el *civis*, no tuviera, con anterioridad a su transformación y aceptación social de la *proprietas*, una consciencia del contenido jurídico de que la cosa o el bien era suyo, aunque imprecisamente estuviera sometido a la relatividad que revestía desde antiguo el *dominium*. Normalmente, el pueblo, la sociedad, avanza en los hechos por delante de la realidad legislativa, siempre ésta a remolque de aquél.

Un principio básico en el Derecho Romano Arcaico está resumido en la expresión “*usus auctoritas*” y que ha sido aceptado como la Ley 3 a) de la Tabla VI, de la legislación decenviral. Reza así: “**...USUS AUCTORITAS FUNDI BIENNIUM ESTO,...CETERARUM RERUM ANNUS ESTO**”.¹⁹⁶

El *usus*, en el contexto tabular de la expresión *usus auctoritas*, sufre una evolución histórica a la que el paso del tiempo dará una nueva perspectiva, un encaje jurídico nuevo, unas consecuencias jurídicas que influirán en el *dominium*. Cuando Gayo¹⁹⁷ señala que la *usucapio* es admitida legalmente para las cosas corporales, y se cumple el año de disponer del poder sobre las cosas muebles y, en su caso, de dos años para un fundo o una casa, se remite como fuente de autoridad de su afirmación a las XII Tablas: lo que está diciendo Gayo es que, con el paso del tiempo, el plazo del *usus*, de ese *usus auctoritas*, se transformó en la *usucapio*, es decir, transformado en un instituto jurídico válido y eficaz para la transmisión del *dominium*. El *usus* en el Derecho Romano Arcaico era el aspecto visible del *dominium*. Pero el *usus auctoritas*

¹⁹⁶ Michel Humbert, *La loi des XII Tables*, cit. pág. 261.

¹⁹⁷ Gayo. *Instituciones*, 2, 42: “*Usucapio autem quae est corporalium rerum concessa, mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium bienio; et ita lege XII tabularum cautum est*”.

de la legislación tabular, es otra cosa, dado que su alcance jurídico obraba en distinto sentido. No era preciso esperar el transcurso de los plazos legales para adquirir el *dominium*, pues la adquisición del mismo era simultánea a *mancipatio* o *in iure cessio*. Los plazos de las XII Tablas estaban para la garantía del comprador, como una obligación procesal del cedente. Pasados los plazos legales cesaba la ayuda o garantía del cedente o transmitente. Sin embargo para Gayo, el acceso al poder sobre la cosa con el fundamento exclusivo del transcurso del plazo legal, sin otra necesidad de ayuda procesal, era considerado como una forma de acceder al *dominium*. Era la institución más tarde conocida como la *usucapio*. Todo ello con independencia de la manera en que se hubiera adquirido tal bien, es decir, ya con las formalidades de una *mancipatio* o la *in iure cessio* para la *res Mancipi*, ya por una simple *traditio* para la *res nec Mancipi*. Se trataba de plazos legales de consolidación del poder sobre la cosa, en cuyo transcurso, un tercero alegando un pretendido mejor derecho, podía interponer una *legis actio sacramento in rem*. Más que consolidación del *dominium*, era el plazo en que un tercero podía reclamar inquietando el *usus* de un *dominus*. Ya hemos indicado que Gayo justifica esto por razones de seguridad jurídica. Son los fundamentos de la seguridad jurídica para la transmisión de los bienes,¹⁹⁸ la seguridad de que el poder sobre la cosa a partir de ese momento será inatacable. La tenencia de este *usus* de la cosa legitima al *dominus* para poder pronunciar el “*meum esse*” como manifestación necesaria para ejercer la *rei vindicatio*. Esta renovadora interpretación que ofrece Gayo al entender *usus* como *usucapio* tiene un límite, pues no es aplicable a las cosas que han sido robadas o tomadas con violencia.

La *usucapio*, dice Gayo¹⁹⁹, fue introducida por el bien público. Y con nitidez, Modestino²⁰⁰ afirmó que la *usucapio* es la agregación del dominio mediante la continuación del uso de la cosa, con buena fe y sin perjuicio de tercero, por el transcurso del tiempo que marca la ley, ejerciendo sobre la cosa un poder sin contradicción alguna por ningún otro *civis*.

¹⁹⁸ Fuenteseca Degeneffe, Margarita. *La seguridad del tráfico de bienes en Roma*, pág. 40. Editorial Reus. Madrid, 2019.

¹⁹⁹ D. 41, 3, 1: “*Bono publico usucapio inducta est...*”.

²⁰⁰ D. 41, 3, 3: “*Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*”.

En las XII Tablas²⁰¹ aparece otro principio del Derecho Romano Arcaico, al señalar que **"ADVERSUS HOSTEM AETERNA AUCTORITAS -ESTO-**", es decir, frente al extranjero la garantía de la *auctoritas* sea eterna. En el tiempo de acopio y acogida del contenido jurídico de las citadas XII Tablas para Roma, significa *hostis* un no romano, un enemigo, un extranjero, carente de derechos civiles romanos. Es un tiempo en que Roma está a la defensiva bélica, rodeada de pueblos hostiles. En términos históricos²⁰², puede centrarse esta época de la Historia de Roma en torno a todo el siglo V a. C., por el peligro que por el norte representaba la ciudad de Veies, residuo del poder etrusco, por el este, los sabinos, los ecuos y los hérnicos; los volscos por el sur. Roma era una Ciudad-Estado a la defensiva, cercada por pueblos enemigos. Contra el pueblo sabino las guerras duraron medio siglo. Fue estratégica la alianza con los vecinos sabinos, tratado que duró hasta 338 a. C., en que Roma tomó por las armas todos los territorios latinos.

En esta época histórica, en el expresado entorno geográfico, puede afirmarse ante el hecho de las anuales guerras desencadenadas, quien no era *civis* romano, era considerado *hostis*, un enemigo. Más tarde, cuando el militarismo romano se impuso y aseguró la pervivencia romana desde una consolidada superioridad, surge la figura del peregrino, un no romano, que goza de determinados derechos, entre otros el *ius commercium*. Le está vedada la *mancipatio* que es, en general, una forma de acceso al *dominium*.

Este *hostis* sufre una evolución desde el punto de vista romano. Va perdiendo el carácter de enemigo para incorporarse a la vida romana, mediante la concesión generosa de algunos derechos civiles. El crecimiento demográfico de la *Urbs* propiciaba una constante y creciente demanda de productos, sobre todo alimentos. Y en tal actividad la figura del comerciante resultaba necesaria. Cuando Marco Tulio Cicerón, nacido en 106 a. C., que como abogado practica y conoce el Derecho Romano Clásico, escribe sus "*De officiis*"²⁰³, trabajo que publicó en 44 a. C., recogiendo la frase "*Hostis enim apud maiores nostris dicebatur, quem nunc peregrinus decimus*", Roma ha sufrido una evolución que hace que el mundo pasado de las XII Tablas sea

²⁰¹ Ley XII Tablas, VI, 3b.

²⁰² Pericot García, Luis y Ballester Escalas, Rafael. *Historia de Roma*, págs. 51 y ss. Montaner y Simón. Barcelona, 1963.

²⁰³ Marcus Tullius Cicero. *De Officiis*. Editada en edición biligüe, latina-inglés en 1913, en Londres: William Heinemann y Nueva York: The Mac Millan Co. En <https://ryanfb.github.io>, en pdf.

irreconocible. Cicerón resalta que el *hostis*, que los antiguos decían, ahora es el *peregrinus*. Hasta el mismo Cicerón se olvida de los sufrimientos hostiles de su patria siglos atrás. El olvido es interesado, pues en cierto litigio Cicerón fue tachado de ser peregrino²⁰⁴. Peregrino era un extranjero, contrapuesto en origen a un patricio. En el siglo I a. C. los municipios ya habían dado a Roma personalidades relevantes. Argumenta Casinos-Mora²⁰⁵ que la evolución de este peregrino en el aspecto procesal era equiparado con el pueblo romano y *hostire* equivalía a igualar, equiparar. Tenemos aquí un caso de evolución del sentido del lenguaje y las palabras, cuyo significado va siendo remodelado conforme la dinámica evolución social. Concluye el citado autor señalando que la posición del peregrino es equiparable en cuanto a protección jurídica respecto de quien mediante el *usus* obtiene el *dominium ex iure Quiritium*, aunque le está vedado el acceso a través de la *usucapio* añadiendo estar en una situación similar a una especie de *in bonis habere*. Lo que suponía un reconocimiento legal al peregrino, aunque con la limitación del acceso al instituto jurídico de la *usucapio*, como se ha dicho, así como llegar a ser como un *dominus ex iure Quiritium*.

Esta frase de las XII Tablas, “*adversus hostem aeterna auctoritatis*”, de la Ley VI, 3, b), en todo caso, presenta gran dificultad a la hora de ser interpretada. Señala Max Kaser que “*hostis*” no puede ser enemigo, sino más bien un extranjero que comparte con los romanos una limitada comunidad de derechos civiles²⁰⁶. Aunque se ha señalado el origen de estos extranjeros como Latinos, tampoco no se puede descartar que entre estos peregrinos hubiera griegos procedentes de la Magna Grecia y fenicios. Estaban amparados por el *ius commercium* y otros derechos civiles del *ius Gentium*. Además de estos derechos sustantivos, este *hostis* también disponía de la protección de los derechos procedimentales, pues sin éstos, aquéllos hubieran sido una utopía. Aventura Max Kaser que, incluso antes del 242 a. C., fecha en que se crea la figura del Pretor Peregrino, ya existía jurisprudencia en asuntos entre *civis* y *hostis*. El hecho de la creación de esta Magistratura es la consecuencia y no la causa de ello. El ejercicio del *ius commercium* no estaba desvinculado de la *mancipatio*, que era el

²⁰⁴ M. T. Cicerón. Pro P. Silla Oratio, 7, 22: “*At hic etiam, id quod minime tibi necasse fuit, dactus esse voluisti, cum Tarquinum et Numam et me tertium peregrinum regem esse dixisti. Mitto iam de rege quarere; illud quaero peregrinum cur me esse dixeris*”. Pág. 123. Discursos. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1997.

²⁰⁵ Casinos-Mora, Javier. *Auctoritas rerum decemviralis*, cit. págs. 84 y 85.

²⁰⁶ Max Kaser. *Eigentum und Besitz*, cit. pág. 93: “*Hostis ist vielmehr jener Ausländer, der einer wenn auch beschränkten Rechtsgemeinschaft mit der Römern teilhaftig ist*”.

mecanismo para adquirir las cosas, y desde luego, la *mancipatio* tenía relación directa con la *vindicatio*, que era el mecanismo procesal para la defensa de los bienes adquiridos en virtud del ejercicio del *ius commercium*.

La figura del peregrino ejerciendo el *ius commercium* producía una natural desconfianza entre los romanos, temor que se traslada al derecho procesal y por ello la protección bianual o anual, según la cualidad de la cosa, aplicable al *civis*, sin embargo para el *hostis* o peregrino, la garantía dura siempre, es eterna. Preocupación del *civis* que adquiere cosas de un peregrino sin estar protegida tal adquisición por el ropaje formal, aunque este *civis* siempre puede aplicar la norma *usus auctoritas* y con ello se garantiza la ayuda en el transcurso de los plazos legales y, pasados éstos, se reafirma en su poder sobre la cosa en lo que dispone la ley. En el hipotético supuesto de que el demandado fuera un peregrino y se le denegare la aplicación del principio legal del *usus auctoritas*, se le degradaría a una situación de peor condición si hubiera sido llevado al Pretor por un *cives*. La seguridad jurídica no permitió su rechazo, máxime si se tiene en cuenta la necesidad de la actividad del comercio para Roma.

Este principio, el “*adversus hostem, aeterna auctoritas esto*”, es una excepción al principio general de la temporal duración de la garantía por parte del cedente de la cosa. El *ius commercium* posibilita al *peregrinus* el acceso a determinados actos concretos del *ius civile*, pero no a la esencia del *ius civile* o del *ius Quiritium*. En efecto, al decir de Gayo²⁰⁷, la *mancipatio*, la *in iure cessio* o la *usucapio* son derecho propio de los *civium Romanorum*. El *peregrinus* carecería de los beneficios de la *usucapio* por lo cual necesitaría la ayuda indefinida respecto de lo adquirido.

En Roma el paso del tiempo y el consiguiente predominio militar y político de Roma, posibilitó que se dulcificara este tratamiento del *hostis* al que se fueron concediendo derechos convivenciales y comerciales, transformándole en *peregrinus*, como ya se observa en Cicerón.

El *dominium*, o sea la *proprietas* romana Clásica, es decir, la concepción jurídica que actualmente se concibe como la institución de la propiedad, ha sido un instituto jurídico que, a lo largo de la Historia del Derecho Romano, ha sufrido una evolución que conviene tratar. Porque la relación del hombre con las cosas no siempre ha sido de igual manera considerada.

²⁰⁷ Gayo. *Instituciones*, 2, 65: “...nam mancipationis et in iure cessio et usucapionis ius proprium est civium Romanorum”.

I. 3. 5. 2.- El *dominium*, un derecho relativo.

La caracterización del *dominium* romano hasta llegar a ser un derecho real absoluto, la *proprietas*, vivió una larga evolución. El *dominium* tenía su raíz en el *ius Quiritium*. En un principio, era un derecho específico del *civis* que estaba vedado a los no romanos, aunque posteriormente sufrió determinadas remodelaciones. Constituía una barrera jurídica infranqueable para impedir la intromisión de extranjeros en las cosas de Roma.

El *dominium* privado recorrió un largo camino contagiado por la realidad de ser una entidad jurídica relativizada. Ello parece ser confirmado por el hecho procesal que se observa en la articulación de la antigua *vindicatio* así como por la actuación procesal reflejada en la *legis actio sacramento in rem*. La relatividad de esta concepción del *dominium* viene insinuada por el hecho de que en la *litis* las partes están en un plano de igualdad, tanto en sus reafirmados derechos como en la necesidad de que cada contendiente pruebe su derecho, para que sea reputado como el ostentador o tenedor del mejor derecho, desde luego, mejor que el de su oponente procesal.

Da una noticia Gayo del esquema de las *legis actiones*, desde su punto de vista, desde el punto de vista de un pasado histórico, relativizada a una mentalidad jurídica del citado autor, de mediados del siglo II d. C., así como lo referente a la *legis actio sacramento in rem*²⁰⁸. Formalismos y ritos que situaban a ambos contendientes procesales en un plano de igualdad, lo que se puede traducir en que lo debatido era la *potestas* sobre una *res*, –*dominium*–. Aunque las manifestaciones procesales expresadas en el “*meum esse*” tuvieran unas connotaciones de aparecer como una pretensión de un poder o sobre la cosa, atribuible a quien resultase vencedor en la *litis*, tal relatividad conceptual venía establecida porque las partes invocaban y se compelían a señalar *suam causam*, que operaba como la legitimación de su reclamación, la razón justificativa de la tenencia del *usus*. La solemnidad del proceso venía de la mano del *sacramentum*, y lo que en la *litis* se ventilaba era el carácter de *iustum* o *iniustum* del juramento. Aunque Alan Watson haya discrepado sobre tal pretendida igualdad procesal de las partes, ya que una de ellas recabó de su contrincante la exposición de su causa, el fundamento de la adquisición de su derecho sobre la cosa, a cuyo requerimiento respondió que había interpuesto su vara sobre la cosa, es lo cierto que el

²⁰⁸

Gayo. *Instituciones*, 4, 16.

primer exponente recaba del segundo interviniente que exponga la razón por la que el segundo está demandando. Admite el primer interviniente en la *litis* que el segundo también es activo *vindicante*. Aparecen las partes simultáneamente como demandante y demandado. Tal igualdad procesal no puede ser puesta en duda, y en la misma tiene pleno apoyo la teoría de la relatividad del *dominium*²⁰⁹, porque en el fondo lo debatido es la cosa, la posición del poder, de la fuerza, sobre la cosa, *-Machtlage-*. La relatividad dominical procede de la instancia de ser lo debatido el mejor derecho sobre la cosa, tras analizar los mecanismos adquisitivos de las partes, es decir, cómo ha llegado a cada parte el *usus* de la *res*. El *usus* es la legitimación que habilita para poder pronunciar el “*meum esse*”, solemne afirmación con que se reafirma la reivindicación. En el fondo de la *litis* arcaica en que se ejercita la *legis actio sacramento in rem* lo que se debate no es el contenido del principio de adquisición *a domino*, porque una sociedad como la ubicada en la antigua comunidad romana no disponía de conceptos jurídicos elaborados. No se reclamaba sobre la base de un “*derecho a*” o “*derecho en*” sino que la *vindicatio* versaba sobre la *res* –la cosa-. Y en esta sociedad sencilla de agricultores lo socialmente visible era el *usus*, el ejercicio quieto, pacífico, de la cosa. Este *usus* era la confirmación vecinal y social de la legitimidad para usar y tener la cosa. Todo ello adornado de un misticismo religioso y mágico, en los tiempos en que la administración de la justicia estuviera en mano de los Pontífices. Más tarde, cuando el laicismo impregnó el ámbito de lo justo y de lo injusto, el *meum esse* era justificable mediante el examen de la causa en que se fundamentaba su *vindicatio*. Era la idoneidad de la situación del mejor derecho que adornaba el poder sobre la cosa litigiosa. Consecuencia directa era la declaración del *sacramentum iustum o iniustum*, que imponía la pérdida del importe de la apuesta sacramental por quien su juramento hubiera sido declarado *iniustum*.

Concluye Casinos-Mora resaltando que mediante la *auctoritas* ante la eventualidad de cualquier litigio, el *mancipio accipiens* podría llamar al *mancipio dans*, cuya negativa a dar testimonio sobre el hecho transmisivo, sobre la legitimidad de su poder sobre la cosa vendida, podría hacer que sobre éste sobrevolara, en tal supuesto, la sombra sospechosa de un previo *furtum*. En todo caso, como afirma Max Kaser, la

²⁰⁹ Alan Watson. *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, cit. pág. 127: “*Of course, if one discards the view that the parties are on a level and that the thing is awarded to the person with the better right, then a major prop of the theory of relative ownership disappears.*”

invocación defensiva de una previa *mancipatio* transmisora del bien objeto de litigio, y la efectiva prueba de la misma, liberaba al *Habens* de no pocas preocupaciones procesales.

Pronto se acogió para el enigma del principio “*usus auctoritas*”, pues ya aparece en las XII Tablas, para una distinta finalidad de la protección del transcurso de dos años para los fundos, como solución legal, con absoluta independencia del deber asistencial propio de una responsabilidad propia del ámbito privado o particular. Del encaje de esta nueva visión aparece el plazo del *usus* de dos años para los bienes raíces y de un año para los bienes muebles, para ser invocado satisfactoriamente como *meum esse*. La salvaguarda legal de garantía, que debe prestar el *auctor*, desaparece porque el transcurso del plazo confiere una garantía de seguridad total, *ex lege*, para el *dominium*. Quien se viera afectado por el ataque de una *vindicatio* pasados estos plazos legales, para la defensa de su cosa, de su poder sobre la cosa, le era suficiente alegar y probar el transcurso del plazo como fundamento legal. No necesitaba nada más. El manto protector de la ley le era suficiente, sin tener que acudir a cualquier otro medio probatorio sobre la causa o el fundamento legal transmisivo. Quedaba el *furtum* exceptuado.

En el Derecho Romano Arcaico, al igual que en el Derecho Germánico, ambos sistemas teñidos de un primitivismo jurídico, este asidero del derecho está en la *manus*, o la *Hand*, del cedente o transmitente de la cosa. Hay que buscar la protección que ofrece esa *manus*, protección tanto del poder como de la cosa misma. El transmitente, el *auctor*, lo es respecto de la cosa, como elemento objeto de la cesión o transmisión. Objeto al que va vinculado el poder sobre la cosa cedida, como elemento subjetivo de la transmisión.

Las cosas, los bienes, tenían un destino en su aplicación a una función concreta. Sin un destino concreto, desaparece la necesidad. Los fines, los destinos de las cosas, podían ser muy variables, desde el punto de vista de la subjetividad del usuario, pues tales necesidades pueden ser reales o ficticias. Hay que vincular las cosas a las distintas utilidades en las necesidades de la *domus*. La vinculación del *usus* de las cosas a la *domus* era el *dominium*, que comprendía un conjunto de bienes y de los poderes que sobre todo ejercía el *paterfamilias*. Este *dominium*, subjetivamente

considerado, era el poder relativo a las cosas que se usaban. Puede decirse que poder o *potestas* y *usus* eran manifestaciones o aspectos visibles del *dominium*.

En aquel momento histórico del Derecho Romano arcaico, tenía más sentido hablar del hecho jurídico de la tenencia de su uso, como expresión conceptual que estaba vinculada y relacionada con el ejercicio del *usus*. Todo ello bajo el poder del *dominus*. Era el *dominium*.

La defensa del demandado adquirente de una cosa ante una *vindicatio* de un tercero, goza de una barrera protectora en el transcurso del plazo legal tabular, como fundamento de un mejor derecho, de “su” mejor derecho; llevar como testigo al cedente quien voluntariamente ratificará su también procedente mejor derecho; además alegar y probar la existencia de una *mancipatio* previa del cedente; y también alegar y probar la *mancipatio* llevada a cabo entre ambos, con los requisitos de la publicidad. Era suficiente probar el cumplimiento de los requisitos legales formales de la *mancipatio*, sin mayores compromisos, exceptuándose los supuestos de un previo *furtum*, como base o razón de una tenencia. Ello eximía al *Habens*, al tenedor del *usus*, de la invocación de la causa que fundamentara el negocio jurídico. El cumplimiento de las formalidades de la *mancipatio* suponía la perfección del negocio jurídico, que llevaba consigo la cesión o transmisión del *dominium*, del *usus*, desde ese mismo momento. El plazo de uno o dos años, en sus respectivos supuestos de *res Mancipi* o *res nec Mancipi*, se aplicaba a la posibilidad de recabar la garantía del cedente, pues en esos plazos otro *civis* podía reivindicar la cosa alegando un mejor derecho. Pasado el plazo, no es que se consolidara el *dominium* adquirido derivativamente, sino que lo que se producía era el efecto de que ya nadie podía reclamar la cosa, alegando tener mejor derecho sobre ella. Se presumía que ya se había borrado cualquier posibilidad vindicatoria.

El *civis* romano que se enfrenta a otro desde la posición de vindicar un bien, en la creencia de ser legalmente algo suyo, según las leyes procesales contenidas en el ejercicio de la *legis actio sacramento in rem*, colocan en un plano de igualdad procesal a ambos contendientes. La parte vencedora en la *litis* planteada obtenía una declaración judicial de mejor derecho al *dominium* de la cosa que el que pretendía la parte vencida. La relatividad del *dominium* viene determinada por la posibilidad de que su titularidad sea discutida por quien pueda apuntalar sobre la cosa un mejor derecho

que su oponente, todo ello configurado en el proceso desde un plano de igualdad. Precisamente, el aspecto de relatividad que ofrece el *dominium* sobre una cosa deriva del sentimiento de ser un debate sobre los hechos, sobre todo respecto del hecho del *usus*. El *usus* es una determinada manifestación del poder, de la *potestas*. Estas consideraciones jurídicas se ventilaban en una *vindicatio rei*, reclamación de la cosa, no de un derecho sobre la cosa.

En cuanto a la naturaleza de los efectos de la demanda o reclamación planteada mediante la referida *legis actio*, referidos al fondo del asunto a resolver, es decir, si los efectos derivados de esta *vindicatio* eran meramente declarativos o realmente constitutivos de un derecho, cabe pensar que los efectos de la decisión judicial tenían carácter declarativo para los litigantes, pero solo para los intervinientes en la *litis*, con la salvedad que en los supuestos de división de conjuntos de bienes hereditarios se puede pensar en efectos constitutivos de legítimos derechos, porque el *dominium*, el poder nunca había sido puesto en entredicho por ninguno de los participantes de la comunidad hereditaria. El *heres* que insta la división o distribución del caudal hereditario ya era *dominus* de estos bienes en vida del *paterfamilias*, aunque éste tuviera su poder sobre ellos en base a la capacidad de administrarlos y de representarlos, poderes conjuntos con su poder de disposición. Pero al fallecer el *paterfamilias* estas funciones o facultades desaparecían y rebrotaba de nuevo el poder colectivo de sus herederos, o *filiifamilias*.

La *mancipatio* o, en su caso, la *in iure cessio* contenían mecanismos transmisivos con suficiente publicidad. Lo que no estaba integrado en el concepto del *dominium* del *paterfamilias* estaba fuera de sus fronteras de poder, y era ese poder instalado en otro *dominus* el elemento constitutivo lo que exigía una conducta de no intromisión. Y es lo cierto que cualquier despojo de los bienes muebles era perseguido como *furtum*. Y si el objeto era un inmueble, la *vindicatio*, vertiente procesal derivada de la *mancipatio*, ofrecía el cauce adecuado al reclamante al ser considerada una facultad del *dominus*.

Una cuestión distinta es la duda de si con los plazos legales de las XII Tablas para el ejercicio de la *actio auctoritas* estamos ante un supuesto de *usucapio* para llegar a constituir un supuesto legal de acceso al *dominium*. El objetivo de la *mancipatio* era conseguir la transmisión del *dominium*, y en lo que se refiere al hecho

y su consecuencia de la adquisición del dominio, el transcurso de los plazos legales, tal adquisición jurídica no existía. Lo que con los plazos de la ley se trataba de resolver era garantizar la eficacia de las transmisiones, evitar los sobresaltos del *civis* y, por encima de todas las cosas, buscar la paz social.

La formalidad procesal de la necesaria presencia de la cosa en litigio ante el Pretor, parece limitar el marco del antiguo *dominium* a las cosas muebles o trasladables (cosas, esclavos y personas), excluyendo por tanto a los bienes inmuebles. Sin embargo, estimo que los bienes inmuebles, los fundos, no estaban excluidos del ejercicio de una *legis actio sacramento in rem*. Tenemos un ejemplo facilitado por Cicerón²¹⁰ donde resuena que “*el predio Sabino es mío*” añadiendo seguidamente “*el predio, dicen, que está en el campo llamado Sabino*”. Si se traslada esta formalidad procesal a los mecanismos adquisitivos y reivindicativos, ambas, *mancipatio* y *vindicatio*, se aplicaban a toda suerte de bienes, pues en realidad en el conjunto de bienes del *paterfamilias* no era posible excluir la tierra, ni considerar que el suelo fuera un *dominium* familiar.

Lo debatido en juicio es la búsqueda de la constancia de un mejor derecho, que es lo que se ventila en la *litis*.

I. 3. 5. 3.-Similitudes con la *Gewere* germánica.

Puede verse un cierto paralelismo entre la *possessio* del Derecho Romano y la *Gewere* germánica²¹¹. Este concepto de la *Gewere* contiene algunos aspectos que le asemejan a la institución jurídica romana equivalente, *mutatis mutandis*, con parecidas características que adornan el equipaje jurídico de la *possessio* romana. Los cambios que han de ser modificados, en un análisis comparativo, deben relacionarse al tratarse de unas sociedades en distintos niveles de evolución jurídica. Así, en el sustrato de los Derechos Germánicos, se desconoce una paralela acción reivindicatoria a la manera romana, aplicable tanto a los bienes muebles como a los bienes inmuebles, acción que amparase el hecho de la protección de que gozaba al propietario romano para reclamar la inmediata devolución, sin cortapisa alguna, de la cosa, que se encontrase en las manos de otro. En el sistema procesal romano, además existía otro instrumento

²¹⁰ Cicerón. *Pro L. Murena oratio*, 12-26: “*fundus Sabinus meus est*”... “*Fundus, inquit, qui est in agro qui Sabinus vocatur*”.

²¹¹ Heinrich Brunner y Claudius von Schwerin. *Historia del Derecho Germánico*, págs. 195 y ss. Editorial Labor. Barcelona, 1936.

procesal que defendía cualquier perturbación de la posesión o tenencia de las cosas: eran los interdictos. Al lado de ambos mecanismos, surgió la acción *Publiciana*, que presumía el hecho del transcurso del plazo legal necesario para usucapir. Para supuestos de *furtum*, el dueño gozaba de la *actio furti*, de índole penal.

En el mundo de los Derechos de los distintos pueblos Germánicos no existía la concepción de propiedad absoluta. En los pueblos germánicos, la protección de estos derechos sobre las cosas muebles, es decir, en el Derecho mobiliario, eran confundidos los conceptos de propiedad sobre la cosa mueble con el concepto de la tenencia o mera posesión de dichos derechos mobiliarios. La protección de esta tenencia posesoria o *Gewere* era un derecho real fundamentado en el ropaje externo de la *Gewere* como apariencia de un derecho conferido. La acción mobiliaria nace de la *Gewere* misma evidenciado por la realidad de la tenencia. La defensa de la propiedad dimana de la defensa de la *Gewere* y, en el Derecho Germánico, tal defensa de la propiedad está abarcando también la defensa de la posesión o tenencia. En los supuestos de que un propietario hiciera cesión voluntaria de la tenencia de su cosa mueble a un tercero, sus posibilidades reivindicatorias quedaban reducidas exclusivamente contra este tercero, sin posibilidad alguna de ejercer la reivindicación a cualquier otro tenedor. Solamente podría reclamar su cosa mueble a cualquier tenedor de su cosa mueble en los casos de robo, hurto o pérdida involuntaria de referido mueble. La explicación de tal limitación reivindicatoria estaba en que el hecho de la cesión voluntaria de su *Gewere*, a un tercero, significaba la constitución de un derecho real sobre la misma, basado en una relación personalísima, que significaba que si el propietario de la *Gewere* cedida voluntariamente a un tercero, a su vez, la transmitía a otro distinto, el dueño no podía reclamarla a éste²¹². Estas ideas reaparecerán más tarde en el Derecho Hispánico Medieval.

Sin perjuicio de volver seguidamente sobre la *Gewere*, debemos indicar que, en los Derechos Germánicos, los bienes, las cosas, son caracterizadas por la distinción básica de bienes muebles y bienes inmuebles²¹³. En el panorama jurídico de los

²¹² García de Valdeavellano, Luis. *La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el Derecho español medieval*, págs. 21 y ss. También en *Compra a desconocidos y compra en el mercado en el Derecho español medieval*, págs. 251 y ss. Ambos en *Estudios medievales y Derecho Privado*. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1977.

²¹³ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*, pág. 31. Servicio de Publicaciones-Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 1993.

derechos reales continentales europeos se ha eclipsado, hasta desaparecer, la distinción romana de *res Mancipi* y *res nec Mancipi*. El nivel de desenvolvimiento, en que se encuadran las sociedades germánicas, socialmente, se ha desarrollado en el ámbito de una incipiente actividad agrícola, que se proyecta sobre la tierra con una doble visión, mediante la impronta familiar que se traduce en pequeñas parcelas y huertos familiares, por un lado, y por otro, en la existencia de tierras sometidas a la explotación comunal, *Allmende*. Los pueblos germanos han accedido a la actividad agrícola en un tiempo muy posterior al que llegara el pueblo romano. Y, por otro lado, los germanos no han conocido una expansión territorial de las dimensiones que lograran las legiones romanas. La sencillez de la organización social de los pueblos germánicos se aprecia en la evidencia de una pequeña comunidad doméstica, círculo reducido familiar, así como por otro círculo de mayor amplitud, las *sippen*, o grupos de personas con vínculos comunes. Las líneas personales, familiares o de grupo indicadas, se proyectan sobre las cosas, lo que da lugar a un sentimiento, en relación con los bienes, ya de individualidad, ya de determinado nivel de sentimiento colectivo.

Las formas de relación personas-cosas tienen un origen no escrito, consuetudinario, normas o usos nacidos en el seno de la conciencia popular y que se manifiestan en comportamientos sociales. Se resalta ante todo el principio de la lealtad, basado en la reciprocidad. Es el respeto a la costumbre. Su fundamental nota distintiva, desde el plano de consecuencias jurídicas, es que estamos ante unos pueblos culturalmente poco evolucionados, poco dados a disquisiciones doctrinales, a conceptos elaborados. La abstracción conceptual no existe; solo existe lo que se ve, lo que se capta con los sentidos, la materialidad de las cosas. La publicidad es otro principio de estos primitivos, elementales, Derechos de los pueblos Germánicos. Esta publicidad confiere eficacia plena a lo que en principio es una mera apariencia externa de todo poder sobre la cosa. La *Gewere* está amparada por la legitimidad de la tenencia de una cosa.

En el Derecho Germanico, *Gewere* es, en general, un puro señorío sobre la cosa. Tiene su reflejo a manera de tenencia jurídica sobre bienes muebles por quien los detenta; sobre los fundos inmuebles, quien dispone de su goce; y sobre los derechos

quien los ejerce²¹⁴. La *Gewere* germánica tiene un significado similar a la *possessio* al aparecer como un complejo de facultades o poderes ejercitables sobre unos bienes dimanantes del hecho del señorío sobre las mismas. Se materializa la *Gewere* en un acto por el que se entrega la posesión con la simultánea pérdida del hecho posesorio declarada por el anterior poseedor, transmitente. Según el Derecho Germánico primitivo, la transmisión de las cosas muebles se lleva a cabo mediante la entrega directa de la posesión al nuevo portador adquirente de la *Gewere*. Es decir, la recepción de la tenencia a través de su *traditio* o entrega de la cosa, era simultánea de la desposesión del transmitente. Posesión y derecho sobre la cosa mueble era la *Gewere* de los muebles. Respecto de los bienes inmuebles, el simultáneo acto de desposesión del transmitente y la toma de posesión por el nuevo titular tenía lugar en el mismo predio, dando realidad efectiva a la investidura del inmueble, aunque con el tiempo derivó a una entrega simbólica respecto de los bienes inmuebles.

El Derecho Germánico profundizó en la distinción del derecho inmobiliario y el derecho mobiliario. En rigor, aunque el Derecho Romano conocía esta distinción de los bienes, no necesitó ahondar en ello. En el Derecho Germánico, en cambio, mereció especial tratamiento. En las cosas muebles quedó afianzada la necesidad de la tenencia material de la cosa en todo momento de manera personal y directa. En el derecho sobre inmuebles, la *Gewere* se concretó en el aspecto del disfrute económico del bien inmueble que fue priorizando sobre el contacto directo con la materialidad del bien. La *Gewere* puede ser tanto *corporal*, forma jurídica de los Derechos sobre las cosas, *Gewere* como situación de hecho porque quien las tiene y las usa es tenido por titular de un legítimo derecho sobre ellas; así como *ideal* en tanto en cuanto que señala la existencia de un derecho o, mejor dicho, de una expectativa. La *Gewere* ideal admite la forma de *yacente* que es la situación de carencia del disfrute de su cosa, pero de manera temporal transitoria, así como también admite la forma de una *Gewere expectante*, al decir de Pérez-Prendes²¹⁵, situación que tiene lugar en el supuesto de la tenencia de una cosa durante el plazo germánico del año y día, sin una mala voz o reclamación.

²¹⁴ Ennecerus, Kipp, Wolff. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas. Tomo III-1º*. Traducida del alemán por Blas Pérez González y José Alguer. Pág. 34. Bosch. Barcelona, 1971.

²¹⁵ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*, cit. pág. 32.

Nota característica de la *Gewere* es la posibilidad de una existencia de multiplicidad de derechos en que aquella podía desgranarse, que sobre el bien podían constituirse y materializarse. Estamos ante una gradualización de *Gewere* sobre un bien. Así aparece una *gewere* de propiedad de una cosa, otra de usufructo de ella, otra de feudo, otra derivada del hecho de la existencia de una prenda o garantía. Cabía la posibilidad legal de existencia de *Gewere* conforme cuantas posibilidades de aprovechamientos sobre la cosa fueran posibles. Esta idea contiene la fundamentación futura del Derecho Feudal, en materia de bienes inmuebles, sobre el que se instituyó el Régimen Feudal.

En el Derecho germánico medieval, la posesión de una cosa venía protegida por la posibilidad de ejercitar una acción. Quien por violencia o fuerza hubiere sido desposeído de una casa, por tal causa no pierde su *Gewere*, sino que la conserva y puede reclamar la devolución de la cosa contra todo detentador de la misma. Si se hubiere cedido a tiempo la posesión mediante la entrega a través de un derecho subordinado, como un arrendamiento, la *Gewere* o poder de la investidura, facultaba para accionar una vez extinguida la relación. Particularidad del Derecho Germánico es que en estos supuestos, el demandado tenía posibilidad de defensa invocando la tenencia o disposición de un mejor derecho... a la tenencia de la cosa basada en su *Gewere*. No se invocaba más que un mejor derecho, que devenía necesitado de su protección. El fundamento de tal recurso procesal proviene de la relatividad que proviene de la misma concepción de la *Gewere*. De modo semejante a cuanto acontecía en el Derecho Romano estando vigente la concepción de la propiedad relativa, antes de la aparición de la *possessio* como consecuencia de la protección otorgada a los *possessores* del *ager publicus*.

Para Jerónimo González²¹⁶, maestro de los hipotecaristas patrios, la *Gewere* germánica es un elemento externo del derecho a la cosa, una apariencia perceptible, y supone un necesario principio de la publicidad que otorga la eficacia de la transmisión, legitimando a quienes han actuado de buena fe. Es una institución con efectos jurídicos y características similares a la *possessio* romana pues unifica el elemento material y el espiritual: *corpus* y *animus*. Si la cosa era mueble, equivalía a legitimar la mera tenencia posesoria y su titularidad; si era inmueble, esta titularidad amparaba el

²¹⁶ González y Martínez, Jerónimo. *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil. Tomo I Derecho Hipotecario*, pags. 77 y ss. Navarra, 2009.

disfrute de la misma. En el Derecho Germánico no era una mera asignación subjetiva o el *animus*, sino que suponía un amparo jurídico objetivo otorgado por su defensa en vía judicial. Este derecho o *Gewere*, derivado de la investidura, se proyectaba sobre la propiedad de una doble forma, pues facultaba el uso y disfrute personal y directo, así como englobaba la posibilidad de ceder la tenencia a un tercero, a cambio de percibir un canon o renta. También el desglose de usos diversos de la cosa, abría el abanico a la atribución de cesiones de una investidura limitada o relativa del bien. Existía una *gewere* ideal como situación al margen del señorío de *facto*. A su lado cabía la posibilidad legal de la coexistencia de varias investiduras sobre un mismo bien.

Toda discusión procesal sobre las investiduras se tramitaba judicialmente. Puede hablarse de una equivalencia procedimental entre el juicio romano Clásico y el juicio germánico. Las pruebas, en ambos mundos jurídicos, giran en torno al papel relevante que desempeña la figura de los testigos. La prueba escrita apenas existía en el horizonte del derecho judicial. En este sentido el Derecho Hispánico Medieval, en el que no hay que olvidar estar netamente influido por el Derecho Romano Vulgar, la prueba de testigos sigue siendo fundamental. La intervención de *Juradores*, *cojuradores*, *fermes* y el juramento, éste a veces decisorio, no pasarán desapercibidos en el sistema foral peninsular. El sistema jurídico de los Fueros ha heredado buena parte del caudal jurídico del Derecho Visigodo, que está influido de forma fundamental por el Derecho Romano Vulgar, en que la prueba documental y escrita es constitutiva y necesaria para su validez y eficacia jurídica. Ya en el siglo XI, en el reino leonés, se denota una especial debilidad para acoger la prueba documental, es decir, los diplomas albergados en los archivos eclesiales. Tal se aprecia en el Fuero de León. La *Gewere*, en suma, era un concepto jurídico abstracto cuya finalidad era la legitimación para el ejercicio de los derechos reales sobre la cosa.

Las consecuencias de la multiplicidad de la *gewere* posibilitó la realidad de diversidad de derechos solapados uno bajo otro, uno al lado del otro, respecto de un mismo bien. No conviene olvidar que tal situación ya existía en el Derecho Vulgar. Un dominio directo y un dominio útil. Y paralelamente en el Derecho Germánico también era social y jurídicamente posible. Nada de extraño tiene que en el Derecho Feudal se produjera y reprodujera con abundancia mediante la institución de los enfeudamientos. Ello fue la base de la jerarquización social y político del Régimen Feudal. Pero esta

misma situación de fragmentación de la *proprietas* romana, en el mundo conceptualmente regido por el Derecho Romano Vulgar, ya existía al admitirse mediante la distinción de los innumerables y diversos aprovechamientos que de un bien se pueden obtener, la posibilidad de un dominio directo y otro dominio útil. Tal distinción no nace de la visión del propietario, para quien el dominio, su *dominium* directo, sobre la cosa es uno e indivisible, al decir del Profesor José Luis de los Mozos²¹⁷, por cuanto retiene y conserva la *substantia*, término que configura el dominio directo, es decir, la *proprietas*. Pero el dominio útil, la *utilitas*, surge de la visión de un conjunto de posibilidades de aprovechamientos a obtener de las cosas.

La pérdida, basada en cualquiera causa, siempre que estuviere adornada de la nota de la involuntariedad, de la *Gewere* sobre cosa mueble, conlleva la consecuencia de la pérdida del derecho sobre la cosa perdida o extraviada, fenómeno que se expresa con el principio “*mobilia non habent sequelam*”, porque las cosas muebles carecen de raíces en el tenedor despojado de su *Gewere*²¹⁸. Sin embargo, para evitar que se favoreciesen los supuestos de *furtum* o robo, se crearon en Derecho Germánico los procesos –*Verfahren*– de reivindicación de cosas muebles. Como estos hechos alteraban la paz social estaban teñidos de tintes penales, no obstante afectar los derechos de cosas. Procedimientos que veremos un poco más adelante y que guardan estrecha similitud con algunos aspectos ya vistos del Derecho Romano Arcaico, y que reverdecen en el Derecho Hispánico Medieval.

El *dominium eminens* y el *dominium utile* como tales manifestaciones desglosadas de la propiedad fueron asumidos por el Derecho Hispánico Medieval, que sucumbió ante el empuje del Derecho Feudal. El dominio eminente, directo, era la propiedad absoluta y soberana, signo de dominio jurídico y predominio social. Era el símbolo del Señorío. En cambio, el dominio útil era el derecho a usar, cultivar y disponer de esos fundos, admitiendo el superior derecho de su señor, y con la obligación, como contrapartida, de tener que pagar un canon o renta anual, o hacer entrega de una parte de la cosecha y aprovechamientos obtenidos. Dichos derechos de tenencia de la tierra eran transmisibles, con preferencia a hijos y herederos; de ahí que estos fundos, en general, recibían el nombre de *hereditas*.

²¹⁷ De los Mozos de los Mozos, José Luis. *El Derecho de Propiedad: Crisis y Retorno a la tradición jurídica*, pág. 21. Edersa. Madrid, 1993.

²¹⁸ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*, cit. pág. 42.

I. 3. 5. 4.- La *anefang germánica*.

En el Derecho Germánico existía un supuesto jurídico con un tratamiento parecido al que se albergaba en el desenvolvimiento de la *legis actio sacramento in rem*. El paralelismo de ambos derechos no es consecuencia de contagio cultural, sino la evidencia de que las distintas fases de la evolución histórica del derecho de distintos pueblos tienen un esquema similar. La diferencia de ambas situaciones está en la evolución de la historia de los pueblos que se mueve en variables temporales distintas. Así, en el Derecho Germánico el derecho sobre las cosas muebles, dicen Brunner y von Schwerin²¹⁹, no estaba protegido en todos los casos por una acción absoluta, plenamente eficaz contra terceros. Se establecía la distinción entre los supuestos, por una parte, de hurto o pérdida de la cosa, es decir, privación de naturaleza involuntaria por parte del titular de la *Gewere*. El titular de la misma, para recuperar la cosa involuntariamente perdida, su *Gewere*, disponía de una acción absoluta, la *Anefangsklage* o demanda de *Anefang*. Se trataba de un procedimiento destinado a recuperar la cosa mediante la aprehensión, *Verfahren mit Anefang*, de la cosa hallada más tarde en la casa de un tercero, donde es identificada, señala Pérez-Prendes²²⁰, mediante las marcas o señales.

La peculiaridad del Derecho Germánico respecto de esta acción es que era muy posible que quien fuese privado de su *Gewere* no coincidiera con quien ostentare la condición de propietario. Y por otra parte, en el Derecho Germánico existía la posibilidad legal de privación de la cosa de forma completamente voluntaria, lo que era posible a través de los mecanismos de una cesión de la *Gewere* a un tercero a quien la cosa se la había confiado, en arrendamiento, depósito o con un mandato, etc. La diferencia en el Derecho Germánico entre el derecho sobre inmuebles y el derecho sobre cosas muebles consistía en que en los inmuebles se concebía una tenencia o detentación no siempre directa sobre el predio, mientras que sobre las cosas muebles la *Gewere* siempre era corpórea, personal y directa. En los bienes muebles quien hace entrega de una cosa automáticamente por tal cesión, pierde la *Gewere*. En estos supuestos de cesión voluntaria de la *Gewere*, un principio general resumido en la expresión “*Hand muss hand wahren*” –la mano debe buscar la protección o ayuda de

²¹⁹ Heinrich Brunner- Claudius von Schwerin. *Historia del Derecho Germánico*, cit. pág. 206.

²²⁰ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*, cit. pág. 42.

la mano, es decir, de la mano de que procede el derecho-, venía a relativizar el criterio de recuperar la cedida *Gewere*.

Esta demanda de aprehensión o *anefangsklage* germánica en su origen era una pretensión del propietario o del poseedor respecto de su cosa de que hubiera sido privado involuntariamente de su *Gewere* tenía tintes penales identificables en los supuestos de hurto o robo. Sobre el detentador demandado pesaba la amenaza de un reproche penal y tenía la obligación de borrar cualquier atisbo de sospecha, lo que le era posibilitado mediante la prueba de la legitimidad de la adquisición de su derecho sobre la cosa reclamada o mediante la invocación y aportación al juicio de la figura del transmitente u *otor*.

Estas referidas ideas de Derecho Germánico, en efecto, traspasaron fronteras territoriales y temporales y fueron asumidas por el Derecho Hispánico Medieval. Así, mientras en aquel derecho el ámbito estaba reducido a pequeños núcleos de población, la explosión demográfica en el Occidente europeo desde el siglo XI, y la aparición del fenómeno económico del comercio, que fue desarrollándose al lado de la agricultura y como un necesario complemento de ésta basado en las necesidades de alimentar una población creciente así como de negociar con los excedente de la producción agrícola mediante los intercambios, forzó a las anticuadas estructuras germánicas a garantizar y asegurar el tráfico jurídico en el ámbito del mercado. La invocación del *otor*, persona a quien se hubiera comprado la cosa en el mercado, liberaba al demandado, acusado de robo, de la sospecha o recelo, así como el repercutir en el *otor* las consecuencias económicas, pues el vendedor tenía entrada en la *litis* en el lugar del demandado. De este modo, el principio de la *bona fides* se incrustó en la *anefangsklage*. El desarrollo de la *Anefang* podía tener dos vertientes. La primera era que este tercero tenedor de la cosa hallada casualmente y que había desencadenado la *Anefangsklage* o demanda de aprehensión o toma directa de la cosa, o fuere el ladrón o un cooperador suyo. En este supuesto, el Derecho Germánico conceptuaba esto como un delito de robo imputable a ladrón o cooperador en el hecho tratando de su ocultación, por lo cual del hecho casual del hallazgo de la cosa, se reabría un procedimiento rehabilitando el procedimiento del seguimiento del rastro o proceso de *Spurfolge*. Poco de novedoso u original hay en ello, pues esto ya existía en el Derecho Romano Arcaico, y también, como se verá, en el *escodriñamiento* del Derecho Hispánico Medieval. La segunda posibilidad consistía en

que el tenedor de la cosa pusiese de manifiesto que un tercero se la hubiera transmitido y que aquél obraba de buena fe. Ese tercero era el *otor*, obligado a defender al tenedor, y pasaba a la situación procesal de demandado, en un trámite sustitutorio.

Esta idea no es novedosa en la Historia del Derecho. Ya el arcaico Derecho Romano, lo hemos visto en las XII Tablas disponía del denominado *usus auctoritas*, el poder del transmitente de la cosa, quien venía obligado a prestar ayuda jurídico-procesal al nuevo titular del bien transmitido por él. El detentador de una cosa debía procurar la ayuda de la *mano*, es decir, del poder de quien se lo transmitió. En estos casos, el Derecho Germánico guardaba similitud con el Derecho Romano arcaico. Y, siglos más tarde, cuando en el Derecho Hispánico Medieval la garantía de la eficacia de la transmisión de una cosa está en la figura del *auctor* u *otor*, a través de la *otorización*, esta institución protectora y garantizadora de la transmisión del bien no debe ser atribuida, respecto de su origen, al Derecho Germánico a través del Derecho Visigodo, duda que alberga Merêa²²¹, ni exclusivamente en éste como transmisor de la pervivencia del Derecho Romano Vulgar. Es más, en el Medioevo europeo, en cuanto a la reclamación o reivindicación de cosas muebles, las reglas sobre esta materia no fueron inspiradas en el Derecho Romano Clásico, fundadas en el carácter absoluto del derecho de propiedad. En los bienes muebles, difuminados éstos en el hecho posesorio de la tenencia, el derecho de propiedad quedó enredado en la relatividad de las relaciones personales.

Sin embargo, en los casos de desposesión de un bien contra la voluntad del poseedor, por pérdida o hurto, en el derecho germánico existía en su acervo consuetudinario la *anefang*, dirigida contra todo tercero que pretendiese derecho alguno sobre el bien. Se iniciaba con la toma recuperadora de la cosa, tras afirmar el hecho de su pérdida involuntaria. No se trataba de ejercicio de un derecho de propiedad, sino del derecho a recuperar la posesión o la mera tenencia del bien, es decir, recuperar su *Gewere*. La rehabilitación de dicha perdida *Gewere*, el derecho a retomar la perdida investidura de la cosa. El poseedor podía defenderse del ataque procesal de la *anefangsklage*, o demanda de *anefang*, alegando de quién había adquirido su derecho posesorio sobre el bien, llevando ante la asamblea judicial a su transmitente, *auctor* u *otor*. Siguiendo este mismo esquema, que refleja la arcaica

²²¹ Paulo Merêa. *Os limites da reivindicação mobiliária no direito medieval (Leão, Castela, Portugal)*. *Estudos de Direito Hispânico Medieval*. Tomo I, cit. pág. 3.

norma romana del *usus auctoritas*, y la necesidad de probar la cadena de transmisión del derecho o poder sobre la cosa, tal paralelismo en el Derecho Germánico nos refleja el mismo sentimiento social, respecto de la propiedad, con una inspiración de ser un derecho relativizado.

En el Derecho Hispánico Medieval, el procedimiento de *otorización* mereció un estudio específico de Merêa en la demanda de haber mueble²²², proceso que posibilitaba la sustitución en la posición de demandado al *otor*, como demandado en interés propio. La cadena de *otores* a aportar en juicio quedaba limitada hasta el máximo de tres en el Fuero de Teruel, artículo 505, como recuerda Eduardo de Hinojosa²²³. Esta disposición, pese a los intentos germanistas detectados por el ilustre historiador para buscar la exclusividad de origen, sin embargo tiene un claro precedente en el Derecho patrio, procedente del *Liber Iudiciorum*²²⁴, del que conviene no olvidar sus raíces del Derecho Romano Vulgar. El *Fuero Juzgo* prohibía la compra a persona desconocida, sin tomar un *fiador* que justificase el hecho de la adquisición. Caso de no poder señalar a quien se lo vendió, puede salvarse por su juramento – *sacramentum* dice el Fuero, recordando las reminiscencias del primitivo Derecho Procesal Romano- o mediante testigos que afirmasen no saber que el vendedor era un ladrón, procediendo a reintegrar la cosa al señor, dueño de la cosa, recibiendo la mitad del precio, prometiendo ambos, mediante *sacramentum*, buscarlo. Y si el señor o dueño supiere o llegare a saber quién era el ladrón y tal conocimiento silenciare, pierda la cosa debiendo tenerla quien la compró²²⁵.

En todos estos supuestos de *anefang* germánica, o en sus similares del *Fuero Juzgo* o lo apuntado para el Derecho Hispánico Medieval, en que destaca la figura procesal del *otor* o garantizador de la legalidad del transmisor respecto del bien sometido a litigio, el derecho discutido era la legitimidad transmitida. En todos estos

²²² Paulo Merêa. *Nota complementar sobre a “demanda de haver móvel”* en *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, Tomo I, cit. págs. 31 y ss.

²²³ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *El elemento germánico en el derecho español*, pág. 25, en cuya nota (1) reseña el citado precepto del Fuero de Teruel, que dice: “*Quicumque bestiam sive rem aliquam...dixerit sibi esse datam vel venditam sive depositam...det auctorem...et in isto auctorem tertio iudicium finiat*”.

²²⁴ *Liber Iudiciorum*, VII, 2, 8: “*Si quis rem furtivam sciens a fure comparaverit, ille, qui emit, suum repraesentet auctorem, et postea tanquam fur componere non moretur. Si vero furem non invenerit, duplam compositionem quae a furibus debetur, exsolvat: quia apparet illum furi esse similem, qui rem furtivam sciens comparasse cognoscitur. Quod si servus hoc fecerit, aut medietatem compositionis de ingenuis persolvat, aut hunc servituum dominus tradat*”.

²²⁵ *Fuero Juzgo*, VII, 2, 8.

casos referidos, que en realidad son un mismo supuesto, en los que el comportamiento y la manera de actuar humana sean coincidentes, esté el hombre en la Roma de la época de las XII Tablas, y apreciare la existencia del *usus auctoritas*; o esté en el Teruel durante la vigencia de su Fuero y le indique el Juez que solo puede llevar al juicio hasta tres *otores*; o tal vez en la recóndita Germania, de pronto un habitante recibe un aviso o llamada para acudir a la Asamblea, dado que un convecino le reclama el poder o *Gewere* de una cosa que a él le entregó un vecino comerciante, el consejero de su *Sippe* le desliza la información de que a tal acto asambleario debe de ir acompañado del comerciante que le transmitió la cosa que ahora le reclama un vecino. Las situaciones en que se encuentran estos personajes, en lugares tan alejados entre sí y con tanta lejanía espacial o respecto de los tiempos, parecen tener algo común. No solo en el planteamiento, sino en la solución adoptada. Y no parece posible pensar en soluciones copiadas, ni en técnicas jurídicas importadas o trasladadas de unas sociedades a otras. Lo decisivo no es dictar leyes uniformes para todo tiempo y toda sociedad, sino de lo que se trata es que el ser humano esté inmerso en un mundo de iguales conceptos jurídicos. Y ello es así toda vez que el Derecho ni se crea ni se construye, sino que, ahondando con la lógica deductiva humana, se descubre.

I. 3. 5. 5.- La *proprietas* como un derecho absoluto.

En la Historia del Derecho Romano se observó una convulsión de sus fundamentos jurídicos ante la decisión política del reparto del *ager publicus* romano, al poner a disposición del pueblo romano inmensos territorios para su explotación, hecho de gran impacto económico que, a la vez, desencadenó diversas consecuencias en el mundo del Derecho. Este *ager publicus* eran fundos ofrecidos en posesión, con un derecho de distinto contenido al existente sobre el *ager privatus*, el cual se regía por el *ius civile* o *Quiritario*. El momento histórico a que nos vamos a referir fue preparando los requisitos necesarios para alumbrar el nacimiento del concepto de la *proprietas* que, superando el relato conceptual jurídico de un *dominium* relativo, y a la larga desencadenó una novedosa manera de ver la relación del *civis* con sus bienes. Lo más sorprendente de estos cambios conceptuales consiste que la elaboración doctrinal que sustenta la institución jurídica de la *proprietas*, como un derecho absoluto sobre las cosas, ha tenido acceso a las modernas legislaciones. No se trata de que el *dominus* de una cosa esté dotado en relación con ésta de más poder sobre la misma con esta

transformación conceptual. Ni de otras facultades distintas. Lo decisivo en tal cambio de concepto es que es un poder exclusivo y excluyente de cualquier otro pretendiente. No hay Código Civil, que se precie de prestar un servicio a su sociedad, que haya prescindido de su regulación.

Puede señalarse que aún, en ese tiempo histórico previo a la llegada del cambio político que deparó el régimen del Principado, de la mano de Augusto, las notas características del poder del *dominus* eran las heredadas del pasado, con las modulaciones doctrinales de la *Jurisprudentia*. Las facultades del *dominus* sobre la *res* eran y seguían siendo las mismas. Un renovador hecho histórico irrumpió en la sociedad y mentalidad romana con la necesidad social de articular la tenencia del *ager publicus*. Este *ager*, de titularidad dominical soberana romana, es entregado para su explotación bajo el régimen jurídico de la *possessio*. El instituto de la *possessio* tuvo tanta aceptación social que no se dudó en ampliarlo a las situaciones de poder fáctico sobre bienes de derecho o titularidad privada. Incluso Gayo tiene sus dudas procesales y llega a aconsejar que se demande desde la posición procesal privilegiada que ostenta un poseedor, pues al poseedor le es suficiente con el evidente hecho de tener la cosa en su mano, la *possessio*.

En realidad, lo que Gayo recalca, no añade nada en lo que respecta al concepto de propiedad, en términos de propiedad absoluta, ya generalizado en su tiempo. El autor de sus *Instituciones* expone, en términos estrictamente procesales, una ventaja que otorga la tenencia de la *possessio* a quien dispone de ella, respecto del *civis* que en ese trámite de iniciación de la *litis* no tiene la *possessio*, o la cosa en su poder. El poseedor no necesita probar nada pues las cosas claras y evidentes no necesitan demostración: él tiene la cosa en su mano. Esta situación fáctica le convierte procesalmente en demandado. La carga de la prueba, *onus probandi*, recae en quien reivindica la *proprietas*, por aplicación de una regla procesal convertida en principio general del derecho, es decir, quien alega debe probar. Lo que Gayo enseñaba en sus *Instituciones* a sus estudiantes, futuros abogados y hombres de leyes, era que el poseedor estaba en mejor situación procesal, desde el punto de vista de la enojosa carga de la prueba, que su oponente.

Aunque las XII Tablas hablaban de *dominium* arcaico, no se podía en absoluto asimilar o identificar al acuñado posteriormente como *proprietas*. Incluso en los

supuestos de existencia de un dominio originario, el *Habens*, expresión tan grata a Max Kaser, el *civis* que tiene la cosa, el *dominium* del bien, estaba sometido a la necesidad de demostrar un mejor derecho que el otro litigante, aunque la prueba de ser su derecho de carácter originario, era relativamente más fácil que indagar en la cadena de transmisiones de derechos de los bienes transmitidos derivativamente. La distinción con el dominio de origen derivativo debió de provenir de una duda. Era una duda de legitimidad, tanto en el bien transmitido por un tercero, aunque se adornase al acto con la presencia publicitaria de una Autoridad legitimadora, o la observancia social de unos ritos legales procedentes de un pasado arcaico consistentes en la perentoria presencia de una balanza y de un pesador de los metales, avalado el acto transmisivo con la publicidad, por la presencia de los testigos. O bien se recibiese la *res nec mancipi* mediante la *traditio* o traspaso personal del *usus*.

En esta *mancipatio* arcaica, que se gestionaba como una compraventa ritualizada, o no existía metal amonedado, o se desconfiaba del valor del material del metal empleado. La misma existencia de la *legis actio sacramento in rem* y su formulación, acreditativa de la igualdad procesal de las partes litigantes en torno a sus legítimos derechos, así como la existencia de una resolución relativa a la adjudicación provisional, a uno de los litigantes, de la tenencia o *usus* depositado en sus manos, como cuestión de previo y especial pronunciamiento, apunta a la evidencia de que estamos ante una propiedad relativa.

Tenencia del bien, *usus*, en el Derecho Romano arcaico de las XII Tablas, hace referencia a tener la cosa así como a la toma del poder sobre la misma. Todas estas situaciones se relacionan con el concepto de *dominium*. Todo ello estaba encuadrado en el Derecho Privado romano arcaico. La *tenencia*, el *usus*, estaba dentro del concepto del *dominium*, porque era su aspecto visible.

Pero dos hechos, aparentemente sin ninguna relación entre sí, vinieron a desencajar el sistema. El primero consiste en que las legiones romanas pasaron de una actitud militar defensiva ante los asedios de sus pueblos colindantes, a adoptar una expansión militar, de manera tal que aquella humilde Ciudad-Estado había arrebatado a sus vecinos territoriales cuanta tierra delimitaban los interminables horizontes. Eran estas tierras dominio público, excluidas del *dominium* del derecho privado del *civis* romano. La economía romana estaba básicamente volcada sobre las labores agrícolas y

ganaderas, pero a medida que la sociedad fue diversificando sus funciones, la dedicación a la milicia fue atrayendo a una parte de sus componentes. El tratamiento jurídico a esta forma de tener fundos de dominio estatal constituyó la *possessio*.

Un segundo hecho, subsiguiente a la aparición de la *possessio* en la Historia, y la protección jurídica que el hecho posesorio necesitaba, es decir, las soluciones interdictales de la mano de Pretor, consistió en la común admisión del hecho de que quien tiene en su mano la *possessio* de una cosa, tras la comprobación de que tal hecho posesorio no tiene origen en acto de violencia – *nec vi*- ni es una posesión oculta en la clandestinidad – *nec clam*- y que tampoco responde a una tenencia en precario – *nec precario*-, en tales circunstancias quien posee la cosa además está investido de una presunción de buen derecho que confiere la apariencia. Es el *fumus boni iuris*.

Desde el punto de vista de la Historia del Derecho, la concepción de la propiedad como en derecho absoluto sobre un bien, supone la superación del antiguas ideas de relatividad que venían dadas, admitidas con firmeza, por cuanto el señorío sobre el bien, el poder del *dominus* sobre el mismo, afecta no solamente al *civis* que discute ese poder, como resultado de una relación procesal bilateral, sino que se trata de un poder objetivo, al ser trasladados los efectos de dicho poder o señorío, a todos, que es tanto como decir que ese señorío o poder sobre ese bien se impone y sobrepone sobre cualquier otro alegado poder. Son los efectos declarativos absolutos, oponibles *erga omnes*. La superación de la igual consideración desde el punto de vista procesal a los contendientes respecto de una *res*, vino de la mano de la idea de que el *usus*, transformado en *usucapio*, fue elevado a la categoría de adquisición de la *res* como si de una adquisición originaria se tratase. De este modo, el arcaico *usus*, en su nueva formulación aceptada como la *usucapio*, resolvía el problema de la diabólica prueba de la necesidad de acudir al incómodo y problemático expediente de tener que acogerse a encadenar las sucesivas tenencias o *usus* de la *res* hasta llegar a un *dominus* transmitente, un *Habens*, que hubiere adquirido a modo originario.

A partir de tal momento evolutivo del concepto de *dominium* surge una nueva modalidad de consideración absoluta de la *proprietas*, tal y como desde ese momento histórico ha sido heredado por todas las sociedades modernas y que es sencillamente, un derecho conocido por todos, como será, en el futuro, la propiedad. La *proprietas* romana se instaló en la consciencia de la Humanidad. Y la idea jurídica de la *possessio*

precisó de un nuevo tratamiento de encaje jurídico derivado del nacimiento de la propiedad absoluta, pasando a ser la *possessio* objeto de un tratamiento diferente, como una forma diferente de tener la cosa y como un mecanismo o medio jurídico, en su caso y con determinados condicionantes, para adquirir la *proprietas*. En rigor, estimo que fue la institución jurídica de la *possessio* sobre el *ager publicus*, fue un hecho que vino preparando el terreno para la aparición de la *proprietas* como un derecho absoluto sobre las cosas privadas.

La renovación del panorama que respecto de los bienes hizo sobresaltar el sistema vino dado porque la *usucapio*, como forma de adquisición de la propiedad, obligaba a prescindir de la necesidad de la búsqueda de un poder originario. La *usucapio per se* era equiparada a un mecanismo originario. Carecía de sentido la búsqueda personal del transmitente como una *potestas* originaria. La relatividad que tal inquietud procesal causaba ya estaba resuelta. A partir de ese momento, con la *usucapio*, el vetusto *usus*, toda tenencia, se convertía en adquisición originaria. Consecuentemente, se había roto con el pasado vinculado a la dependencia de la cadena transmisiva hasta llegar a un momento de adquisición originaria. Las XII Tablas, que habían formulado el principio de *usus auctoritas*, se sorprendió al ver que había dejado de tener sentido legal tabular. El *usus* fue heredado, conceptualmente, por la *usucapio*. A partir de este cambio ya no tenía sentido acudir a una *litis*, mediante una *legis actio sacramento in rem*, en la que los litigantes afirmaban ambos ser *dominus* de la *res*, en plena igualdad. Disponiendo de las mismas facultades sobre la cosa, el *dominus* ante todos, *a priori*, procesalmente disponía del arma de la exclusividad de su poder pleno sobre el bien. Ya no se discutía sobre el mejor derecho a la cosa. Solo cabía el derecho de propiedad y ésta se tenía o no se tenía. En eso consistió el acceso a la concepción de la *proprietas* como un derecho absoluto.

Afirma Kaser que la concepción de la propiedad como una entidad jurídica de naturaleza relativa, desaparece cuando el proceso sacramental sobre una cosa, la doble y contrapuesta afirmación de los contendientes, deja de practicarse y se admite una única afirmación del actor reclamando su exclusivo derecho de propiedad, de manera contundente. Al emitir dicha manifestación en la *litis*, el actor excluye de su derecho a todos los demás²²⁶. Kaser viene a reconocer una evidencia: el Derecho Procesal

²²⁶ Max Kaser. *Derecho Romano Privado*, cit. pág. 103.

Romano no ha tenido otra salida que adaptarse a la nueva realidad. Solo existe y solo puede existir sobre una *res* un único derecho de *proprietas*. Naturalmente que dicha innovadora concepción vino jalonada a través de su reflejo en los procedimientos. La renovación del mundo procedimental vino dada por la necesidad de responder a estos cambios. Percutió en el Derecho Procesal Romano en tres diferentes frentes. El primero vino de la mano de las reformas procedimentales impulsadas por Octavio Augusto. El proceso de las *legis actiones*, contempladas en las XII Tablas, estaba teñido de riguroso formalismo, como señala Gayo²²⁷. Para reivindicar la cosa, la *actio* a ejercer se ventilaba mediante la *legis actio sacramento in rem*. La imperfección del sistema venía dada en que no se producía la recuperación de la cosa reclamada pues el dueño debía darse por satisfecho con la recepción de una cantidad de dinero.

En cuanto al origen del nuevo sistema procesal, *agere per formulas*, instaurado por el régimen político del Principado, aprovechó la experiencia del hecho histórico de que los Cónsules fueran encargados de atender a las guerras fronterizas, quedando a Roma sin encargados de atender a la justicia, lo que hizo visible la necesidad de crear un Pretor llamado Urbano, que resultó insuficiente ante el gran número de extranjeros que acudían a la *Urbs*, llamado peregrino²²⁸. Estamos en los entornos del año 242 a. C. Según Santos Justo²²⁹ estos peregrinos justiciables no podían invocar el *ius civile* sino novedosas normas del genérico *ius gentium* ateniéndose a la sencillez que exigía el tráfico mercantil. Simplicidad jurídica que contagió a la ciudadanía romana. Ya en 130 a. C. la *lex Aebutia* autorizó el uso de fórmulas prescindiendo de las *legis actio*. No obstante la compatibilidad de ambas formas de pleitear, desde la citada ley, el sistema de *legis actiones* fue cayendo en desuso, hasta que la *lex Iulia iudiciorum privatorum* dispuso que la designación del *iudex* lo fuese a través del sistema formulario. En la práctica significó la derogación del mecanismo procesal tabular de las *legis actiones*.

El segundo impulso renovador del mundo procesal, ante la realidad social de la aparición de la *possessio*, también de la mano del Pretor, consistió en la aparición de

²²⁷ Gayo. *Instituciones*, 4, 30: “*Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minnum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus*”.

²²⁸ D. 1, 2, 2, 28: “*Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo Praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius Praetor, qui Peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat, eo, quod plerumque inter peregrinos iur dicebat*”.

²²⁹ António Santos Justo. *Direito Privado Romano I*, cit. pág. 308.

los remedios interdictales, que veremos más adelante. Impulsado el Magistrado por la necesidad de conjugar la defensa de la *possessio* acude a una serie de desarrollos ficticios para adaptar el viejo *iure Quiritium* a la realidad social, a la renovadora realidad jurídica que es la aparición de la institución jurídica de la *possessio*. El interdicto tiene su origen en la inquietud social de proteger a los tenedores del *ager publicus*. Es la posesión de quienes, por concesión de la autoridad, han puesto en cultivo tierras de dominio público.

El tercer eslabón renovador del ámbito procesal, también surgido de la inquietud del Pretor, fue la introducción de la *actio Publiciana*. La renovación procesal conllevó la desaparición de la *legis actio sacramento in rem*. Lo que dejó desprotegidos a algunos adquirentes de cosas, *a non domino*, pero amparados, en su *possessio* perdida, por la *bona fides* y una *iusta causa*.

Estas innovaciones procesales son el aspecto visible de una transformación conceptual de la máxima trascendencia jurídica. Fueron hitos históricos que destacaron el salto de un dominio relativo a la aceptación social de ser la *proprietas* un derecho objetivo absoluto. La labor del Pretor con la implantación de los procedimientos interdictales ha resaltado el enfoque jurídico de la defensa de la *possessio*, clarificando en la *praxis* procesal de los interdictos que la *possessio* es distinta del *dominium* o *proprietas*. Con esta eficaz defensa de la *possessio* mediante la implantación de los interdictos, se da un paso decisivo para la consolidación del concepto de *proprietas* absoluta. En aquellos momentos de profundo cambio en la mentalidad jurídica, producto de grandes cambios económicos y sociales, consistentes en las adjudicaciones del uso posesorio de tierras de dominio público, pudo apreciarse que la aparición de la institución de la *possessio* sirvió de cauce instrumental para alumbrar y consolidar el transcurso de una forma de tener los fundos y sus cosas, es decir, el *dominium*, caracterizado por su relatividad, por su fragilidad al necesitar perentoriamente el *usus auctoritas*, la ayuda procesal del *otor* o transmisor del poder sobre la cosa; carácter debilitado de un derecho que es trasladable, en el plano jurídico procesal, a la presentación en el juicio a ambos contendientes como iguales en derecho.

Desde luego, en el Derecho Romano arcaico existía el hecho de la *tenencia* del *uso* de una cosa, a cuyo puro hecho se añadía un *plus* o el *animus* de hacer suya la cosa. Es el *poder –die Gewalt-* que confiere la tenencia, el hecho de disponer del uso de la

cosa poseída. Una vez transcurridos los plazos legales, de uno o dos años en su caso – cosas muebles o inmuebles- siempre que esta *tenencia* esté adornada por la *bona fides*, se puede incluso pensar en el acceso a obtener, legalmente, el *dominium* del bien usucapido. Es la *possessio ad usucapionem*, que permite el acceso al *dominium*. El *dominium ex iure civile*.

Es muy difícil establecer cómo desde el *hecho* del *usus* de una *res*, en cuanto manifestación del *dominium*, se produjo el salto a que este hecho llegare a convertirse en un derecho. Una manera de tener la relación con la *res* de una forma distinta, rompiendo las barreras conceptuales del pasado. Es posible llegar a la conclusión de que ese sentimiento relacional de poder entre *civis-res* existía en todo caso. Al margen de la terminología *dominium* o *proprietas*, que nada añade al asunto, es lo cierto que la alteración, en el fondo, del cambio de concepto no significó en absoluto que el propietario fuese más dueño de la cosa, con un *plus* añadido. Seguía siendo soberano en sus poderes, en el marco de la funcionalidad de sus facultades. La relatividad del *dominium* no limitaba su *potestas*. En definitiva, la renovación conceptual vino dada por el hecho de que el *dominus*, fundado en la apariencia *prima facie* de su *potestas*, resolvió la cuestión añadiendo a su *usus* el carácter de exclusividad. Excluyendo de su relación con la cosa a cualquier otro *civis*. El *meum esse* ya solamente le podía invocar él. Y a su conjuro ya nadie le podía contradecir con un posible mejor derecho. No existía en la *proprietas* otro alegable mejor derecho.

Ahora se trata de atribuir la *proprietas* a quien justifique su derecho, de manera tal que quien sea un mero poseedor de ella, es constreñido a su inmediata entrega a su *dominus*, es decir, reintegrarla a su poder. El *iudex* identifica al poseedor demandado para comprobar la legitimación pasiva y verifica el derecho del actor que prueba ser dueño.

El informe al respecto de Ulpiano, quien tiene ya asumido el concepto de propiedad absoluta, avala esta opinión, señalando que la acción se puede ejercitar contra todos los que tienen una cosa y deben restituirla. Incluso Ulpiano²³⁰ llega a afirmar, en defensa del derecho de propiedad absoluta, que si se reivindicó un campo o terreno que fuera asignado a militares y se hubiera indemnizado al poseedor con una módica cantidad por mera consideración y, desde luego, el *miles* recibió y aceptó, tras

²³⁰ D. 6, 1, 15, 2: “*Item si forte ager fuit, qui petitus est, et militibus assignatus est modicus honoris gratia possessori dato, an hoc restitueret debeat? Et puto praestitutum*”.

interrogarse Ulpiano si debe restituirla, no vacila en modo alguno al informar que, en su opinión, debe restituirla. Ulpiano está contemplando un supuesto de propiedad de un terreno del *ager publicus* por un *miles*. El pago del precio y su aceptación equivale a un acuerdo de voluntades de las partes que produce plenos efectos, sin importar que la *possessio* del *ager publicus* proviniera de una cesión a un legionario emérito, llevada a cabo por una autoridad pública. La cesión de tierras a los legionarios jubilados por edad o condición física era frecuente, para facilitarles un medio de vida, por decisión de un general de la legión.

El vocablo *proprietas* toma carta de naturaleza en el siglo I d. C., aunque Cuesta Sáenz no desecha la posibilidad de la aceptación de sus aspectos técnicos cuando menos desde los tiempos tardíos de la República²³¹. En el fondo este cambio conceptual revolucionario vino respaldado por una serie de cambios normativos, impuestos éstos para responder a la nueva realidad.

Tales cambios fueron reflejados en el sistema procesal renovador de *agere per formulas*. No vamos a reiterar aquí la información al respecto contenida en las *Instituciones* de Gayo. Pero con rotundidad la *intentio* de la fórmula reivindicatoria señala que el objeto de la *litis* expresa que lo debatido es el derecho de propiedad del actor, con expreso olvido del examen de la comparación de los títulos para sentenciar la tenencia de un mejor derecho. Ya no hay un mejor derecho. Solo existe un excluyente derecho.

I. 4.- El Pretor, motor de cambios.

La figura de este Magistrado romano tiene el mérito de que, tras haber observado la realidad circundante, desde su *Imperium* tomó la responsabilidad de acometer con decisión la renovación legislativa ante el empuje de los hechos. Siempre buscó con sentido común el encaje del hecho en el Derecho. Cuantas soluciones impulsó desde su cargo, a través de su Edicto, buscaron un sentido de Justicia y equidad. El Derecho no precisaba de especial protección, pues ya estaba desde muy antiguo plenamente considerado. Pero las situaciones fácticas, digámoslo directamente, la *possessio*, estaba sometida al vaivén de la inseguridad jurídica que todo hecho lleva dentro de sí. Tal vez esta sea la razón que conteste a la pregunta retórica que formulara Ihering²³².

²³¹ Cuesta Sáenz, José María. *La acción Publiciana*, cit. pág. 55.

²³² Rudolph von Ihering. *La teoría de la posesión*, pág. 3. Reus. Madrid, 2004.

Seguidamente vamos a ver algunas de las innovaciones introducidas por el Pretor que afectan a la relación del *civis* con la *res*.

I. 4. 1.- La protección interdictal.

Señala Cuesta Saénz²³³ que el Derecho Romano contempló la evolución natural de deslindar los conceptos jurídicos de posesión y propiedad, como distintas maneras de relacionarse con las cosas. Como no podía ser de otra manera, la irrupción de la institución de la *possessio* como una concreta forma jurídica de tener unos bienes de *proprietas* soberana estatal, este hecho histórico tuvo su impacto procesal. Una vez más, esta incesante evolución se puede apreciar en las fuentes de la mano de las normas de procedimiento. En mi opinión, la ausencia del instituto de la *possessio* en el primitivo Derecho, permite deducir que tales instrumentos procesales no eran necesarios, por cuanto el *usus* era una institución de muy similares contornos a lo que más tarde sería la *possessio*. La publicidad del *usus* ofrecía a la vista de todos los contenidos jurídicos que adornaban al *dominium*, cuando un hecho histórico en el horizonte jurídico romano, con motivo de la cesión a particulares del *ager publicus*. Surgió la *possessio* como institución jurídica. Los remedios procesales primitivos del *dominium* consistentes en el ejercicio de la *vindicatio* y posteriormente en todo el contenido reivindicatorio que ofrece la *legis actio sacramento in rem*, eran soluciones procesales nacidas de la *lex*; y también en el ejercicio de la *condictio furti*, que permitía, como si de una acción penal se tratase, la recuperación de la cosa robada o, alternativamente, la percepción de su valor. Pero la irrupción de la *possessio* fue una novedad de incalculables consecuencias. El *possessor* no podía reivindicar su derecho de tenencia en la cosa al no ser *dominus* de la misma: no podía invocar el *ius civile*. Carecía de derecho a reclamar, si su situación fáctica se vio perjudicada, ante quien se lo arrebató.

Se ha pretendido ver el origen de las soluciones interdictales en la solución transitoria de la *legis actio sacramento in rem*, cuando el Magistrado asignaba provisionalmente la tenencia a uno de los litigantes el bien objeto de controversia procesal. Tal situación procesal provisional era merecedora de un afianzamiento que garantizase, en su caso, la recuperación de la cosa atribuida de forma provisional, así como de sus posibles frutos originados a favor de quien, durante la tramitación del proceso, hubiera sido privado de la tenencia de lo que el *iudex* declaró finalmente en

²³³ Cuesta Sáenz, José María. *La acción Publiciana*, pág. 43. Montecorvo. Madrid, 1984.

sentencia como suyo. En estos procesos civiles arcaicos romanos nos estamos moviendo en el ámbito de un derecho de propiedad relativa, donde el debate versaba sobre un mejor derecho a la cosa.

La corriente dominante es considerar la atención judicial conferida a los poseedores del *ager publicus*, el momento en que hace su aparición en la escena jurídica la protección interdictal. En todo caso, es imposible determinar en qué tiempo y contexto social ello aconteció, lo que lleva a Cuesta Sáenz a aventurar que bien pudo ocurrir entre finales del siglo III a. C., y las primeras décadas del siglo II a. C.²³⁴, criterio de temporalidad inicial de la aparición en Roma del concepto de propiedad absoluta, al decir de Max Kaser²³⁵, tiempos en que se produce la transición del concepto de la propiedad relativa a la propiedad absoluta.

Relaciona Kaser la fecha del nacimiento de usufructo, entorno a la primera mitad del siglo III a. C., derecho a los frutos que se renueva permanentemente de año en año, como un derecho del usufructuario que está asociado a un contenido limitado de la propiedad de los frutos obtenidos, cuyo contenido relativiza el concepto del *dominium*. Lo cual es compatible con la idea de un derecho relativo del *dominium*. El *dominus*, sobre el *ususfructus*, puede ejercer la *vindicatio* que versaría ante el *iudex* como un mejor derecho que su oponente para obtener el *dominium* sobre los frutos.

La cesión del *usus* posesorio del *ager publicus* aparece *prima facie* como solución de política social de un grave problema consistente en qué destino se diese al campo público, para posibilitar su puesta en explotación en beneficio de la ciudadanía romana, con la finalidad de aliviar un grave problema social, es decir, muchos ciudadanos carentes de tierra que trabajar y mucha tierra en manos del Estado. Eran bienes inmuebles de titularidad pública de Roma, y por tanto no susceptibles de dominio o propiedad privada. Eran bienes, originariamente y por su naturaleza de estar encuadrados en el dominio público romano, *extra commercium*. Cuando las apuntadas necesidades sociales de disponer de su tenencia, para la explotación, en manos particulares, mediante el instituto jurídico de la *possessio*, con la reserva para el Estado de la propiedad soberana, quedó sobre el tapete planteada la necesidad de dar una protección al usuario o poseedor de dichos fundos procedentes del *ager publicus*.

²³⁴ Cuesta Sáenz, José María. *La acción Publiciana*, cit. pág 45.

²³⁵ Max Kaser. *Eigentum und Besitz*, cit. pág. 20.

En el tiempo señalado, cuya exacta concreción no permiten la indeterminación de las fuentes, parece ser que se implanta la formulación procesal de la protección de la *possessio* mediante las soluciones interdictales. Ello implica unas consecuencias básicas en la conexión entre la *possessio* y el *dominium*. La realidad es que en ese tiempo histórico romano había más poseedores que propietarios. En mi opinión, la *possessio*, heredera del arcaico *usus*, se refuerza jurídicamente mediante una regulación protectora interdictal concreta, regulación de raíz romana, permaneciendo al mismo tiempo intacto el concepto del *dominium*. El lento camino de la mentalidad que transformó el *dominium* en *proprietatis* precisaba del profundo cambio que vendría dado por la exclusividad sobre la *res*. El poder sobre el lote asignado de *ager publicus* consistía en un *usus* posesorio del mismo a cambio del pago de una renta o canon anual al Censor, como garante de la recaudación de los derechos fiscales del Estado.

El siglo III a. C., ha significado para Roma la ruptura de los estrechos límites de la Ciudad-Estado, hechos que sobresaltaron a la sorprendida administración senatorial. Así, la toma de Tarento, cuya guerra al efecto fue declarada en 281 a. C., dio a la República romana una nueva dimensión marítima y provocó un grave conflicto bélico con Cartago en el curso del que poco faltó para que Roma fuera arrasada. Pero no sucedió así. En 366 a. C., Roma privó al consulado de las competencias judiciales, que confirió a los *Praetores*²³⁶. Y en 241 a. C., coincidiendo con la concesión a Sicilia del título de ser un territorio provincial, se creó la necesaria figura del *praetor peregrinus*²³⁷. Ello otorgó al sistema judicial romano el contacto con novedosas situaciones jurídicas con traducción, fundamentalmente, en el terreno procesal, pues produjeron un cambio jurídico profundo al que contribuyó en buena medida la incorporación del contenido del *Ius Gentium*. La labor del *praetor peregrinus* supuso el conocimiento de novedosas situaciones jurídicas al entablar el contacto problemas litigiosos entre ciudadanos romanos y no romanos o simplemente entre personas que carecían de la ciudadanía romana. Naturalmente, esto no tenía previsión legal alguna en el *ius civile*. Y al vetusto *ius civile* se comenzaron a incorporar soluciones jurídicas fundadas en un derecho general, común a todos, el *ius gentium*. Y lo que principió por la vía de hecho y consolidó en la práctica por vía consuetudinaria, se incorporó a la

²³⁶ Henri Pirenne. *Historia Universal*. Vol. I, pág. 222. Edit. Éxito. Barcelona, 1970.

²³⁷ De los Mozos Touya, José Javier. *Textos de Derecho Romano*, (Coordinador Domingo Oslé, Rafael), cit. pág. 489.

legislación a través de la *lex Aebutia*, año 130 a. C., y se plasmó en la *lex Iulia* cuya nominación nos lleva a pensar en la época histórica de Octavio Augusto.

Las innovaciones procedimentales no pararon ahí, pues la solemnidad oral que envolvía al proceso de las *leges actiones* fue siendo relevada por un derecho escriturado a través del sistema de *agere per formulas*. En el sistema formulario escrito, al lado de la protección a los derechos del *ius civile*, se solaparon las *actiones praetoriae*. Y no se detuvo ahí la revolución del derecho procesal romano, pues el Principado instituyó un nuevo proceso, el denominado *cognitio extra ordinem*, por cuya virtud el Poder asumía el control de la Justicia.

Y así, se observó, por la vía de los hechos constatados, que existía un derecho común a todos los pobladores del solar itálico y que el *ius civile* tenía un elemento diferencial que era el concepto de *dominium* romano, que no encajaba en los esquemas de estos pueblos vecinos itálicos. La protección interdictal es una solución jurídica a un problema jurídico derivado de los conflictos que generaban estas situaciones de hecho, la *possessio*, situaciones prácticas que no estaban previstas en el *ius civile*.

La forma de tener la tierra del *ager publicus*, como solución a un problema social, y la irrupción de los interdictos como medidas protectoras de esta *possessio*, es anterior a la aparición de la nueva concepción del *dominium*, la *proprietas*, como derecho absoluto. El poseedor no es propietario con el sentido y contenido del *ius civile*.

Justo es afirmar que la figura del pretor actualizó el *ius civile*, pues la sencillez procesal de este procedimiento administrativo, el remedio interdictal, sumario y rápido, le hizo merecedor de un prometedor futuro. El Pretor fue tejiendo una nueva manera de enfocar la aplicación de la legislación. La Magistratura del Pretor fue acuñando un derecho procesal renovador, una constante manera de aplicar las leyes, conforme con cuanto hubiera prometido en su Edicto. El Pretor tutela y vigila la administración de Justicia, pero es el *iudex* quien, en asuntos privativos del *ius civile*, dictará las sentencias, al menos temporalmente hasta la plena consolidación del régimen político del Principado que inaugurara Augusto. Era el *ius honorarium* basado en las directrices emanadas del *imperium* del Pretor y aplicadas por los jueces. Muchas veces los Edictos del Pretor fueron objeto de atinados comentarios y reflexiones de los jurisprudentes, cuya labor funcional en la creación evolutiva del Derecho se vio

reflejada en el Edicto, matizándole. La tutela doctrinal de la *Jurisprudentia* sobrevolaba vigilante en torno a la labor renovadora del Pretor.

La *lex Aelia Sentia* contiene una serie de matices en la conexión de las instituciones de familia y *status civitatis*, en relación con el paso del tiempo, plazo de un año, que nos permite poder pensar en la situación posesoria del *status civitatis*, o al menos en una situación de expectativa de derecho a alcanzar la ciudadanía romana, una vez transcurrido el año, como si de una adquisición prescriptiva se tratara, pasando de una posesión o expectativa de adquisición, a una plena propiedad del *status* de *cives romanus*. Esta idea sobre el mismo contenido reaparecerá en el Derecho Hispánico Medieval, y también en el Derecho Franco, pues al convivir un año y un día en una villa o *civitas* sin ningún rechazo social, ese hombre quedaba adscrito al derecho que regía en tal entorno urbano.

En cuanto a la *possessio* y el *dominium*, resulta evidente que, en relación con ambas, tanto la *usucapio* como los interdictos están contemplando situaciones posesorias dignas de protección; aquélla, como una forma de acceso al *dominium*; éstos, como un expediente procesal para la protección. La *usucapio* en una manera de acceder a la condición de propietario *ex iure Quiritium*, con la autoridad legal que otorga el paso de tiempo legalmente establecido, de forma ininterrumpida y sin reclamación alguna. Los interdictos son soluciones que protegen tanto a quien, siendo dueño de un bien, no lo es conforme regula y establece *ex iure Quiritium* por la carencia de requisitos formales en la adquisición, o por recaer la *possessio* sobre el *ager publicus*. La situación posesoria, además de ser un mero hecho, también está protegida por la ley. Como consecuencia de la implantación de los interdictos, se convierte en un derecho, derecho a ser protegido por el Pretor ante cualquier intrusión de un tercero o para su recuperación.

Cuando versa sobre bienes de dominio privado, la posesión es una especie de tenencia de un dominio degradado, provisional, una mera relación fáctica, y cuya finalidad práctica es posibilitar su conversión en propiedad, posibilidad transformadora que depende de la libérrima decisión de un poseedor, aunque pueda pensarse en la existencia de *civis* que solamente aspirase a ser mero poseedor.

La *vindicatio* es la más antigua y amplia defensa del *dominium*, y en tanto que se defiende el *dominium*, también queda protegida la tenencia de las cosas, que es la

visible apariencia del dominio. Es cierto que ambos institutos, el *dominium* desde tiempo inmemorial, y la *possessio*, desde su posterior aparición histórica, gozan de protección jurídica con un ordenado encuadre sistemático en el ordenamiento jurídico. Lo característico es que la situación posesoria viene sometida a los vaivenes jurídicos de ser una mera provisionalidad, heredera del arcaico *usus*, y que tuvo acceso al *ius civile* dado que el *dominus* también era un *possessor* de su cosa.

La posesión es vista como la manifestación más patente de la propiedad²³⁸. El propietario tiene la posesión, pero no siempre el poseedor es dueño. Tampoco el dueño muchas veces es el poseedor. Estas dudas fueron padecidas por la *Jurisprudencia*. Así Ulpiano²³⁹ intenta describir unos hechos partiendo de una explicación filológica. Señala que el vocablo “*habere*”, es decir *tener*, contiene varias aplicaciones: una, para manifestar la posición del dueño de la cosa, y la segunda, para quien no es dueño pero tiene la cosa; y añade una tercera posición que es la del depositario que la tiene en su poder en tal calidad.

Dudas doctrinales, situadas en el terreno fronterizo de los hechos y el derecho, que asaltan también a Paulo²⁴⁰ cuando afirma que el hecho de tener se dice de dos modos: uno, con derecho de dominio; y otro, obtener sin oposición lo que un tercero hubiere comprado. Abiertamente este jurisconsulto está reconociendo las dos formas, ambas plenamente jurídicas, de tener las cosas, es decir, ya en dominio, ya en mera tenencia o posesión. Por otra parte, el mismo citado jurisprudente, Ulpiano, en sus Comentarios al Edicto, vuelve a insistir en el entendimiento del vocablo “*habere*”. Trata de este tema en relación con la prohibición de hacer alguna cosa en lugar o camino público. Recoge una parte del Edicto que comenta, cuando afirma el Pretor²⁴¹ que se restituirá a su anterior estado lo que se haya hecho o introducido en vía o camino público, si esta vía o camino se perjudica o se deteriora. No se obliga a restituir al anterior estado cuando tal beneficio al camino ha sido introducido. Sobre esta prohibición se pronunció

²³⁸ Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, común y foral*. Tomo II, vol. I, pág. 441. Reus. Madrid, 1964. Aventura este destacado jurista que en las sociedades primitivas, posesión y propiedad eran lo mismo.

²³⁹ D. 45, 1, 38, 9: “*Habere dupliciter accipitur; nam et eum habere dicimus, qui rei dominus est, et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet; denique habere rem apud nos depositam solemus dicere*”.

²⁴⁰ D. 50, 16, 188, pr. “*Habere duobus modis dicitur, altero iure dominii, altero, obtinere sine interpellatione id, quod quis emerit*”.

²⁴¹ D. 43, 8, 2, 35: “*Praetor ait: QUOD IN VIA PUBLICA ITINEREVE PUBLICO FACTUM, IMMISSUM HABES, QUO EA VIA, IDVE ITER DETERIUS SIT, FIAT, RESTITUAS*”.

Paulo²⁴² comentando el Edicto, cuando recoge el criterio del Pretor de su prohibición de edificar en lugar público, proponiendo al efecto de corregir tal exceso, la interposición de un interdicto. Quien propuso el uso del remedio interdictal fue el Pretor. Para estos supuestos Ulpiano propone que el interdicto sea interpuesto no frente a quien llevó a cabo la obra, sino frente a quien la tiene de hecho, porque si uno lo hizo y otro lo tiene, ello es más útil pues está obligado a la restitución quien tiene lo hecho porque es quien de hecho, de ello, se beneficia. Y seguidamente Ulpiano²⁴³ teoriza argumentando el significado del vocablo “*habere*”. En efecto, señala que lo tiene quien lo usa o lo disfruta por derecho de posesión, bien si él mismo hizo la obra perjudicial para lo público, bien si ello fue adquirido por causa de compra o por arrendamiento o por legado o herencia, bien de cualquier otro modo.

El pensamiento de Ulpiano viene condicionado por la idea de que sobre el dominio público no cabe imponer un *dominium* de derecho privado. Es la protección o salvaguarda del bien público. De ahí que lo más que le otorga a quien lo usa o disfruta es un derecho de posesión. Coherentemente con la idea del Pretor de conceder un interdicto para atacar esta obra en lo público y su estado de posesión de la misma, a través del uso, tal arma procesal tiene un doble filo pues la prohibición de hacer obra conlleva un interdicto prohibitorio; y la obligación de reponerlo a su estado anterior, viene protegida mediante un interdicto restitutorio²⁴⁴.

En el Código de Justiniano se refiere una cuestión que enlaza de forma directa la protección de ambas instituciones, propiedad y posesión. Aunque cuando Justiniano afronta estos problemas relativos a ambas instituciones jurídicas, no puede omitir la realidad de una evolución del Derecho Romano Clásico hacia el Derecho Romano Vulgar, con la pérdida del rigor técnico que impusiera la *Jurisprudentia*, es significativo que al hablar de los interdictos, el Emperador, que dispuso compilar el Derecho Romano, no tenga dificultad alguna para admitir que los juicios sobre la propiedad y la posesión puedan ser examinados por el *iudex* de forma conjunta, pero

²⁴² D. 43, 8, 1: “*In loco publico Praetor prohibet aedificare, et interdictum proponit*”.

²⁴³ D. 43, 8, 2, 38: “*Habere eum dicimus, qui utitur, et iure possessionis fruitur, sive ipse opus fecit, sive ex causa emtionis vel conductionis, vel legato, vel hereditate, vel quo alio modo adquisiit*”.

²⁴⁴ D. 43, 8, 2, 36: “*Hoc interdictum ex eadem causa proficiscitur, ex qua et superius, et tantum interest, quod hoc restitutorium, illud prohibitorium est*”.

en dos actos procesales distintos, decidiendo –dice Justiniano²⁴⁵ - primero con las acciones competentes a la cuestión de la posesión, para, en función de lo resuelto en el litigio sobre la posesión, al enfrentarse con el debate procesal sobre el dominio, se exija que la carga de la prueba sobre el dominio recaiga sobre quien fuera vencido en la cuestión de la adjudicación de la posesión. Así se refiere al recoger una disposición de los años 293-304, emitida por Diocleciano y Maximiano, es decir, cuando se está en presencia de la influencia de la Vulgarización del Derecho Romano. Estamos, pues, ante una situación procedimental que permite la acumulación en un único litigio en que se ventila la decisión, por este orden, sobre la posesión y la propiedad.

Es cierto que Diocleciano distingue ambas instituciones al menos en su concepción jurídica. Pero desde el plano procesal, que Justiniano hace suyo, son razones de economía procesal las que permiten la acumulación de ambas cuestiones. Además, porque en una primera fase de la *litis* se decide sobre la posesión. Y, resuelta ésta, se produce una inversión de la carga de la prueba, del *onus probandi*, pues el vencido en la fase que decide sobre la puesta a disposición de la posesión, debe probar su dominio sobre el bien litigioso. Seguidamente, en la resolución de Diocleciano y Maximiano, se señala que la cuestión posesoria debe decidirse primero examinando primero las acciones competentes a la cuestión posesoria.

Prueba de que se ha perdido técnica jurídica, y ello es advertido por Diocleciano cuando manifiesta que, aunque los interdictos no se pueden ventilar en los procesos *extra ordinem*, sino en unos procesos sumarios, sin embargo la cuestión posesoria se tramita a la manera de aquéllos. Es decir, se entrelazan soluciones procesales, acumulando no solo las acciones de posesión y propiedad, sino que el proceso *cognitio extra ordinem* es el cauce procesal para ventilar la cuestión posesoria. Tramitarse un interdicto posesorio a la manera de la *cognitio extra ordinem* plantea problemas de concepto, lo que evidencia una evolución, pues en el Derecho Clásico el interdicto no era una *actio*, sino una decisión sumaria de naturaleza administrativa dictada por el Magistrado para combatir una situación de conflicto o perturbación de índole social, pues en el fondo la función del Magistrado buscaba procurar la paz social.

²⁴⁵ Justiniano. *Codex*. 8, 1, 3: “*Incerti iuris non est, orta proprietatis et possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus, ut ex hoc ordine facto de dominio disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur: Interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur*”.

Cuando Diocleciano resuelve la cuestión procesal en la forma y manera que hemos referido, y, desde luego, cuando Justiniano lo hace suyo, el origen histórico de todo ello es un pasado lejano. Dan por supuesto que el hecho posesorio existe, en todo caso, como un derecho, cuando lo cierto es que bien pudiera ser que ninguno de los contendientes en la *litis* pudiera probar una posesión legítima exenta de acto violento en origen. Pero aunque la cuestión posesoria pudiera quedar sin respuesta del Magistrado, habiendo sido ejercitada una *actio reivindicatoria* para ventilar la *proprietas*, en este supuesto, el *onus probandi* tenía que recaer en ambos litigantes. En todo caso, del texto que venimos comentando, se deduce una conexión estrecha entre la *proprietas* y la *possessio*.

El hecho de que a la cuestión litigiosa, que versa sobre la *possessio*, se le dé el tratamiento procesal del proceso de la *cognitio extra ordinem*, significa que el legislador no la considera como una situación de mero hecho, sino un instituto jurídico merecedor del mismo o similar tratamiento procesal que a la *proprietas*. Y el hecho de que, al considerado como poseedor, se le libere de la carga de la prueba, significa un trato de favor procesal con respecto a quien bien pudiera ser y resultar un legítimo propietario.

Estas novedades procesales se aprecian también en 406, en virtud de ley dictada por los Emperadores Arcadio y Honorio²⁴⁶, cuando exigen que quienes pretendiesen cualquier interdicto, una vez desaparecidas las antiguas interlocuciones, deben exponer su acción y hacer alegaciones desde el momento inicial en que al asunto llega a manos de la autoridad judicial. Es tanto como decir que la tramitación de los interdictos se basa en el ejercicio de una acción y que el proceso es de naturaleza civil, no administrativa. Sin embargo, en otro rescripto²⁴⁷ de 395, estos mismos Emperadores señalan que en el caso de *possessio momentariae*, aun sin el empleo de la violencia, el interdicto posesorio merece ser acogido aun sin la presentación de escrito de demanda. La expresión *possessio momentariae* derivó, con posterioridad, para designar a la *possessio* como *momentum*.

²⁴⁶ Justiniano. *Codex*. 8, 1, 4: “*Si quis quodlibet interdictum afflagitet, ruptis veteribus ambagibus inter ipsa cognitionum auspicia actionem exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere*”.

²⁴⁷ Justiniano. *Codex*. 8, 4, 8: “*Momentariae possessionis interdictum, quos non Semper ad vim publicam pertinet vel provatam, mox audire, interdictum etiam sine inscriptione, meretur*”.

La evolución de la tramitación del proceso interdictal que en la época Clásica es sumario y de naturaleza administrativa y sin apelación alguna, evolución que evidencia un cambio en la forma en que tramita la causa sobre la posesión momentánea, puede apreciarse en un rescripto de los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio²⁴⁸, fechado a 386, en el que se habla de que en el supuesto de que, aunque contra el fallo se hubiere interpuesto apelación, la sentencia recaída en la materia posesoria es ejecutiva. Propugnan estos Emperadores que debe reformarse la posesión, aunque no indican en qué sentido, pero debiendo reservarse íntegra toda la cuestión de la propiedad.

Dado que las cosas que no pertenecen a una persona, de forma indefectible tienen que pertenecer a otra, argumenta el Emperador Justiniano²⁴⁹ para resolver un supuesto en que, sin licencia judicial era detentada, ante la vacía posesión de ausentes, una propiedad, no precediendo la ocupación de la misma por violencia, ante lo cual no eran de aplicación ni el interdicto de *Unde vi*, ni el de *Quod vi aut clam*, sino que el dueño legítimo solo disponía de una acción reivindicatoria real, dispone Justiniano que en tales casos el ocupante sea reputado ladrón. El Emperador dispone que el legítimo propietario disponga de cuantas acciones sirvan para recuperar la posesión, salvo que hubiere transcurrido el plazo de treinta años desde el día en que fue detentada la posesión. En suma, el legítimo propietario en tales casos puede reclamar la posesión, excepto cuando en la ocupación o detentación de propiedad ajena hubiere transcurrido más ese plazo de treinta años, que era suficiente para que el mero detentador adquiriera el dominio de la misma, por prescripción. En ese hecho, a los treinta años dejaba de ser un ladrón para ser tenido en el concepto de respetable propietario.

La labor creadora de la *Jurisprudencia* se evidencia también en esta materia de defensa de la posesión, a través de los interdictos del Pretor. Son innumerables las referencias contenidas en el Digesto sobre esta materia. Así, Ulpiano²⁵⁰ al comentar el Edicto recoge de forma literal una disposición del Edicto sobre el “*uti possidetis*”. La

²⁴⁸ Justiniano. *Codex*. 69, 1: “*Quum de possessione et ius momento causa dicatur, etsi appellatio interpósita fuerit, tamen lata sententia sortiatum effectum. Ita tamen possessionis reformationem fieri oportet, ut integra omnis proprietatis causa servetur*”.

²⁴⁹ Justiniano. *Codex*., 8, 4, 11: “*...His videlicet, quae super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserunt curricula*”.

²⁵⁰ D. 43, 17, 1: “*Ait Praetor: uti eas Aedes quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. De clacis hoc interdictum non dabo; neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam*”.

preocupación del Magistrado es impedir el ejercicio de la violencia, la clandestinidad o el precario como mecanismo para adquirir la posesión. Y cita *ad exemplum* la advertencia de que no dará este interdicto respecto de las cloacas, las cuales por su naturaleza están bajo tierra, ocultas a la vista humana, por más que se reclamare dentro del año, desde el primer momento en que haya posibilidad de ejercer la acción. Añade Ulpiano²⁵¹ que este interdicto –el *uti possidetis*– fue escrito respecto del poseedor del suelo a quien el Pretor tenía como preferente en la posesión. Sigue exponiendo Ulpiano que la causa que motivó la implantación de este interdicto es la necesidad, para su concesión, que la posesión y la propiedad deben de estar separadas, que debe entender estar en distintas manos; puede suceder, matiza Ulpiano, que uno sea el poseedor y no sea el dueño; que otro sea dueño pero no sea poseedor; y puede suceder que coincida el poseedor y el dueño.

Con mayor rigor técnico que el empleado por Diocleciano y Maximiano, e incluso que Justiniano, como ya hemos referenciado antes, Ulpiano estudia el supuesto consistente en una *actio reivindicatoria* sobre la propiedad de un fundo; como requisito previo de procedibilidad, los litigantes han de ponerse de acuerdo sobre quién sea el poseedor, que pasará a ser el demandado en la *litis* relativa a la determinación de la atribución de la *proprietas*. Quien no posea, es el que toma la posición procesal de demandante, y a él le incumbirá la carga de la prueba. Como se puede apreciar la situación a efectos de la determinación de quién sea el propietario, es muy distinta según se esté o no en el ejercicio de la posesión. La diferencia de procedimientos con respecto a cómo estaba la cuestión desde los tiempos de Diocleciano, es que en el Derecho Romano Clásico, no cabía la acumulación de acciones y no cabía la posibilidad de que el *iudex* viera la *litis* en un proceso único, mientras que desde Diocleciano, se acumulaban las acciones y se ventilaba en el *extra ordinem*, ante un Magistrado. En época Clásica, señala Ulpiano, si las mismas partes no se ponían de acuerdo sobre quién era el poseedor de mejor derecho, si fuere el objeto litigioso un inmueble, las partes serán remitidas al interdicto *Uti possidetis*.

²⁵¹ D. 43, 17, 1, 1: “*Hoc interdicto de soli possessore scriptum est, quem Praetor in soli possessione habebat*”. Y 43, 17, 1, 2: “*Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fueri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit*”.

Ulpiano²⁵², al comentar el Edicto, señala como condiciones inherentes con carácter permanente al interdicto *Uti possidetis*, el hecho de ser una situación de hecho propia de quien ejerce la posesión, carente de violencia, clandestinidad y de precariedad. El mismo citado *jurisprudente* señala la razón²⁵³ de que este interdicto ampare al poseedor, ya que no se le da la acción de manera espontánea, pues es suficiente el hecho de poseer. Por su parte, Paulo²⁵⁴ en su comentario al Edicto, pone de manifiesto que quien posee tiene más derecho que el que no posee.

Es suficiente referenciar estas notas sobre la importancia de la labor creativa de los creadores del Derecho, a través de lo que ha sido denominada *Jurisprudentia*. Aunque sea limitada al interdicto *Uti possidetis*, justo es señalar que esta labor creativa se extendió a la totalidad de los interdictos. Todo ello no obstante, no impidió la labor creadora y expansiva del Pretor en materia de protección de derechos justos.

I. 4. 2.- La *bonorum possessio*.

El concepto de la *proprietas* romana sufrió una evolución en la que no es ajena la labor del Pretor. Gracias a la labor del derecho honorario, elaborado por el Pretor, extramuros del *dominium ex iure Quiritium* romano, surgió otro tipo de propiedad romana, llamada *propiedad pretoria*. También al lado de la *hereditas*, propia del derecho sucesorio romano, de su *ius civile*, surge la figura o institución paralela consistente en el *bonorum possessio*.

Según Fritz Schulz²⁵⁵ la propiedad *pretoria* tuvo menor desarrollo que la *bonorum possessio* por cuanto tuvo un carácter transitorio al ser un puente con la propiedad *ex iure Quiritium*, en que aquélla se convertía en ésta mediante la usucapión. De ahí que solo se vieran afectados por ella los ciudadanos romanos, tanto en lo relativo a la propiedad pretoria como a la *bonorum possessio*. La propiedad *pretoria*, que era protegida por el Pretor, en su cualidad de bienes inmuebles, solo era aplicada a los *fundi Italici*. Los juristas clásicos designaban a la propiedad pretoria como *in bonis esse o in*

²⁵² D. 43, 17, 1, 5: “*Perpetuo autem huic interdicto insunt haec: quod nec vi, nec clam, nec precario ab illo possides*”.

²⁵³ D. 43, 17, 1, 6: “*Interdictum autem possessorem praedii tuetur, quod est Uti possidetis; actio enim nunquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei, quod possideat*”.

²⁵⁴ D. 43, 17, 2: “*Iusta enim, an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualisquaque enim possessor hoc ipso, quos possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet*”.

²⁵⁵ Fritz Schulz. *Derecho Romano Clásico*, pág. 327. Bosch. Barcelona, 1960.

bonis habere, nunca como *dominium*, aunque llevado por su afán docente Gayo²⁵⁶ habla de dos clases de *dominium*, el civil *ex iure Quiritium* y el *bonitario* o *in bonis*, y en otro lugar²⁵⁷, vuelve a insistir en la expresión *dominium*.

En este último, Gayo nos da una interesante pista, al señalar que entre los extranjeros, los peregrinos, en sus derechos dominicales, solamente hay una clase de propiedad²⁵⁸: o son *dominus* o no lo son; posteriormente en la propiedad romana se estableció una división²⁵⁹, de modo que un *civis* puede ser dueño conforme al civil y otro *civis* obtener la propiedad *bonitaria* o *pretoria*. Dado el conservadurismo que caracteriza la sensibilidad jurídica del pueblo romano, permanecían ambas formas de propiedad, recordando la diversidad de su origen, que no en cuanto a sus contenidos jurídicos. Gayo señala que, entregada una cosa *mancipi* sin formalidades legales, es recibida bajo la forma de una propiedad bonitaria, no la civil²⁶⁰. Transcurrido el plazo posesorio legal, le ampara la condición de *dominus ex iure Quiritium*. Vuelve Gayo a recordar los plazos para usucapir de un año, para cosas muebles, y de dos años, para inmuebles, a manera de lo regulado por las XII Tablas. En efecto, esta legislación tabular reservaba estos plazos legales para el ejercicio de la *actio auctoritas* como garantía transmisiva mediante la protección procesal. El comprador adquiría el *dominium* al recibir la cosa y pagar el precio en la *mancipatio*, sin necesidad de esperar uno o dos años en su caso. Necesitaba de tales indicados plazos para garantizar su *dominium*, caso de verse inquietado por un tercero, en tanto en cuanto no transcurriesen los mismos, pues pasados éstos, ya nadie podía interpellarle sobre la *res*, excepto si la tenencia de la misma procediese de un *furtum*.

También recoge Gayo²⁶¹ la idea de que no cabe aplicar la institución de la *usucapio* a los fundos provinciales. Están bajo la administración del Senado. Son fundos públicos, es dominio público, y expresión patente de la soberanía romana. Es el *ager*

²⁵⁶ Gayo. *Instituciones*, 1, 54: "...cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure)..."

²⁵⁷ Gayo. *Instituciones*, 2, 40: "...sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere."

²⁵⁸ Gayo. *Instituciones*, 2, 40: "nam aut dominus quisque es, aut dominus non intellegitur, quo iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegatur dominus".

²⁵⁹ "Ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere".

²⁶⁰ Gayo. *Instituciones*, 2, 41: "Nam si tibi rem mancipi neque manquipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucupias: semel enim inpleta usupacionem proinde pleno iure incipit, it es et in bonis et ex iure Quiritium tue res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset".

²⁶¹ Gayo. *Instituciones*, 2, 46: "Item provincialia praedia usucapionem non recipiunt".

publicus. Aquí aparecen unas ideas básicas a destacar. Precisamente por ser dominio público no cabe usucapir para adquirir un dominio sobre tales fundos que por su origen está vedado. Lo más que sobre tales fundos cabe es una *tenencia* caracterizada por una *possessio* plenamente garantizada por la ley y por el Pretor, siempre que el titular poseedor cumpla con la obligación del pago del censo o renta fijada por el titular de dicha propiedad soberana. Y la segunda idea de gran impacto cultural es que la irrupción del concepto de *possessio* sobre tales fundos hará surgir el concepto de que, junto a esas novedosas formas de tener en *dominium* posesorio o *de facto* fundos de propiedad estatal, los fundos de derecho privado, *ex iure Quiritium*, de ancestral origen y primigeniamente romano, el concepto de poder sobre tales fundos se eleva a la categoría de propiedad absoluta, pues el poseedor goza de la presunción *prima facie* de la exclusividad de su *potestas* sobre su *res*. En estas *litis* en que el dominus reclama su *res* ya solamente él pronuncia el *meum esse*. Y el resultado, tras la práctica de las pruebas, es que el tenedor o poseedor de esa cosa, debe inmediatamente devolver a su dueño lo que es de él y de nadie más.

Aquí no cabe discusión alguna: es *proprietas* a todos los efectos, exenta del pago de renta o canon y sobre tal *proprietas* sobrevuela el divino halo de un derecho soberano. A finales del siglo III d. C., bajo Diocleciano, han perdido vigencia tanto la *mancipatio* como la *in iure cessio*, lo que conlleva la pérdida de la inmunidad de los fundos Itálicos, y por ello quedan desaparecidas las fronteras entre la propiedad *ex iure Quiritium* y la propiedad provincial. Justiniano, en el primer tercio del siglo VI, formalizó la desaparición.

Gayo²⁶² analiza una sutileza jurídica, que conllevará consecuencias futuras. Parte Gayo de la idea de que quien es consciente de poseer cosa ajena, puede llegar a usucapirla. Quien posee una cosa integrada en una masa hereditaria, sin que el *heres* hubiere tomado la posesión de la misma, si ésta fuere susceptible de ser usucapida: es el caso de posesión y usucapición *pro herede vocatur*, a título de heredero. En este caso algunos bienes inmuebles son susceptibles de ser usucapidos por el transcurso de un año, *anno usucapiantur*. El argumento utilizado para la justificación de la usucapición de un

²⁶² Gayo. *Instituciones*, 2, 52: *Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, velut si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit; nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem, quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur*". Y 2, 53: "*Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res, quae solo continentur, anno usucapiantur*".

año de este tipo de bienes, es que en la herencia se entendían incluidas las “*ceteras vero anno: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse*”, -la demás cosas en verdad en un año: por consiguiente la heredad parecía estar en las demás cosas-²⁶³. Se ha dado como razón de ello la conveniencia de la exigencia de no dejar bienes vacantes; o la necesidad de no dejar improductivas tierras. El año es el plazo agrario de las cosechas, en una economía agraria. El derecho siempre ha seguido de cerca la realidad económica.

No obstante ello, ya en el primer tercio del siglo VI, Justiniano²⁶⁴ dictó una constitución por la cual alteró el plazo de las usucapiones y estableció las posesiones de largo tiempo, modificando la normativa del *ius civile* sobre el particular. Pareció al Emperador que no era justo que los dueños fueran despojados de su dominio en tiempo tan breve y por ello promulgó una constitución ampliando el plazo de *usucapio* de tres años para los bienes muebles y para los inmuebles por el plazo de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, plazos que impuso vigentes en todo el Imperio. Eran requisitos para usucapir, con una justa causa y el plazo legal, desde la posesión. Por supuesto, porque Justiniano tenía conciencia de que el Imperio ya no era lo que hubiera sido en el pasado, pese a sus intentos de reconstruirlo territorialmente, limita la vigencia de los nuevos plazos prescriptivos a los territorios integrados en su Imperio y en que virtud de su soberanía, gobierna.

La *bonorum possessio* es una institución romana, emanada de la actividad del Pretor, que conforma el acceso a la propiedad de los bienes integrados en una masa hereditaria. Se trata de una especie de propiedad. El *successor mortis causa ex iure praetorio* es una persona a quien el Pretor otorga, a través de la *successio iuris praetorii*, los bienes integrados en una masa hereditaria. Cuando este *possessor* pone la herencia dentro de su poder efectivo, adquiere la *possessio rei* como consecuencia de la aplicación del Edicto del Pretor. Es este *possessor* semejante al *heres*, pero lo es únicamente conforme al *iure praetorio*. El Pretor podía otorgar la *bonorum possessio* a un *heres* quien, en este

²⁶³ Gayo. *Instituciones*, 2, 54: “*Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno...tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit*”.

²⁶⁴ Justiniano. *Instituciones*, 2, 6, pr.: “*...nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc promulgavimus. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per trienium, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est inter praesentes decenio, inter absentes viginti annis) usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed in omne terra. Quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum, iusta causa possessionis praecedentes, acquitantur*”.

supuesto, disponía de las garantías del derecho pretorio además de las del *ius civile*. Podía, también, el Pretor conceder la *bonorum possessio* a una persona que no es *heres*. En tal supuesto, si no existía la designación de la figura de *heres* en la sucesión hereditaria por vía testamentaria, no surgía problema alguno. La cuestión se complicaba cuando un *heres* designado en el testamento, podía encontrarse con la situación de que el Pretor concedía la *bonorum possessio* a un *civis* distinto. En efecto, tal situación podía tomar carta de naturaleza cuando el Pretor fijaba en su Edicto que otorgaba la *bonorum possessio* a los *liberi* o hijos, a quienes el testador no hubiere instituido herederos o los hubiere desheredado. Remozando el *ius civile*, estos bienes hereditarios que el Pretor ponía en manos de un *civis* a quien el *ius civile* no consideraba *heres*. Este beneficiado por la decisión del Pretor era un *possessor* protegido por el interdicto *quorum bonorum* como recoge Gayo²⁶⁵. Este interdicto posesorio le garantizaba la posesión o tenencia en tanto en cuanto mediante la *usucapio* accedía a la condición de *dominus ex iure civile*.

Esta propiedad, la *bonorum possessio*, aparece a finales de la República, en el Edicto del Pretor, inspirado en un principio general del derecho consistente en conservar para los hijos del testador el derecho a su herencia. Este Magistrado procuró proteger situaciones de hecho necesitadas de justicia y equidad.

Al comentar el Edicto del Pretor, Paulo²⁶⁶ señala el supuesto de que cuando el Pretor prometa al patrono la posesión de cierta parte de los bienes del caudal hereditario de su liberto, contra lo dispuesto en el testamento en el testamento de éste, y al *heres*, instituido por el cauce testamentario, la otra parte de dichos bienes, conviene que no haya derecho de acrecer; así pues, no pidiéndola el heredero instituido con arreglo al testamento, el Pretor promete al patrono expresamente la posesión de la otra parte de los bienes, por cuanto los demás que disponen del derecho de acrecer, deben aceptar de una sola vez la posesión de los bienes. Ya en la legislación tabular se acogía el principio “*ex*

²⁶⁵ Gayo. *Institutiones*, 4, 144: “*Adipiscendae possessionis causa interdictum acomodatur bonorum possessori, cuius principium est QUORUM BONORUM: eiusque vis et potestashaec est, ut quod quisque bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideret . id ei. Cui bonorum possessio data est, restituitur, pro herede autem possedere videtur tam is, qui heres est, quam is, qui putatse heredem esse; pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet...*”.

²⁶⁶ D. 37, 1, 6: “*Sed quum patrono quidem contra tabulas certae partis bonorum possessionem Praetor polliceatur, scripto autem heredi secundum tabulas alterius partis, convenit, non esse ius accrescendi; igitur non petente scripto secundum tabulas, alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur, quum ceteri, quibus accrescendi ius est, semel debent agnoscere bonorum possessionem*”.

ea familia, in eam familiam”²⁶⁷, lejano precedente del principio del derecho de troncalidad.

Explica seguidamente Paulo las diversas clases de los beneficios que conlleva la *bonorum possessio* que confiere el Pretor. Unas veces se otorgan dichos bienes en conformidad y, otras, contra la voluntad del causante; también en los supuestos de *ab intestato*, a quienes el Pretor estima con legítimo derecho, o a quienes carecen de la legitimidad del derecho por causa de la disminución de la cabeza –*capitis diminutio*– que es la pérdida de la capacidad jurídica o de obrar válidamente conforme al *ius civile*. Justifica Paulo la decisión del Pretor en otorgar la *bonorum possessio* aduciendo la razón de que, aunque faltaren los hijos, por la pérdida de la legitimación mediante la *capitis diminutio*, no por ello dejan de ser herederos suyos aplicando al efecto razones de equidad. Aquí vemos un caso de aplicación de la *aequitas* que, elaborada por la *Jurisprudencia*, es acogida por el Pretor²⁶⁸ para conceder la *bonorum possessio*, rectificando unos efectos que el Pretor estimaba perjudiciales si se aplicara con todo su rigor el *ius civile*. Añade Paulo la explicación de que concede el Pretor la posesión de los bienes, en base a la defensa de las leyes.

La *bonorum possessio* puede ser conferida contra las disposiciones testamentarias. Señala Ulpiano²⁶⁹ que procede acoger los derechos de los hijos del causante, ya naturales ya adoptivos, si los mismos no fueron ni instituidos herederos ni desheredados. Identifica el derecho conferido por el Pretor, contra lo dispuesto en el testamento, con el mismo derecho y por el mismo orden que, conforme el derecho civil, son llamados a la sucesión. Añade el mismo citado jurisprudente que esta cláusula²⁷⁰ debe aplicarse también a los hijos póstumos. Para el supuesto de que, aplicando el derecho de *postliminio*, los hijos volvieren a casa tras permanecer un tiempo en manos del enemigo, recuperando la libertad, Ulpiano recoge una opinión de Pomponio en el

²⁶⁷ Ley de las XII Tablas, Tabla V, ley 8.

²⁶⁸ D. 37, 1, 6, 1: “*Bonorum possessionis beneficium multiplex est; nam quaedam bonorum possessionem competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, necnon ab intestato habentibus ius legitimum, vel non habentibus propter capitis deminutionem. Quamvis enim iure civil deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem Praetor. Legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem*”.

²⁶⁹ D. 37, 4, 1: “*In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus, sive naturales, sive adoptivos, si neque instituti, neque exhereditate sunt*”. Digesto, 37, 4, 1, 1: “*Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessione liberi eo iure, eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex iure civile*”.

²⁷⁰ D. 37, 4, 1, 2: “*Haec autem clausula etiam ad postumos videtur pertinere*”.

sentido de que dichos hijos deben ser admitidos en la *bonorum possessio* contra lo dispuesto en el testamento. En otro pasaje del Digesto, se recoge una opinión de Paulo²⁷¹, con motivo de unos comentarios al Edicto, examinando el siguiente supuesto de hecho: si un padre hubiere entrado en adopción en otra familia, y su hijo no lo hubiere hecho, se pregunta al jurisprudente citado si el hijo puede recibir la *bonorum possessio* de los bienes de su padre, fallecido en el seno de otra familia distinta. No duda el precitado jurisprudente en responder afirmativamente, fundando su criterio en la aplicación del principio de la equidad, aunque no esté en la misma familia. Paulo utiliza la expresión “*humaniorem esse*” –razones humanitarias-. Aun sin admitirlo, el jurista justifica su opinión, que en el fondo supone una velada crítica a la sociedad romana, que pretende ocultar y desconocer el hecho de que la descendencia natural es el vínculo humano más poderoso que existe, en la artificialidad que rodeaba a la familia romana de la época. La solución dada por el jurisprudente se basa en razones de humanidad. De nuevo vemos otro ejemplo de cómo la *aequitas*, en manos de la *Jurisprudentia*, fue un motor que propició la evolución del Derecho, procurando la Justicia, en que está injertado el principio general del derecho de la equidad.

La idea de la utilidad del Derecho para salvaguardar legítimos derechos que el *ius civile* no tiene en cuenta, late en Paulo²⁷², cuando sigue comentando el Edicto del Pretor. Y así refiere el caso de que alguno de los hijos hubiere sido instituido heredero en el testamento, este hijo, declarado *heres* por vía testamentaria, no puede ser llamado a la institución de la *bonorum possessio*. La razón esgrimida es que la posesión de sus bienes puede tenerla por aplicación del testamento, por lo que no le resulta útil que se le otorgue tal posesión contra el testamento. Como puede apreciarse, el instituto de la *bonorum possessio* era una solución útil para el Derecho, porque estaba instalada en el ideal de lo justo. Aun cuando la había acogido en su seno el Edicto del Pretor, la elaboración doctrinal se debía a la investigación del concepto de Justicia por la *Jurisprudentia*.

²⁷¹ D. 37, 4, 3, 9: “*Si pater alicuius pervenerit in adoptivam familiam, filius non, an patris sui in adoptiva familia mortui bonorum possessionem accipere possit? Et arbitror, humaniorem esse hanc sententiam, ut filiis hic, quamvis non sit in eadem familia, in qua pater, ad bonorum possessionem tamen, eius admittatur*”.

²⁷² D. 37, 4, 4, 11: “*Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessionem vocari non debet; quum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est ei contra tabulas dari? Plane si alius committat Edictum, et ipse ad contra tabulas bonorum possessionem admittetur*”.

La misma idea aparece en Ulpiano²⁷³ cuando comenta el supuesto amparado en el Edicto del Pretor consistente en que los hijos dados en adopción no fueran excluidos, con tal que hubieran sido instituidos herederos. Apela Ulpiano al principio de autoridad, recogiendo al respecto la opinión de Labeón en el sentido de ser una solución justísima, pues no son unos extraños. De nuevo la vinculación de la sangre es una poderosa razón argumental.

En las Instituciones de Justiniano²⁷⁴ se relata la razón de la introducción en el Derecho de la *bonorum possessio*. Es introducida por el Pretor para corregir el antiguo derecho, no solo en lo relativo a las herencias de los *ab intestato*, sino también para los supuestos de haber hecho testamento válido antes de fallecer. Por el *Derecho Honorario* se hacía poseedor de los bienes de la herencia a un póstumo extraño instituido heredero, lo cual no era válido en el *ius civile*, pero sí en el derecho honorario. Añade Justiniano²⁷⁵, por una constitución suya, que es válidamente constituido heredero. En otras ocasiones, el Pretor, continúa diciendo Justiniano, promete la *bonorum possessio* con la pretensión de confirmar el derecho antiguo, pues también beneficia a quien fueron instituidos herederos mediante testamento legal y válido, así como a herederos suyos y *agnados* en situaciones *ab intestato*, pues a éstos la *bonorum possessio* también les llega de la mano del *ius civile*.

El Pretor no puede hacer herederos, aunque haga posible el acceso a la herencia. Solo la *lex* hace herederos. Pero cuando el Pretor les otorga la *bonorum possessio*, se constituyen en el lugar de herederos y se les denomina poseedores de bienes. La pretensión del Pretor era que nadie falleciese sin sucesor. Pareció al Pretor bueno y equitativo ampliar el derecho a entrar en la herencia, que la Ley de las XII Tablas había sometido a límites muy estrechos. De nuevo tenemos un poderoso logro argumental de la *Jurisprudencia*, es decir, lo que surge de la idea de “*ex bono et aequo*” –de lo bueno y

²⁷³ D. 37, 4, 8, 11: “*In adoptione datos filios non summoveri Praetor voluit, modo heredes instituti sint; et hoc iustissime eum fecisse Labeo ait, nec enim in totum extranei sunt*”.

²⁷⁴ Justiniano. *Instituciones*, 3, 9, pr.: “*Ius bonorum possessionis introductum est, a praetore emmendandi veteris iuris gratia. Nec solum in testatorum hereditatibus vetus ius eo modo praetor emmendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto desesserint. Nam si alienus posumus heres fuit institutus, quamvis hereditatem iure civile adire non poterat, quum institutio non valebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur, videlicet quum a praetore adiuvabatur: sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et iure civil non incognitus*”.

²⁷⁵ Justiniano. *Instituciones*, 3, 9, 1: “*...sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem; item ab intestato suos heredes et agnatos ad bonorum possessionem vocat: sed et remota quoque bonorum possessione ad eos pertinet hereditas iure civili*”.

lo equitativo-, y que al Pretor pareció necesario asumir el criterio elaborado por la *Jurisprudencia*, basado en las expresadas razones²⁷⁶.

Ulpiano, comentando el Edicto del Pretor, señala una peculiaridad²⁷⁷ referente a la obligación de respetar el testamento, por quienes consiguen la *bonorum possessio contra tabulas*, en lo relativo a cumplir con la voluntad del testador en cuanto al pago de los legados y fideicomisos a determinadas personas, entre las que señala a los ascendientes, descendientes y el legado a la mujer y a la nuera a título de dote. Nuevamente estamos ante una novedad introducida en el *ius* por el Edicto del Pretor, novedad que obedece a la aceptación de los criterios de la *Jurisprudencia* de equidad natural y novedosa, testimonio claro de la labor creativa de ésta. Sin embargo, no acabaron con ello las novedades jurídicas introducidas por el Pretor en cuanto respecta a la atribución y defensa de los derechos reales sobre las cosas.

I. 4. 3.- La *actio Publiciana*.

No se conocen con certeza los datos del Magistrado que la diseñó y dispuso su implantación, entrada en vigor, así como cuanto sobre la datación exacta de dicha *actio* se refiere. Cuesta Sáenz se inclina, con las naturales reservas, por señalar a *Q. Publicius* como su creador y datar la fecha de la aparición de esta *actio*, entre el 67 a. C, y mediados del siglo I a. C.

Una vez más, la evolución sufrida por el Derecho Romano, vino acompañada de la implantación de remedios procesales, siendo estos cambios la consecuencia práctica y directa de las innovaciones acaecidas en las instituciones jurídicas. Los derechos sustantivos eran productos jurídicos que se hacían visibles y adquirirían efectividad a través de las normas relativas a los procedimientos. La acción *Publiciana* se mueve en esa débil y frágil línea existente entre la posesión y la propiedad. La posesión era considerada no como un tipo de propiedad, ya como una mera tenencia provisional de la *res*, ya como un mecanismo legal para llegar a la propiedad. La aparición de los remedios procesales que protegerán la posesión, supone que el hecho posesorio disponía

²⁷⁶ Justiniano. *Instituciones*, 3, 9, 2: “*Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso iure non fiunt; nam praetor heredem facere non potest...sed quum iis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur, et vocantur bonorum possessores...Adhuc autem et alios complures graus praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur; nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum ius percipiendarum hereditatem praetor ex bono et aequo dilatavit*”.

²⁷⁷ D. 37, 5.1: “*Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nurique dotis nomine legatum*”.

de la legal protección jurídica que, en cuanto poseedor, tenía el *dominus*, y en virtud de tal protección procesal interdicial, este hecho posesorio quedaba elevado al nivel de derecho al ser considerado por el Pretor merecedor de protección.

En el último tercio del siglo I a. C., ya se ha consolidado la neta separación en las instituciones de la *possessio* y el *dominium*. La entrega de la posesión, en manos privadas, de parcelas del *ager publicus* hizo posible el cambio social necesario para ser propiciar la idea de una evolución del concepto del *dominium* romano arcaico. Uno, que será la *proprietas*, un derecho perfecto, absoluto, que *a priori* la *potestas* del *dominus* excluye a cualquiera otra; y otro, a su lado, la *possessio*, un dominio imperfecto o relativo, consistente en el hecho de poseer. Y así, mientras la primera disponía de la acción reivindicativa, el segundo suscitó la necesidad de una solución procesal, ante lo novedoso de la atribución del *ager publicus* a terceros, ciudadanos particulares que carecían de un título dominical. No solo no lo tenían, sino que nunca le podrían tener. La situación social y su solución política, abonó el terreno para propiciar el nacimiento de la *actio Publiciana*. Así, se llegaba a distinguir netamente el dominio, más adelante denominado *proprietas*, de las distintas situaciones de dominio imperfecto o relación posesoria.

La preocupación del Pretor por proteger la *possessio* como una situación fáctica supuso la continuidad de la vigencia del instituto de la *possessio*. Dicho en otros términos, el hecho de que el Pretor considere al *bonae fidei possessor* como portador de unos derechos, equivale a suponer que la *possessio*, a la que se añaden las consecuencias derivadas de la aplicación del instituto de la *usucapio*, es tanto como decir que la mera tenencia de la posesión en tales condiciones disponga de defensas jurídicas frente a quien alega ser *dominus*, sin dejar de lado que la *usucapio* es un modo de acceso al dominio.

Dado el carácter conservador de Roma para con sus instituciones, el *dominus ex iure Quiritium* sigue conservando su *status*, es el mismo, en cuanto a su situación jurídica, idéntico al del *possessor* protegido por el *ius honorarium*, como *dominus* bonitario, basado en el hecho de estar “*in bonis esse*”. La tenencia de una *res in bonis* significó una disociación de la *proprietas*, pues si la transmisión de la cosa *mancipi* se hace sin las formalidades legales, la propiedad *ex iure Quiritium* permanece en manos del transmitente, mientras que la propiedad bonitaria está en las manos del adquirente

informal, en tanto en cuanto no haya usucapido, en cuyo momento se solapan la *proprietas ex iure Quiritium* y la *in bonis*²⁷⁸. Se seguía respetando el principio de adquisición *a domino*, pero para el adquirente *a non domino* el criterio aplicable era distinto, pues para el derecho arcaico se trataba de un derecho vulnerable, carente de la consolidación que atribuía el transcurso de los plazos legales contenidos en las XII Tablas. Durante el curso de dichos plazos, el adquirente disponía del principio tabular del *usus auctoritas*, es decir, la garantía procesal de la llamada a la *litis* del *auctor cedente*.

La novedosa realidad de la atribución de la *possessio* del *ager publicus* a particulares generalizó la práctica de la aplicación del instituto de los interdictos en beneficio procesal del dominus del *ager privatus*. Al fin y al cabo el *dominus* privado también era *possessor* de su *res*. Se distinguen la *possessio ad interdicta* como institución paralela a la *possessio ad usucapionem*, ésta como forma de subsanar jurídicamente la carencia de las solemnidades rituales para adquirir el dominio, y aquélla como situación de hecho-derecho precisada de la protección jurídica ante eventuales ataques judiciales provenientes de quienes no siendo *dominus ex iure Quiritium* invocaban ante el *iudex* un mejor derecho posesorio.

La conocida como *actio Publiciana* surge como un remedio procesal concedido a quien hubiese adquirido, de forma derivativa, mediante la simple *traditio*, el dominio de algún bien sin observar el rigorismo del negocio jurídico transmisivo, es decir, al margen de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, adquirente irregular que por cualquier causa hubiese sido privado de su *res*, con lo que quedaba en una situación de indefensión ante el vendedor, el cual continuaba siendo *ex iure Quiritium*, dueño de la cosa, conforme al *ius civile* romano o frente a todo aquél que la tuviese en su poder, y en consecuencia de ello, podría reivindicarla con éxito. Por esta protección posesoria concedida por el Pretor, si el demandado fuese el *dominus ex iure civile* y éste alegase la *exceptio iusti dominii*, por vía de la *exceptio rei venditae et traditae*, el adquirente comprador

²⁷⁸ Gayo. *Instituciones*, 2, 40: "...sed postea ea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere". Y 2, 41: "Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis es res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebat, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset".

defendía su *res*²⁷⁹. Como poseía *ad usucapionem*, transcurridos los plazos legales para aplicar los efectos sanatorios legales de la usucapición, automáticamente adquiriría la justa situación de ser *dominus ex iure civile*.

Cuando el comprador hubiera pagado el importe del precio y hubiere recibido, por entrega o *traditio*, la cosa, el Edicto del Pretor *Publicio* recurrió a una ficción, mediante la creación de una acción ficticia que consistía en dar por buena la idea de que ya había usucapido, salvando el rigorismo formal del derecho civil, con lo que el *dominus ex iure Quiritium* perdía la eficacia de su *dominium ex iure civile*, convirtiéndose en un cascarón vacío de eficacia jurídica. La nueva realidad imponía a los Magistrados, que vigilaban la dinámica social del derecho, y a los jueces que lo aplicaban, que todos aquéllos que estaban bajo el cobijo de una *actio Publiciana*, no podían ser inquietados. Quien se encuentra en esta situación tiene sobre la cosa un derecho perpetuo, exclusivo y excluyente. La institución del *dominium* tiene dos caras: una, el ya superado y vacío *dominium ex iure Quiritium*; y otra: la institución *in bonis habere* que es considerada una forma de dominio o el dominio mismo efectivo y real. La acción *Publiciana* ayudó al poseedor en la defensa de su derecho sobre la cosa, adquirida al margen de las formalidades legales, acudiendo a la ficción de haber usucapido; *de facto* ello significaba la derogación de los plazos que antaño establecieran las XII Tablas.

La *actio Publiciana* amplió su influencia protectora a otras situaciones, como por ejemplo, al decir de Juan Iglesias²⁸⁰, al poseedor *ad usucapionem* que ha perdido el estado posesorio de una cosa frente al *dominus* y frente a un tercero. También dispone de este remedio procesal quien tiene el carácter de poseedor *usucapiante* que haya adquirido la *possessio* de quien no es *dominus*, es decir, a non domino. En general, la *actio Publiciana* prospera frente al propietario doloso que retiene la cosa a pesar de haberla vendido y no entregado, o frente a cualquier poseedor de peor derecho que quien ejercita esta acción²⁸¹.

La aparición de la *actio Publiciana* viene a solucionar la disfunción posesión-propiedad, superponiéndose a ambas, como protección complementaria que puede aprovechar tanto al titular de un derecho civil como a quien lo sea mediante una

²⁷⁹ António Santos Justo. *Direito Privado Romano –III (Direitos reais)*, pág. 26. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora. Coimbra, 2014.

²⁸⁰ Iglesias, Juan. *Derecho Romano*, cit. pág. 253.

²⁸¹ Max Kaser. *Derecho Romano Privado*, pág. 103. Editorial Reus. Madrid, 1982.

titularidad “*imperfecta*”, al decir de Cuesta Sáenz, autor que atribuye a la *actio Publiciana* la virtualidad de una acción real en manos del propietario bonitario y del poseedor de buena fe que, por la causa que fuere, haya perdido la posesión de algo suyo, frente a quien en ese momento dispone del bien, al amparo de la ficción legal de haber usucapido mediante el transcurso del plazo legal.²⁸² El poseedor imperfecto puede defenderse con éxito frente al *dominus civile* y frente a otro *possessor* de peor *ius possessionis*, solicitando del *iudex* una declaración invocando un derecho prioritario en cuanto titular de un derecho, comparativamente, mejor que el de su oponente. Una de las funciones de esta *actio Publiciana* vino a llenar el vacío dejado por la derogada *legis actio sacramento in rem*, que dejaba indefenso y desprotegido a quien adquiriese *a non domino*, pero basado en la *bona fides* y en una *iusta causa*, y que hubiere perdido su *possessio*.

El *iudex* valora, *prima facie*, la prueba practicada ante él. El Pretor, previamente, ha estimado que la situación jurídica del litigante, que ante él suplica y demanda, está revestida de un *fumus boni iuris*, o aroma de buen derecho.

Gayo²⁸³ recoge de forma didáctica esta *actio Publiciana*, y la define como una ficción de *usucapio*. Esta *actio* es conferida por el Pretor a quien, privado de la posesión reclama una cosa que le fuera entregada en virtud de justa causa, pero que por la causa que fuere, no dispuso del tiempo preciso para poder culminar la *usucapio*. *Usucapio* como forma de acceso a la *proprietatis*. Nuevamente nos debemos referir a la actividad creadora de la *Jurisprudencia* en relación con la aplicabilidad de la *actio Publiciana* a través de la variada casuística. Así, al comentar el Edicto del Pretor, Ulpiano toma nota literal de una parte del Edicto en la que se refleja que si alguno pide lo que le es entregado mediante justa causa por persona que no es dueño, adquisición *a non domino*, y aunque no hubiere podido usucapir, el Pretor le dará acción²⁸⁴. Y con relación al

²⁸² Cuesta Sáenz, José María. *La acción Publiciana*, cit. pág. 69. Montecorvo. Madrid, 1984.

²⁸³ Gayo. *Instituciones*, 4, 36: “*Item usucapio fingitur in ea actione, quae Publiciana vocatur, datur autem haec actio ei, qui ex iuxta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit velut hoc modo: IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIS EMIT ET IS TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET et reliqua*”.

²⁸⁴ D. 6, 2, 1: “*Ait Praetor: Si quis id, quod traditur ex iuxta causa non a domino, et nondum usucaptum petet, iudicium dabo*”. Y en 6, 2, 1, 1: “*Merito Praetor ait nondum usucaptum, nam si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam*”. Y en 6, 2, 1, 2: “*Sed cur traditionis dum taxat et usucapionis fecit mentionem, quum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur?, ut puta lagatum*”. Y en 6, 2, 2, se añade una afirmación de Paulo cuando comenta el

hecho de que no hubiera podido usucapir, afirma que ello es cierto ya que si hubiere usucapido no solicitará la protección honoraria porque dispone de la acción civil.

Se cuestiona Ulpiano por qué el Pretor menciona la *traditio* y la *usucapio*, cuando hay otros modos de adquirir el dominio, señalando a manera de ejemplo, el legado, al que Paulo añade las donaciones *mortis causa*, dado que cuando se pierde la posesión procede usar la *actio Publiciana*. A lo que Ulpiano señala que hay otras muchas maneras de adquirir el dominio. Seguidamente este *jurisprudente* pasa a comentar una frase del Edicto del Pretor, esto es, si se “*pidiere por justa causa*”²⁸⁵ creando Derecho al decir, al respecto, que quien tiene justa causa de la entrega, usa la *actio Publiciana*, *actio* que tiene no solo el comprador de buena fe, sino quien entregó algo a título de dote, o si la cosa le hubiere sido entregada por causa de lo sentenciado judicialmente, a lo que añade Paulo el caso de que lo entregado fue para hacer un pago. Como puede deducirse de este ejemplo comentado, la labor de la *Jurisprudentia* fue una fuente inagotable del Derecho al abrir horizontes insospechados.

I. 5.- Los *iura in re aliena*.

Ya hemos puesto de manifiesto que ni el legislador, ni ningún jurisconsulto clásico romano definió a la *proprietas*. El vocablo *dominium* deriva de *domus*, la casa que estaba sometida al *imperium* del *dominus*, *paterfamilias*, con un pleno poder dispositivo y de su absoluta administración. Tampoco en las XII Tablas aparece una definición concreta del *dominium ex iure Quiritium*, tal vez porque ni siquiera era necesaria. Posiblemente consistiera en un sentimiento del *civis romanus* en sus relaciones cotidianas con las cosas, mediante el *usus*, instituto comúnmente respetado entre los romanos. Aunque es cierto que no se ha conservado el texto originario de la legislación tabular, lo que de la misma se conoce bien pudieran ser referencias tal vez recogidas de la interpretación práctica que de la legislación consuetudinaria romana se hiciera, es decir, cuando ya la Jurisprudencia las hubiera sometido a un proceso de renovadora actualización.

Edicto: “*vel mortis causa donationes factae; nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiantur*”.

²⁸⁵ D. 6, 2, 3, 1: “*Ait Praetor: ex iusta causa petet; qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana. Et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis, ut puta ei, cui dotis nomine tradita res est, necdum usucapta; est enim iustissima causa, sive aestimata res in dotem data sit, sive non. Item si res ex causa iudicati sit tradita,*” y 6, 2, 4: “*vel solvendi causa*”.

A medida que Roma, como Ciudad-Estado, ensanchó su ámbito territorial, en la medida en que su población aumentó, las necesidades de edificar espacios habitacionales, por un lado, se hizo necesaria; y, por otro lado, la posibilidad de obtener beneficios de excedentes de producción agropecuaria para alimentar a una población creciente, optimizando los incrementos productivos de los regadíos, ello hiciera necesario buscar criterios de aprovechamiento que afectaran a los fundos rústicos. Estos hechos darían nacimiento a las servidumbres prediales rústicas, y también a través de la relaciones de vecindad, a los predios urbanos.

En cuanto a los urbanos, la edificabilidad, mediante los apoyos en las paredes colindantes y la apertura de huecos y ventanas en los muros, para ver en el exterior y para poder ver en los interiores, creando con ello relaciones de vecindad, dará origen a una serie de relaciones, implicaciones y vinculaciones entre las viviendas. Las aguas de lluvia, soportarlas u obligar al vecino a reconducirlas para evitar inundaciones o incomodidades, abrían un amplio abanico de relaciones jurídicas.

En estos momentos históricos, en la medida que lo que el *civis romanus* entendía como *dominium* bienes, primordialmente, destinados a obtener beneficios útiles para su fundo rústico, dada la relación de proximidad del fundo vecino, hizo aconsejable obtener ventajas de otros fundos aprovechando la posibilidad de mejora que, de la proximidad de ambos, resultaba. Y en la medida en que la evolución social fue provocando que unas familias fueran adquiriendo tierras de otro *civis*, incrementando de este modo los bienes familiares, procurando revalorizarlas con la traída de agua procedentes de fuentes transformando el seco en regadío, o drenando las tierras bajas evitando las formaciones pantanosas, alterando en definitiva la configuración de los espacios, en tales actos humanos pudo estar el origen de las servidumbres.

Al lado del concepto unitario de la *proprietatis* romana, concebido como un derecho del *civis* conforme la naturaleza de las cosas, se van configurando una serie de situaciones que parecen desmembrar, deshilar, el concepto unitario del *dominium*. En realidad, el origen y utilidad de las servidumbres no alteraba tal concepción del *dominium*. Presuponía, no obstante, una innovación al posibilitar una interrelación funcional de los fundos o la aparición de una tendencia a la estabilidad y permanencia de futuro del hecho jurídico de la servidumbre respecto de ambos fundos vinculados, considerados, uno como beneficiado o portador por sí, objetivamente, de un privilegio

sobre un fundo obligado a soportar tal situación. En los predios rústicos, las situaciones más propicias eran las que se relacionaban con la conducción de agua o con los accesos o pasos, como *via*, *iter* o *actus*.

Para la *servitus* –servidumbre- es perentoriamente necesaria la existencia de dos fundos, dado que “*nemime res sua servit*”²⁸⁶. De la aplicación de tal principio enunciado se excluye la posibilidad de considerar la *servitus* como una especie de *dominium* distinto. Cada fundo conserva su entidad pues el hecho de la existencia de un poder exigente y dominante sobre otro fundo, en un aspecto parcial de la funcionalidad del mismo, en nada afecta a la entidad unitaria del *dominium*.

Las servidumbres de paso son muy antiguas y aparecen contempladas en las XII Tablas, que establece la anchura en ocho pies en los tramos rectos y el doble de anchura en los recodos o tramos con vuelta o curva²⁸⁷. Ordena la Ley 7 de la Tabla VII que el camino debe mantenerse en buen estado; en el caso de estar desempedrado, quien tuviere derecho de paso, puede pasar con su carro por donde quiera. Del examen del tenor de ambas disposiciones se deduce que ambas se refieren a las servidumbres de paso privado. *Servitus* de índole privada a que hace referencia Paulo, que hace la distinción entre la *servitus* de paso y la de conducción. Quien dispone de una servidumbre de paso no está autorizado a guiar caballería. Quienes tienen servidumbre de camino tienen derecho de paso y para conducir por ellos la caballería. Diferencias que matiza Javoleno²⁸⁸.

Al lado de esta “*servitus*” regida por el *ius civile* hay otras vías o caminos de derecho público, que serán de utilidad para el desplazamiento de las legiones y el transporte de mercancías. Son las vías de comunicación romanas bajo el cuidado y protección del Estado, destinadas al uso público. Por el contrario, la *servitus* del *ius civile*, solo beneficia a la utilidad del fundo dominante, para el que la *servitus* es un derecho añadido, accesorio, integrado en ella, del cual, como derecho real, forma parte indivisible e inseparable del mismo.

²⁸⁶ D. 8, 2, 26: “...nulli enim res sua servit.”

²⁸⁷ Domingo Oslé, Rafael (coordinador). *Textos de Derecho romano*. Tabla VII, Ley 6: “*Viae latitudo ex lege XII tabularum in prorrectum octo pedes habet, in anfractum, id est ubi flexum est, sedecim*”. Esta Ley 6 de las XII Tablas, viene recogida en el D. 8, 3, 8, con idéntica literalidad, y es atribuida a Gayo. Ley 7: “*Viam muniunto: ni sam delapidassint, qua volet iumento agito*”.

²⁸⁸ D. 8, 3, 7: “*Qui sella aut lectica vehetur, ire, non agere dicitur; iumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui sctum habet, et plaustrum ducere, et iumenta agere potest.*” y en D. 8, 3, 12 puede leerse: “*Inter actum et iter nonnulla differentia; iter est enim qua quis pedes vel eques commeare potest, actus vero, ubi et armentia traicere, et vehiculum ducere liceat*”.

No tiene relación alguna con la *servitus* el caso de condominio²⁸⁹, pues los derechos de los condóminos no son sino un límite para los otros condóminos. Pero tales limitaciones lo son en cuanto a la naturaleza del *dominium* que ve mediatizado el ejercicio del poder sobre la cosa por la presencia activa de otros copropietarios, con derechos similares entre sí, aunque el ejercicio del poder suponga un contrapeso a la capacidad, el *dominium* sigue inalterado. Esta situación de copropiedad puede venir como consecuencia de una situación de *ius civile*, por ejemplo, de una disposición testamentaria, o por decisión del *dominus* tomada en un acto *inter vivos*.

Al tratarse de un derecho real, la *servitus* necesita de la observancia de las formalidades legales para su constitución²⁹⁰. Los requisitos formales transmisivos vienen influenciados por el concepto de la *servitus* como una *res* incorporal. En el Derecho Romano arcaico era imprescindible el concurso de la *mancipatio* o la *in iure cessio* para su constitución. En la época clásica, la concepción de la *servitus* como cosa incorporal, impedía ser considerada susceptible de ser poseída, objeto de una *traditio* o adquirida mediante una *possessio* de larga duración. Pero la actividad del Pretor admitió la constitución de *servitus* sobre fundos provinciales mediante un simple pacto reforzado por una *stipulatio*. A través de esta innovación introducida por el derecho honorario se rompieron los viejos esquemas formales y mediante un simple contrato se pudo crear un derecho real desbordando los cauces del derecho de las obligaciones e invadiendo el mundo de los derechos reales. La autonomía de la voluntad vio libre el ancho camino de influir en los derechos reales. La decisión de un *paterfamilias* mediante un legado concediendo un fundo enclavado llevaba implícita la concesión de un derecho real de servidumbre de paso, a través del fundo más próximo a una vía de acceso. El ejercicio de la *actio familiae erciscundae* o la *actio communi dividundo* confería al *iudex* la posibilidad de crear derechos constitutivos entre los cuales figuraba la posibilidad de constituir *servitus*, de paso o acueducto, procurando mejorar los fundos. Por otra parte, por interés práctico, por el mero uso de una *servitus*, Scaevola²⁹¹ añade la *possessio* por la causa o razón que fuere para justificar la existencia de tal derecho real.

²⁸⁹ Pedro Bonfante. *Instituciones de Derecho Romano*, pág. 315. Editorial Reus. Madrid, 2002.

²⁹⁰ Paul Ourliac y Jean Malafosse. *Droit romain et ancien Droit, II, Les Biens*, págs. 367 y ss. Presses Universitaires de France. Paris, 1961.

²⁹¹ D. 8, 1, 20: “*Usu retinetur servitus, quum ipse, cui debetur, utitur, quive in possessione eius est...*”

Tener connotaciones de perpetuidad no significa más que tendencia a ser la *servitus* una realidad jurídica permanente. Una servidumbre puede extinguirse o ser extinguida. En el primer supuesto se extingue por imposibilidad de hecho o de derecho de ejercerla. En el segundo, mediante renuncia expresa y formal o mediante el no uso prolongado en los tiempos señalados por la ley, pues derecho no usado voluntariamente es derecho considerado perdido.

Como derecho real que es, la *servitus* puede ser objeto de la *actio reivindicatoria*; de la *actio confessoria* al objeto de que el *dominus* del predio sirviente la reconozca a presencia de la autoridad; de la *negatoria* para rechazar una pretendida servidumbre, así como también puede valerse procesalmente de los interdictos para hacer valer su derecho.

El *dominium*, sin perder su carácter unitario, funcionalmente entrañaba todo un abanico de facultades sobre el mismo, posibilidades de usar, de obtener frutos, de cederlo a otro, de enajenarlo, tantas opciones funcionales como el bien soportase.

En las cosas y los bienes de Derecho Romano, además de los derechos reales de la *servitus* que pesan y vinculan exclusivamente a un fundo ajeno en beneficio de otro fundo, coexiste también la institución del usufructo, como una manifestación de derechos sobre cosa ajena. Es también el usufructo, como la servidumbre, un derecho real, pero en los supuestos del usufructo no se trata de la existencia el bien favorecido o fundo dominante al lado de un fundo sirviente, sino que el beneficio económico del *usus* y el *frui* queda establecido con carácter personal a un titular como un *ius in re aliena*, como un derecho real de entidad personalísima. Estamos ante una institución que reviste los caracteres de una anomalía jurídica, de difícil encaje en una economía rural como era la romana en tiempos arcaicos. Tiempos en que las cosas, los bienes y la tierra, son y valen en función de la utilidad agraria que reportan. Pero ninguna extrañeza debe producir su misma existencia. En efecto, el aspecto funcional del *dominium* tiene un reflejo en el beneficio que el uso y los frutos producidos conlleva. Desde el plano del poder que ostenta el *paterfamilias* respecto de los bienes que administra, nada impide que permita ceder a otro el uso y los frutos que la cosa proporciona. Y todo ello sin perjuicio alguno para la integridad del concepto del *dominium*.

Interesa destacar que Gayo²⁹² admite que el usufructo es susceptible de transmisión mediante cesión ante el Pretor. El *dominus* puede ceder a un tercero el usufructo y él mismo retener la nuda propiedad. De ahí la imagen del resquebrajamiento del concepto unitario de la *proprietatis* pues, aunque siga siendo única e inalterable, sin embargo ofrece una apariencia de ser un derecho funcionalmente fragmentable. La apariencia de su descomposición, es decir, lo que a los ojos de la sociedad se ofrece como patente, solo lo es en cuanto al ejercicio o aprovechamiento de sus diversas funciones de uso, o sus contenidos productivos o fructíferos, por persona distinta al *dominus*, en quien en todo caso, radica la esencia latente de ese derecho legítimo de propiedad. Esta esencia unitaria del dominio sobrevuela por encima de concretas situaciones de aprovechamientos funcionales que pudieran estar en manos de terceros. Lo más destacable de esta apariencia de ruptura del concepto unitario y soberano de la *proprietatis*, es que no hay tal sino que, precisamente el propietario en un acto de soberana disposición absoluta puede establecer a favor de un tercero el uso del bien y que éste pueda hacer suyos los frutos. Y este bien, sobre el que ha constituido un usufructo a favor de un tercero, sigue siendo de su exclusiva y absoluta propiedad soberana.

En el fondo, y como posible explicación económica de tal hecho, han de aducirse razones prácticas. No cabe ser invocadas otras que no pasen por explicaciones justificativas de una decisión personalísima del *dominus*, una expresión pura y directa de su poder sobre la cosa, vinculadas a premiar una conducta de fidelidad o servicio prestado por una persona. Son justificaciones de índole personal o familiar. La anomalía jurídica bien pudiera explicarse por el hecho de que se repunte al usufructo como un derecho real, cuando lo cierto es que la titularidad de quien obtiene un usufructo sobre un bien lo es sujeta a una temporalidad que como máximo puede consistir en la duración de la vida del usufructuario. De ahí que sería más ajustado a derecho indicar que el usufructo es una institución jurídica basada en el derecho de una persona a usar y disfrutar, temporalmente hasta el máximo de la duración de su vida, de un bien ajeno

²⁹² Gayo. *Institutiones*, 2, 30: “*Usufructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discebat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet; ceditur enim ea cessione nihil agit*”.

fundamentado en una decisión personal de su *dominus* pero que conlleva efectos reales sobre tales bienes.

De ahí que por el cauce de una decisión personal del *dominus*, por vía de legado en acto *mortis causa* o por una *mancipatio* o una *in iure cessio* de una *emptio venditio* reservándose el vendedor el usufructo, que en el fondo no pasan de ser las decisiones personales dispositivas por los mecanismos legales señalados, se pueda constituir un derecho real como es conceptuado el usufructo, cuando en realidad se está constituyendo, por vía de una obligación autoconstitutiva de derechos, una situación obligacional para el nudo propietario de permitir y consentir que el derecho a usar y obtener los frutos en manos de un tercero, sea considerado el usufructuario como titular y portador de unas facultades caracterizadas por ser de naturaleza personalísima, al estar limitadas temporalmente, como máximo, por la duración de su vida. Lo llamativo para los jurisprudentes consistió en que el objeto del derecho del usufructuario recayese en la atribución de las facultades precisamente más productivas y económicamente rentables del bien. De ahí que al quedar el nudo propietario desprovisto de las facultades y rentabilidades más llamativas del derecho real de propiedad, pero sin dejar de ser el *dominus*, aunque con un contenido muy limitado, se considerara el usufructo como un derecho real. Tal apunta Paulo²⁹³ cuando señala que el usufructo es, en muchos casos, parte del dominio.

El usufructo y el dominio tienen diferente concepción jurídica. En D. 7. 1. 1, Paulo define el primero como un derecho de uso y disfrute de cosa ajena, dejando a salvo la entidad de las cosas²⁹⁴. Añade este jurisconsulto que el usufructo como es sabido puede darse o de presente o desde cierto día²⁹⁵. Del examen de este texto bien puede parecer que el usufructo resquebraja la idea unitaria del concepto del dominio. El derecho del usufructuario mantiene un cierto grado de dependencia del dueño. Así Ulpiano comenta el supuesto de usufructo otorgado mediante legado²⁹⁶, en el que el dueño puede exigir la petición de fianza mediante declaración judicial con cuyo mecanismo protector el dueño asegura su propiedad. Esta fianza obliga a usufructuar conforme al arbitrio de buen varón, bajo las reglas condicionantes de la buena fe. Además, el usufructuario no debe

²⁹³ D. 7, 1, 4: “*Ususfructus in multis casibus pars dominii est...*”

²⁹⁴ “*Ususfructus es ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*”

²⁹⁵ D. 7. 1. 4.

²⁹⁶ D. 7. 1. 13, pr.

empeorar la condición de la propiedad, aunque puede mejorarla²⁹⁷. El “*salva rerum substantia*” puede ser entendido como una imposición al usufructuario de no causar perjuicio al dominio, como una barrera soportada por la *bona fides* que protege a la propiedad sometida a usufructo.

Además del legado, otra variedad a la hora de constituir el usufructo, consiste en legar la propiedad pero deduciendo el usufructo a favor del heredero²⁹⁸. Igualmente en el juicio de partición de herencia, y en el ejercicio de la *actio communi dividundo* el *iudex* puede adjudicar a uno la propiedad y a otro el usufructo.

Gayo²⁹⁹ contempla una manera de constituirse el usufructo de un conjunto de predios mediante el derecho de legado, si el testamento contiene la disposición de otorgar a alguien el usufructo, presumiéndose la entrega si llevase al legatario al fundo, o, en otro caso, si consintiera el uso y disfrute. Añade³⁰⁰ que para que la propiedad no deviniera en un derecho inútil, al estar separado de la misma el usufructo, se contemplaron maneras de extinguir el gravamen y que esas facultades, propias del usufructo, revirtieran a la propiedad. El usufructo puede extinguirse. Así, cualquier usufructo constituido por derecho o por la protección del Pretor, o el que se entregó sobre fundo tributario o sobre un derecho de superficie, afirma Ulpiano³⁰¹ que se extingue por la *capitis diminutio*. Es coherente con los principios del Derecho Romano, pues la pérdida de la capacidad legal de un *civis* arrastra la pérdida de cualquier posible derecho. Sin estar adornado por la capacidad legal, no existe posibilidad alguna de tener o estar en posesión de derecho alguno. Por su parte, Ulpiano³⁰² estudia el supuesto de extinción de un usufructo en caso de muerte, argumentando que el usufructo es un derecho personal de uso y disfrute y que se extingue con la muerte.

²⁹⁷ D. 7. 1. 13. 4.

²⁹⁸ En D. 7. 1. 6, pr., se recoge esta idea de Gayo.

²⁹⁹ D. 7, 1, 3, pr.: “*Omnium praediorum iure legati potest constitui ususfructus, ut heres iubeatur dare aliqui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiat uti frui. Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest*”.

³⁰⁰ D. 7, 3, 2: “*Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usufructum, et proprietatem reverti*”.

³⁰¹ D. 7, 4, 1: “*Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu; et parvi refert, utrumque iure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione Praetoris. Proinde traditus quoque ususfructus, ítem in fundo vectigali vel superficies non iure constitutus capitis minutione amittitur*”.

³⁰² D. 7, 3, 3: “*Morte quoque amitti usumfructum, non recipit dubitationem, quum alii fruendi morte extingatur, sicuti su quid aliud, quod personae cohaeret*”.

En la *Jurisprudencia* destaca el interés en resaltar el derecho de superior entidad jurídica que es la *proprietas* y que el usufructo es un derecho de distinto rango. Juliano³⁰³ señala que no importa que se haya legado la propiedad deducido el usufructo, porque adquiriendo la propiedad se pierde todo el derecho del usufructo legado. Insiste Paulo³⁰⁴ en el carácter personal de este derecho limitativo del dominio, en un supuesto en que el usufructuario ejercía solo el uso, ignorando que dispusiera del usufructo, pronunciándose este jurisprudente que en este caso pierde el usufructo con base en el argumento de que el derecho no se usa por lo que tiene, sino por lo que juzgó que tenía.

El carácter del dominio, como derecho básico, así como conceptualizar el usufructo como una limitación de aquél, y la subordinación de éste a aquél, puede deducirse de las enseñanzas de Pomponio³⁰⁵, cuando comenta la obra de *Quintus Mucius Scaevola*, al indicar que si un campo en que tengo un usufructo se inunda por río o mar, se pierde el usufructo, y ni aunque pueda pescar en él, se puede retener el usufructo. Pero si se retira el agua, restituida la propiedad, se restituye el derecho de usufructo. El mismo criterio es sostenido por Javoleno³⁰⁶, que hace suya una opinión de Labeón, opinión esta basada en el argumento de que el suelo había permanecido perpetuamente de la misma condición de derecho, a lo que replica Javoleno en el sentido de que la desaparición temporal del terreno, donde estaba ubicado el huerto, hubiera sido por su inundación, pero si el cauce mudó de lugar y corriese por allí, se pierde el usufructo ya que, por aquel lugar del álveo, comenzó a ser dominio público y no cabe posibilidad de ser restituido.

Es constante la *Jurisprudencia* en sentar la doctrina de la superioridad y predominio del derecho de propiedad, como derecho absoluto, sobre los restantes derechos reales; pero es sumamente respetuosa con el derecho de la posesión. Y así como señala

³⁰³ D. 7, 4, 17 “...enim dum proprietatem adquisis, ius omne legati usufructus amisisti”.

³⁰⁴ D. 7, 20: “...si vero ignoret, puto eum amittere fructum; non enim ex eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere”.

³⁰⁵ D. 7, 4, 23: “Si ager, cuius usufructus noster sit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur usufructus, quum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur; ac ne piscando quidem retinere poterimus usumfructum. Sed quemadmodum, si eodem impetu discesserit aqua, quo venit, restituitur proprietas, ita et usumfructum restituendum, dicendum est”.

³⁰⁶ D. 7, 4, 24: “Quum usumfructum horti haberem, flumen hortum occupavit, deinde ab eo recessit; ius quoque usufructus restitutum esse Labeoni videtur, quia id solum perpetuo eiusdem iuris mensisset. Ita id verum puto, si flumen inundatione hortum occupavit; nam si alveo mutato inde manere coeperit, amitti usumfructum existimo, quum in locus alvei publicus esse coeperit, neque in pristinum statum restitui possit”.

Ulpiano³⁰⁷ al comentar el Edicto, solo el usufructuario puede pretender que tiene el derecho a usufructuar, derecho de que carece el *dominus*, alegando que quien tiene la propiedad no tiene por separado el derecho de usufructuar, porque no puede prestarle servidumbre su propio fundo: cada cual tiene legitimación para reclamar por su derecho, no por el ajeno. Así, el dueño tiene contra el usufructuario la acción negatoria para denegar el derecho a usufructuar contra su voluntad, o en su caso dispone del derecho para prohibirlo. Si quien demanda al usufructuario no fuera el legítimo dueño, aunque el usufructuario careciera de derecho alguno, será en la *litis* planteada vencedor el ilegítimo usufructuario, pues el poseedor es preferido, aunque no tuviere derecho alguno. El texto citado es largo, pero muy denso en Derecho. Y del mismo se deduce una doctrina jurídica impecable. Se destaca con nitidez la separación de la propiedad y del usufructo. Se califica al usufructo ser una servidumbre que grava un fundo. Se rechaza la posibilidad de que el *dominus* sea simultáneamente usufructuario de su misma propiedad. En el ámbito procesal señala que cada cual puede reclamar en defensa de su derecho legítimo. Solo el dueño puede, en su caso, oponerse a reconocer el derecho del usufructuario. Considera al usufructuario ser un poseedor y si a éste le demanda quien no sea dueño, el actor perderá el pleito pues es preferido por el juez el derecho de quien aparentemente es poseedor aunque carezca de derecho alguno. El hecho posesorio es protegido por el Derecho, ante cualquier ataque procesal de quien carezca de legitimación.

Añade Pomponio³⁰⁸ que el usufructuario, en defensa de su derecho, dispone del interdicto *Quod vi aut clam*.

La muerte del usufructuario extingue el usufructo, pero la *Jurisprudencia*, de la mano de Ulpiano,³⁰⁹ resaltó que dejan de adeudarse los frutos posteriores a su fallecimiento. Acoge Ulpiano el contundente argumento de Pomponio en el sentido de

³⁰⁷ D. 7, 6, 5: “*Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui haber usumfructum; dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatim non habet. Nec enim potest ei sus fundus servire: de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videatur, quam alieno, quum invito se negat ius esse utendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi. Quodsi forte qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarium ius utendi non habet, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant*”.

³⁰⁸ D. 7, 4, 6: “*Sed interdictum Quod vi aut clam usufructuario competit*”.

³⁰⁹ D. 7, 6, 5, 4: “*...nam et si mortuus fuerit fructuarium, heredi eius actionem praeteritorum duntaxat fructuum dandam Pomponius...scripsit*”.

que al heredero se le debe dar acción pero solo respecto de los frutos anteriores al fallecimiento.

Un supuesto de extinción del usufructo lo constituye el caso de que el titular de un derecho de usufructo sobre un bien, en un momento posterior a la adquisición de la condición de usufructuario, llegare a ser *dominus*, adquiriendo la condición de nudo propietario, con lo que esta coincidencia en su persona de ambas condiciones hace que el usufructo desaparezca por quedar fundidas en una misma persona ambas titularidades.

Las servidumbres son limitaciones al dominio, que pueden ser tanto reales, ya sobre predios rústicos o urbanos, como personales, tales como el uso y el usufructo, que acabamos de reseñar. Constituyen derechos de no propietarios sobre cosa ajena³¹⁰. Pomponio³¹¹ pone énfasis en señalar que las servidumbres tienen una finalidad que es la de favorecer a los hombres o a los predios, argumentando que si no interesan a nadie, no son nada. Ejemplifica señalando que no es *servitus* el no tener derecho a usufructuar tu fundo, o el derecho de no detenerse en tu fundo, o limitar a un vecino el no tener derecho a buscar agua en tu fundo. Critica Labeón³¹² que esta falta de utilidad invalide las servidumbres, alegando que podemos tener algunas cosas aunque éstas carezcan de utilidad, pero que pueden ser necesitadas en el futuro, por ejemplo, tener una servidumbre para conducir agua, aunque de momento pueda estar no operativa por no ser útil.

Paulo³¹³ marca la diferencia existente entre propiedad y usufructo en el aspecto relativo a la legitimación procesal, pues subordina éste a aquélla. Por vía de ejemplo señala que si un vecino tiene derecho a apoyar sus vigas contra la pared de casa de mi propiedad en que una persona tiene constituido un usufructo, el vecino debe reclamar al propietario, no al usufructuario.

³¹⁰ Así Marciano, en D. 8, 1, 1.

³¹¹ D. 8, 1, 15: “*Quoties nec hominum, nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet...aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo quaerere minuendae aquae meae gratia*”.

³¹² D. 8, 1, 19: “*Ei fundo, quem quis vendat, servitutum imponi, etsi non utilis sit, posse existimo; veluti si aquam alicui dedere ducere non expediret, nihilo minus constitui ea servitus possit; quaedam enim debere habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt*”.

³¹³ D. 8, 2, 1, 1: “*Si usufructus tuus sit, aedium proprietatis mea, quae onera vicini sustinere debeant, mecum in solidum agi potest, tecum nullo modo*”.

Al lado de la institución del usufructo, como derechos *in re aliena* están las servidumbres, unas de índole rústica, y otras aplicables a los predios urbanos. Gayo³¹⁴ enumera las servidumbres de los predios urbanos, a saber, levantar más alto y perjudicar las luces del vecino, o no levantar más alto, también el derecho a verter las aguas del tejado sobre el fundo del vecino, o no verterlas; también el derecho de apoyar las vigas en la pared del vecino, así como hacer voladizos sobre el predio del vecino, añadiendo Ulpiano la servidumbre de que no se le impida la vista. Al comentar el Edicto del Pretor, Gayo³¹⁵ señala que ninguno de los vecinos tiene el derecho de demoler y reedificar la pared, que por razón natural es común, y de la cual no es el único dueño. A su vez, Ulpiano³¹⁶, también cuando comenta el Edicto, establece que contra quien levantando sus paredes quita las luces al vecino, sin que éste tenga tal servidumbre de vistas, no hay acción alguna. Matiza Paulo³¹⁷ la diferencia entre servidumbre de luces y la de vistas, siendo la de vistas relacionada con un lugar situado en el plano inferior, referencia que no se da en la de luces.

Respecto de las servidumbres de los predios rústicos, las enumera Ulpiano³¹⁸ así: paso, conducción, camino, acueducto, añadiendo la de sacar agua, llevar a abrevar al ganado, derecho de pastos, cocer cal y sacar arena. Papiniano³¹⁹ resuelve la cuestión de si la servidumbre de apacentar el ganado y llevarlo a abrevar, son prediales o personales, resolviendo el dilema sobre la base de que si el testador designó la persona a la que quiso prestar la servidumbre será personal, sin que la misma pueda hacerla suya ni su heredero ni quien posteriormente comprara la finca. En cambio Pomponio³²⁰ señala una solución controvertida con el Derecho. El caso consiste en que si hubiere una fuente de

³¹⁴ D. 8, 2, 2: “*Urbanorum praediorum iura talia sunt; altius tollendi et officiendi luminibus vicini, aut non extollendi; item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini, aut non avertendi; item immittendi tigna in parietem vicini, et denique proiciendi protogendive, ceteraque istis similia*”. Y en 8, 2, 3: “*Est et haec servitus, ne prospectui officiat*”.

³¹⁵ D. 8, 2, 8: “*Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum et reficiendi ius non est, quia non solus dominus est*”.

³¹⁶ D. 8, 2, 9: “*Cum eo, qui tollendo obscura vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio*”.

³¹⁷ D. 8, 2, 16: “*Lumen id est, ut coelum videretur; et interest inter lumen et prospectum, nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiori loco esse non potest*”.

³¹⁸ D. 8, 3, 1: “*Servitutes rusticorum praediorum sunt haec: iter, actus, via, aquaeductus*”. Y en 8, 3, 1, 1 añade: “*In rusticis computanda sunt: aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus, ius pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae*”.

³¹⁹ D. 8, 3, 4: “*Pecoris pascieni servitus, ítem ad aquam appellendi, si fructus maxime in pecore consistat, praedii magis, quam personar videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutum praestari voluit, emptori vel heredi non eadem praestatibus servitus*”.

³²⁰ D. 8, 3, 20, 2: “*Si fundo Seiano confinis fons fuerit, ex quo fonte per fundum Seianum aquam iure decebam, meo facto fundo Seiano menet servitus*” y en 8, 3, 20, 3: “*Hauriendi ius non hominis, sed praedii est*”.

agua de la que, con derecho, conducía el agua por dicho fundo a mi propiedad, si después compro el fundo Seyano, permanece la servidumbre. Contradice esta solución el criterio general de que sobre mi propiedad no puede existir servidumbre que beneficie a mi propiedad, siendo ambos predios integrados en mi patrimonio. Sin embargo, se basa la solución del jurisprudente citado en que el derecho de sacar agua no es personal, sino predial. Con independencia de quién sea dueño de los fundos, el derecho a tener ese servicio del agua es del fundo, no de la persona.

La preocupación por la escasez y necesidad del agua para el regadío de los fundos fue objeto de atención de Pomponio³²¹ quien en el caso de uno vendiera una parte de un fundo, justifica en ello que le corresponde el derecho de acueducto aunque la posesión del agua esté en función de la proporción del campo enajenado. Paulo³²² contesta a una cuestión que le fuera planteada sobre posible derecho al agua. Habían usado el agua de una fuente, pero posteriormente la misma se secó y dejó de manar agua. Tiempo después volvió a surgir el agua y reclamaron la restitución de este derecho, que habían perdido no por negligencia, sino por carencia de la misma. Su derecho les fue restituido.

Con motivo de los comentarios al Edicto provincial, Gayo³²³ manifestó que la servidumbre se extingue por la confusión del dominio de los fundos dominante y sirviente. El carácter de lugar sagrado de un sepulcro hace que el derecho de paso al mismo no se extinga por el no uso³²⁴. Y Paulo³²⁵ señala que quien tiene el derecho de servidumbre de agua, hubiere usado de otra agua distinta a la impuesta en la servidumbre, pierde la servidumbre.

Como puede deducirse de cuanto hemos comentado, la labor de la *Jurisprudentia* fue incansable en la creación del Derecho. Eran juristas que no se limitaban a la aplicación de la *lex* en los juicios. Su arma era la razón y su gran y primordial preocupación, era la Justicia. Puede afirmarse, sin el menor riesgo de error o

³²¹ D. 8, 3, 25: "...neque ibi aut bonitatis agri, aut usus eius aquae ratio habenda est, ita ut eam solam partem fundi, quae praetiosissima sit, aut maxime usum eius aquae desideret, ius eius ducendae sequatur; sed pro modo agri detenti aut alienati fiat eius aquae divisio".

³²² D. 8, 3, 35: "...petieruntque a me, ut, quod ius non negligentia aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restitueretur. Quorum mihi postulatio quum non iniquia visa sit, succurrendum his putavi. Itaque quod ius habuerunt tunc, quum primum ea aqua pervenire ad eos non potuit, is iis restitui placet".

³²³ D. 8, 6, 1: "Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit".

³²⁴ D. 8, 6, 4.

³²⁵ D. 18, pr. : "Si quis alia aqua usus fuerit, quam de qua in servitute imponenda actum est, servitus amittitur".

imprecisión conceptual, que sin los logros de la *Jurisprudentia* romana, hoy el Derecho en cualquiera de sus ramas y especialidades, no sería lo que es, o, al menos, de haber evolucionado con posterioridad a la actividad de los jurisperitos, no se podrían haber consolidado sus logros desde tiempo histórico tan antiguo.

II.- El Derecho Romano vulgar.

II. 1.- Breve introducción.

Suele admitirse que el Derecho Romano sufre una evolución entre 305 d. C., año en que abdica Diocleciano, considerado como la finalización del denominado período clásico, y el año 535, en que Justiniano codifica el Derecho, atravesando un proceso de transformación, una fase de desarrollo romano tardío. Según Pérez-Prendes³²⁶, la vulgarización del Derecho Romano es producto de la creación de amplios sectores de los pueblos a lo ancho de todo el Imperio, si bien en el sector Oriental se detectó la vulgarización de la mano de la emisión de la propia legislación. Caracterizado por un origen consuetudinario, desde Constantino, principios del siglo IV, tomó plaza en la legislación. Max Kaser³²⁷ apunta que el Derecho Vulgar tuvo una fase inicial, paralela al Derecho Romano postclásico, que arranca desde la dinastía de los Severos, año 235 d. C. Sin embargo, la duda que asalta al historiador del Derecho es si el Derecho Vulgar, a la vista de la amplia implantación territorial y social del mismo, es una fase del Derecho Romano propiamente dicho, o si estamos en presencia de una fase involutiva del Derecho, es decir, un derecho que recuerda vagamente los primitivos orígenes del Derecho Romano, entremezclados con otros criterios que parecen obedecer a depreciaciones jurídicas del Derecho Romano Clásico, con influencia de las costumbres inmersas en el seno de las sociedades de los pueblos invasores del territorio del Occidente europeo.

Surgen estas dudas si se examinan los conceptos jurídicos elaborados bajo el período Clásico, y cuya respuesta aparece enturbiada para el jurista de esa época del siglo IV d. C., que no es capaz de despojarse de sus prejuicios que le vienen impuestos por el tiempo económico y social en que estuvo inmerso. Para arrojar luz sobre este

³²⁶ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Curso de Historia del Derecho Español. Volumen I*, págs. 358 y ss. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 1989.

³²⁷ Max Kaser. *El derecho romano vulgar tardío*. AHDE. Madrid, 1960.

extremo hay que examinar lo que sucede en el Imperio Romano entre el siglo IV y parte del siglo VI.

Puede decirse que coincide con dos hechos históricos a considerar: Uno, el colapso y agotamiento del Imperio en el ámbito del desarrollo económico³²⁸. En efecto, cuando el general Diocles, que adoptó el nombre de Diocleciano, en 284 d. C., asume la dignidad imperial, la inflación era tan desorbitada que obligó a una reordenación del sistema monetario en el que readaptó el valor de las emisiones de moneda en oro y plata, implantando una nueva acuñación en bronce. La abundancia de masa monetaria no significa existencia de riqueza. La debilidad del sistema era la desconfianza social y popular en las monedas, por la presión alcista e incesante de los precios, ante lo que los Tetrarcas, conjuntamente, emitieron un edicto universal fijando los precios máximos de los productos, en 301 d. C. Por otro lado, el sistema político de reparto del poder, Diarquía y más tarde Tetrarquía funcionó, pero pronto afloró un problema sucesorio, el de la legitimidad del sistema político, complicado con la injerencia de las tropas a la hora de acceder al solio imperial y exigir su confirmación. Y dos, el desmembramiento territorial del Imperio. Fue Constantino quien fundó en Bizancio una nueva *polis* imperial, Constantinopla, con rango igual al de Roma, aquella dedicada a Dios en 330 d. C. Tal dualidad de capitales tendría incalculables consecuencias.

Los problemas políticos y económicos y la inabarcable extensión territorial del Imperio dificultaron su gobernabilidad. En su seno coexistían pueblos, que a pesar del barniz externo de la Romanidad y del aparente sufrido sometimiento al Poder Imperial, mantenían internamente el respeto y la íntima devoción a sus costumbres propias. No obstante todo ello, es decir el afloramiento y la pujanza de los derechos consuetudinarios locales, unido a las dificultades del Poder Imperial para mantener la uniformidad legislativa en el Imperio, puede decirse, sin embargo, que el deterioro del Derecho Romano tiene sus embriones en el propio Derecho Romano Clásico. No es posible atribuir exclusivamente a Diocleciano el inicio de la decadencia de las formulaciones de los juristas clásicos. La minuciosa casuística de los juriconsultos romanos no resulta asimilada por los hombres dedicados al derecho que, entre el 240 d. C. y el 305 d. C., descienden de la grandeza y aguda sutileza de las meditaciones

³²⁸ Gómez-Pantoja, Joaquín L. *Protohistoria y Antigüedad de la Península Ibérica, vol II. La Iberia Prerromana y la Romanidad*, pág. 529. Sílex. Madrid, 2008.

elaboraciones clásicas al nivel cultural de la sociedad a la que sirven. Estamos ante un mundo distinto, nuevo, que se aprecia superpuesto como continuador o heredero del Derecho Romano. Puede decirse que este nuevo mundo jurídico es romano, al convivir en el seno del Imperio Romano, en el seno de la sociedad heredera de lo romano, pero la realidad de Roma es completamente distinta.

Ernst Levy observa, como notas características del Derecho Vulgar, su crecimiento mediante el desorden de la práctica jurídica, con la inestimable colaboración de una doctrina que se aparta del mundo clásico a través de una interpretación distinta de las normas anteriores, ya de manera consciente por no encajar aquéllas en la nueva situación, ya inconscientemente por no entenderlas³²⁹. Busca Heinrich Brunner³³⁰ una explicación analógica con el deterioro del latín hablado para señalar que donde predominaba la población de origen romano el derecho practicado se desenvuelve en un Derecho Vulgar, adaptado a las nuevas circunstancias y que se aprecia como una continuación o corrupción del Derecho Romano puro. Brunner³³¹ fue el primero en emplear, en 1880, la expresión de Derecho Vulgar o vulgarizado para referirse a este novedoso fenómeno jurídico, contrastando el derecho romano y el germánico. Ludwig Mitteis, al estudiar el Derecho Romano, relacionó el Derecho Vulgar con el Derecho Peregrino, pero es lo cierto que ambos derechos carecen de coincidencia, siendo el primero una evolución empobrecida del Derecho Romano, mientras que el derecho peregrino es un derecho influenciado por los pueblos extranjeros, con unas raíces no romanas. Es el derecho observado por los provinciales, es decir, pueblos integrados, de manera muy superficial muchas veces, mediante el proceso integrador de la Romanización. Elementos de este derecho de las demarcaciones provinciales pudieron contribuir a la vulgarización del Derecho Romano.

De todos modos, aun siendo encomiable la labor creativa de estos juristas alemanes en la búsqueda de paralelismos entre el Derecho Romano Vulgar y el Derecho Germánico, estimo que los fundamentos de ambos derechos son poco homologables, por cuanto en las sociedades en que ambos derechos viven son distintas, aunque

³²⁹ Ernst Levy. *Derecho Romano Vulgar de Occidente*, pág. 2. Revista de Historia del Derecho *Interpretatio*. Universidad de Extremadura. 2003.

³³⁰ Heinrich Brunner. *Historia del Derecho Germánico*, pág. 37. Actualizada por Claudius von Schwerin. Editorial Labor. Barcelona, 1936.

³³¹ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Curso de Historia del Derecho Español*, cit. pág. 358.

podieran aparecer soluciones convergentes en similares problemas jurídicos. Los juristas romanos Clásicos habían creado un mundo de supuestos de hecho, de casos, al tiempo que las legiones se asentaban en territorios y regiones, creando un mundo en que Roma era la medida de todas las cosas. En este complejo entorno geográfico, los habitantes de las provincias son pueblos extranjeros con un dispar nivel de asimilación de la civilización romana y, como tales *peregrini*, conservan sus latentes costumbres propias, por la vía de la patente práctica diaria consuetudinaria. Estas costumbres provinciales recogen el saber popular y en sus entresijos van hilvanadas no pocas normas jurídicas.

Cuando se habla de Derecho Vulgar se está apuntando a un derecho caracterizado por notas diferenciadas con respecto al Derecho Romano Clásico vivido con anterioridad. Una de las razones de su generalizada implantación tal vez pueda verse en el hecho de la fragilidad del Poder, en la fragmentación de los territorios que conlleva la dificultad de aplicar la ley bajo el principio de generalidad, propiciando así la dispersión normativa. En 305 d. C., se produce un hecho significativo: el Poder se echa en brazos de la nueva manera de vivir y contemplar el derecho, con olvido del Derecho Clásico.

Los emperadores, a lo largo del siglo III d. C., instaron a que en todas las demarcaciones provinciales se cumplieran las normas del Derecho Romano privado. Pero es lo cierto que el Imperio estaba necesitado de los habitantes provinciales y sus recursos personales y económicos para mantener en pie la idea del Imperio. Roma había creado un mosaico de territorios provinciales, mediante su gradual incorporación, bajo el poder imperial, aunque en las capas sociales incorporadas subsistieran costumbres que albergaban el recuerdo de un pasado propio.

La vulgarización del derecho romano afectó a las disposiciones imperiales cuyos *decreta* y *rescripta* se aplicaban a supuestos concretos o a determinados territorios, con olvido del principio de generalidad de la ley; es decir, el derecho surgido del Poder se fragmenta. A la hora de enjuiciar un caso, el juez buscaba el *ius* aplicable en la analogía de estas disposiciones particularizadas emanadas del Poder, así como también rebuscaba en el seguro asidero de la tradición popular, los precedentes judiciales o la rutinaria práctica notarial³³².

³³² Ernst Levy. *Derecho Romano vulgar de Occidente*, cit. pág. 3.

Sin embargo, al concluir Diocleciano en el ejercicio del poder, puede afirmarse que todo cambió con brusquedad. Se desplegó un Derecho Romano que miraba menos a la elegancia de los autores clásicos y prestaba más atención a criterios sociales y económicos, descendiendo al terreno de lo popular con olvido de conceptos jurídicos sabiamente elaborados. Con Constantino se oficializó la nueva situación jurídica. Se abrazó el derecho vulgarizado; y el derecho griego, un derecho considerado extranjero, emergió con fuerza en el Oriente. Paralelamente, en la parte Occidental del Imperio, el derecho vulgar se mantuvo más allá del siglo VI, entrando en contacto con criterios jurídicos ajenos cuya procedencia se ha tratado de identificar como dimanantes del derecho germánico.

El verdadero Derecho Vulgar surge y se desarrolla al margen del Derecho Clásico. Es un derecho degenerado por los juristas de la época que no entienden la *jurisprudencia* clásica, prescinden de ella y de sus bases conceptuales, y se ajustan al derecho en la manera en que éste es vivido y practicado por el pueblo. La forma de entender los hechos con repercusión jurídica por parte del pueblo y su práctica consuetudinaria, arraiga en los círculos de Poder y en los métodos de la enseñanza del derecho. En la implantación de este Derecho Vulgar no puede negarse que su origen arraigó con fuerza social en las provincias y desde allí se consolidó. La influencia de este Derecho Vulgar afectó también a la Cancillería Imperial y el Derecho Clásico desaparece del aparato legislativo. Al cesar Diocleciano al frente del Imperio, el Derecho Vulgar ya lo estaba inundando todo.

El Derecho Vulgar parece entroncar con las ideas del Derecho primitivo y arcaico, las cuales habían permanecido arraigadas en el pueblo, de manera tal que muchas de las huellas maestras del primitivismo romano vienen a coincidir con rasgos generales de este derecho vulgarizado. Incluso puede observarse algún género de coincidencia de ese primitivismo con los rasgos arcaicos coincidentes que se observan existentes en el derecho germánico, lo que ha llevado a querer ver algún tipo de influencia de este derecho en el Vulgar.

El Derecho Romano vulgarizado será un hilo conductor en el entramado jurídico e institucional de la Edad Media, conjuntamente con las aportaciones consuetudinarias del Derecho Germánico³³³.

II. 2.- El *Codex Theodosianus*.

Este Código es el exponente monumental de una época histórica con una notable repercusión jurídica, sobre todo por su influencia futura. Dividido el Imperio Romano, repartido el Poder en dos grandes bloques territoriales, este *Codex* significó un serio intento de consolidar la unidad jurídica de la totalidad del solar Imperial romano, como un canto de cisne de cuanto en el pasado fuera, que aparentemente quiso volver a resurgir, pero la realidad política certificó su defunción.

Situados en el tiempo, fue en 437 cuando con motivo de la boda del joven Emperador de Occidente Valentiniano III con Eudoxia, hija del Emperador de Oriente, Teodosio II, una vez celebrada tal unión matrimonial en Constantinopla, concluida la ceremonia, el Emperador Teodosio II se reunió con los dos Prefectos del Pretorio y les hizo entrega de copia de sendos ejemplares oficiales elaborados en su Cancillería desde 429, conteniendo una compilación de leyes. Fausto, Prefecto del Pretorio de Roma, en 438 presentó de forma oficial a los senadores romanos el ejemplar del *Codex Theodosianus* que en mano le hiciera entrega en Constantinopla el citado Emperador Teodosio.

Comprende este *Codex* toda una serie de constituciones imperiales, edictos y rescriptos de igual origen, cuyo inicio arranca desde tiempos de Constantino. Abarca su contenido, por tanto, un siglo, parte de los siglos IV y V.

Principia el *Codex* estableciendo la perentoria necesidad para su validez y eficacia de que consten en los edictos y constituciones imperiales, tanto la fecha del mismo como la autoridad a que va dirigida. Así refleja el CTh. I. 1. 0., *De constitutionibus principum et edictis*³³⁴. Para explicar el contenido de cada norma reseñada, y a veces con otra finalidad, se suele añadir seguidamente un texto denominado *interpretatio*.

³³³ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Instituciones Medievales*, págs. 26 y ss. Editorial Síntesis. Madrid, 1997.

³³⁴ *Codex Theodosianus*, en adelante CTh, I, 1, 1: “*Si qua posthac edicta sive constitutiones sine die et consule fuerint deprehensa, auctoritate careant*”. En su *Interpretatio* se dice: “*Quaecumque leges sine die et consule fuerint prolatae, non valeant*”. La *Interpretatio* ya no habla de edictos o constituciones, sino que expresamente hace referencia a las *leges*. El término *prolatae* –ofrecidas, presentadas– tiene un valor que hace referencia a la labor de los abogados ante los tribunales, una de cuyas funciones de aquéllos era hacer prueba sobre la existencia de una disposición jurídica, en la que basaban el derecho

Señala José María Coma Fort³³⁵ que de los XVI Libros de este Codex, solo son conocidos dos terceras partes. Añade las posibilidades de su reconstrucción acudiendo a la *Lex Romana Visigotorum* (Breviario de Alarico II), mediante citas del mismo, y también al *Codex* de Justiniano, que recoge constituciones desde Constantino hasta Teodosio II. Lo notable del *Codex Theodosianus* es que estuvo en vigor hasta que Justiniano le derogó. Un siglo de vigencia, necesariamente, debió de dejar poso en la sociedad imperial romana y en sus habitantes. También es digno de ser destacado su encaje histórico en el Imperio romano, ya dividido el mismo en dos bloques territoriales, así como la pujanza de los provinciales con la consiguiente fuerza centrífuga desintegradora, y en general la ya significada vulgarización del Derecho practicado. Se ha perdido la elegancia de la *Jurisprudentia* y su labor creadora del Derecho. En realidad se ha agotado el genio jurídico bajo la aplastante hegemonía del Poder político. Ahora se aprecia la *Jurisprudentia* como algo fosilizado. Toda su gloria y esplendor queda reducida a una expresión de formulaciones en manos de los abogados para ser invocadas ante los Tribunales en los juicios.

En CTh I. 4. 3 se recoge una comunicación de los Emperadores Theodosius y Valentiniano III al Senado de Roma en la que se citan algunos nombres de jurisperitos, a saber, Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino a los que añade Scaevola, Sabino, Iuliano y Marcelo, cuya ciencia, tratados y sentencias son ratificadas por el Poder Imperial. Contiene instrucciones a los jueces para que tengan más credibilidad judicial, con mayor poder influyente en los juicios, las opiniones coincidentes del mayor número de estos citados jurisperitos y que en el supuesto de empate de opiniones, sea decisoria la opinión de Papiniano, con la exigencia a los jueces de elegir con moderación. Pero en la subsiguiente *Interpretatio*³³⁶, a esta comunicación se la denomina *lex*. Puede deducirse que el Poder ha consumado el

defendido. Eran otros tiempos en que no existían boletines legislativos, y en que internet era impensable. La misma existencia de la ley debía ser objeto de prueba. Y un asidero firme para acreditar la ley consistía en la fecha de la misma, así como la autoridad a que iba dirigida. Sin fecha ni reseña de la autoridad carecen de validez alguna en los procesos. Esta última asignaba el territorio o provincia en que tenía vigencia, dado el proceso de desmembración territorial del Imperio. El *Codex* puede verse en droitromanin.uni-grenoble-alpes.fr y también en ancientrome.ru, esta página con las constituciones *Sirmondianis*. En 1631 el jesuita francés Jacques Sirmond (Jacobus Sirmondus) publicó una serie de documentos junto con un apéndice con veintiuna constituciones del *Codex Theodosiani*.

³³⁵ Coma Fort, José María. *Codex Theodosianus. Historia de un texto*. Universidad Carlos III de Madrid, 2014. Este trabajo puede verse también en <http://hdl.handle.net/10016/19297>.

³³⁶ CTh. I. 4. 3, *Interpretatio*: “*Haec lex ostendit*”... “*quia suis auctoritatibus confirmantur ex lege priore*...”

control de la *Jurisprudentia*. Y no solo eso, sino que se ha ocupado los territorios competenciales de la Administración de la Justicia. Los jueces son sumisos ejecutores de las disposiciones legales emanadas del Poder político, la única fuente creadora del Derecho.

II. 3. *Dominium y possessio en el Derecho Vulgar.*

Ya hemos visto que los jurisperitos clásicos habían trazado una línea divisoria entre las instituciones de posesión y propiedad, procurando encajar ambos institutos con la subordinación de la *possessio* respecto de la *proprietas*. Orientada la *possessio* a resolver la situación de los poseedores-titulares de derechos posesorios sobre el suelo provincial³³⁷, sin embargo con Diocleciano, urgido imperiosamente por el caos económico y fiscal que amenazaba el futuro del Imperio, esta distinción desapareció al equiparar el suelo provincial y el itálico, siendo todo ello considerado bajo el mismo concepto único de *dominium* y sujeto el suelo italiano al tributo territorial que pesaba sobre los provinciales.

La transmisión del derecho de propiedad en el Derecho Romano Vulgar, en clara disfunción con el Derecho Clásico, es la íntima vinculación entre actos propios de la obligación con los actos de disposición³³⁸. Los cambios modificativos consistieron en conceptualizar el negocio jurídico de la compraventa como el acto de transmisión de la propiedad. El precio debía de abonarse total o parcialmente siendo requisito la constancia por escrito de los acuerdos *inter partes*. Los vecinos testigos del acto garantizan la propiedad del transmitente y el comprador tiene que reconocer sus obligaciones tributarias. La compraventa era, en todo caso, un negocio jurídico al contado. A lo largo del siglo III, la solemnidad de la *mancipatio* o la *in iure cessio* cayeron en desuso porque la ciudadanía ya no entendía de estas formalidades.

La seguridad jurídica se plasmó en la generalizada utilización de documento escrito que contenía el negocio jurídico. Tal práctica de escriturar los negocios jurídicos transmisivos generalizó el hecho de que unos escribanos (*tabelliones*) plasmaran la operación en unos documentos con un guión en unos formularios utilizados para los contratos más frecuentes; dichos documentos tenían una gran fuerza

³³⁷ Gayo. *Instituciones*, 2, 7: “*Sed in provinciale solo placet plerisque locum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur...*”

³³⁸ Ernst Levy. *Derecho Romano Vulgar de Occidente*, cit. pág. 123.

probatoria. El juez, en el periodo postclásico, tiene en más elevada estima y credibilidad estos documentos, que en lo que puedan afirmar los testigos. En realidad la mejor prueba es la que acredita documentalmente un funcionario público. La realidad que subyacía en los hechos, desde el punto de vista del Poder, era garantizar en todo caso que el nuevo dueño o el usuario pagara los derechos del Fisco: la voracidad fiscal hacía que cediera, ante el empuje de la necesidad recaudatoria, la sutileza jurídica. Conforme lo consignado en el documento, el vendedor entregaba la posesión del inmueble y el comprador hacía efectivo el pago del precio. El negocio jurídico de la compraventa y la transmisión del bien son actos simultáneos. La línea diferencial existente entre el derecho de obligaciones y el derecho real se había enturbiado.

El Derecho Romano Vulgar deslizó el término de *possessio*, *possidere* y *possessor*, como el aspecto visible de la propiedad, es decir, el hecho de tener una cosa, siendo entendidos aquellos citados vocablos como *dominium* o como titular de un *ius in re aliena*. En cuanto al instituto jurídico del usufructo, que para los Clásicos era un *quasi possessor*, se considera al usufructuario como tenedor del pleno control del bien³³⁹. La tendencia del Derecho Vulgar apunta a un *ius in re*. En un futuro no muy lejano, el Derecho Canónico acuñará el concepto de *ius in rem*, como una entidad jurídica distinta al *ius in re*.

De modo paralelo, a medida que el *possessor* parecía llegar a ser una cualidad de la persona del *dominus*, éste podía ser entendido como un detentador de la *possessio*³⁴⁰. Confusión que también aparece entre el pleno señorío del *dominium* y los *iura in re aliena*. Un caso típico que posibilita la confusión es la *dos* o dote, en cuyo supuesto el esposo superviviente aunque nominalmente tiene el *dominium* de la *dos*, es decir, la dote, carece del derecho de enajenarla privándola, a través de esta torticera maniobra, a los hijos. Se presupone que la *proprietas* es de los hijos, entre el momento de fallecer la madre y el de la muerte del padre. Este *dominium* sobre la dote equivale a un usufructo que sigue en poder del padre, es decir, una *possessio* de la dote. Aparece nítido el escaso interés del Derecho Vulgar por la claridad conceptual. El usufructo, de

³³⁹ Gayo, *Instituciones*, 4, 139: "...Sobre todo sucede esto cuando la contienda es sobre la posesión o la cuasi-posesión. En tales casos, en definitiva, o manda hacer alguna cosa o la prohíbe". Edición bilingüe, a cargo de Juan Antonio Arias Bonet y otros, pág. 371. Civitas. Madrid, 1985.

³⁴⁰ D. 43, 17, 3, 7: "*in quo alius quasi dominus moretur...*".

ser un *iura in re aliena* del Derecho Clásico, fue considerado como un *dominium* limitado o temporalizado, una manera o especie de *possessio*. En otras ocasiones, fue el interés político en conceder tierras en los territorios fronterizos o *limitanei* a los legionarios eméritos, quienes podían transmitir el *dominium, mortis causa*, a sus hijos, pero con la condición de que éstos continuasen en el servicio militar fronterizo. Así obró Alejandro Severo en el *Trans Rhenum*, concediendo fundos *perpetuo iuro*³⁴¹. El territorio era inseguro y la soberanía romana estaba en peligro por la permanente hostilidad a que debía hacer frente.

Los Emperadores Honorio y Teodosio dirigen una disposición a Crispino³⁴², a la sazón *comes y magister equitum*, en la que se establece que a cualquiera de la milicia armada, que en suelo público como estipendio o alguna edificación construyere o cercare un espacio, en virtud de derecho perpetuo y firme dominio, lo posea desde nuestra general autoridad. Se puede apreciar una identidad de posesión y de propiedad, es decir, una confusión de estos conceptos jurídicos referidos a un mismo bien. Desde la manera de entender del jurista Clásico, resultaría una contradicción entre un derecho perpetuo y de firme dominio, sobre un bien, es decir, un derecho de *proprietas*, con la mera situación posesoria, que es lo que en realidad el *miles* recibe de manos de la autoridad general del Emperador. Sin embargo, el texto interpretativo comentado debe ser entendido como un premio personal por la función desempeñada, de manera tal que no exista discordancia alguna en la voluntad del Emperador, confundiendo la norma el derecho de propiedad o dominio y el derecho de posesión, hecho éste como manifestación externa de aquélla.

La transmisión de la propiedad mediante contrato de compraventa viene avalada por la exigencia de la buena fe de los intervinientes. La transmisión así realizada, con precio definido aunque valiere más, sin el más mínimo asomo de fraude o violencia, es firme y si quien vende quisiere la revocación, en modo alguno le sea ello permitido. Aquí, en CTh. III. 1. 1., aparecen reflejados los requisitos legales del negocio jurídico

³⁴¹ Así se reseña en D. 21, 2, 11, nominándolas "*possessiones*": "...has possessiones ex praecepto Principali partim distractas, partim veteranis in praemia asignatas".

³⁴² CTh, II, 23, 1 pr.: "*Quisquis armatae militiae stipendis communitus in solo publico vel aedificium aliquod construxerit vel septis quibuslibet spatia certa concluderit, perpetuo iure et firmo dominio eadem ex nostra generali auctoritate possideat...*". En este texto se aprecia una confusión de concepto de dominio y posesión, pues se habla de *perpetuo iure et firmo dominio*, por un lado, mientras que sobre ese perpetuo derecho y dominio firme, con base en la general autoridad imperial, el referido soldado lo pueda poseer.

de la compraventa, cuya observancia impide volverse atrás al vendedor, como recalca su *Interpretatio*³⁴³.

La influencia, en este tipo de negocios jurídicos, de una nueva realidad económica, vino en la necesidad de concretar un nuevo requisito jurídico. En efecto, estamos en la época del Emperador Constantino y la mayoría de los dominios imperiales son puestos en circulación jurídica. Estos inmuebles, tierras en explotación, siguen siendo de propiedad del Estado y lo que se transmite es la mera *possessio* de los mismos. La preocupación del Poder es la cobranza de sus derechos o censos. Lo que se compra y vende entre particulares, de tales bienes, es la posesión. Quien compra, para no llamarse a engaño, debe conocer el censo que grava la cosa comprada. Se prohíbe, o no se permite, ni comprar ni vender la cosa liberada del pago del censo. Contiene además, para la inspección pública y fiscal, la obligación de cumplir esta ley, y si alguien alegare la inexistencia de censo al haberla de alguien recibido, el vendedor de la posesión pierda ésta, y el comprador que pagó el precio, reclamándolo el fisco, lo pierda³⁴⁴. En similares términos se expresa la *Interpretatio* de la CTh. III, 1, 2, 2³⁴⁵.

La preocupación del Poder en evitar situaciones derivadas de transacciones jurídicas injustificadas, viciadas por el empleo de la fuerza física o violencia de una de las partes sobre la otra, más débil, es una constante para buscar Justicia corrigiendo estas arbitrariedades. Puede afirmarse que se puede apreciar en todas las épocas y que, como se verá, reaparecerá en el tiempo futuro a la época de los Emperadores Honorio y Teodosio, con muy similares características, tal preocupación. Así en CTh. III, 1, 9 se recoge una resolución “*ad populum*” es decir, obligatoria para todos, adornada por la nota característica de generalidad, por cuya virtud todo género de ventas, donaciones y transacciones que son forzadas por potencia, es decir, impuestas a la fuerza, son

³⁴³ CTh., III, 1, 1: “*Venditionis atque emptionis fidem, nulla circumscriptionis violentia facta, rumpi minime docet. Nec enim sola pretii vilioris querela contractus sine ulla culpa celebratus litigioso strepitu turbandus est*” y señala su *Interpretatio*: “*Quum inter ementem et vendentem res fuerit definito pretio comparata, quamvis, quamvis plus valeat, quam ad praesens venditur, hoc tantummodo requirendum est, si nihil fraudis vel violentiae egit ille, qui comparasse probatur. Et si voluerit revocare, qui vendidit, nullatenus permitatur*”.

³⁴⁴ CTh., I, 2, pr. : “*Qui comparat, censum rei comparate cognoscat: neque liceat aliqui, rem sine censu vel comparare vel vendere. Inspectio autem publica vel fiscalis esse debet hac lege, ut, si aliquid sine censu venierit, et id ab alio deferretur, venditor quidem possessionem, comparator vero id, quod dedit pretium, fisco vindicante, perdat*”.

³⁴⁵ CTh., III. 1. 2, 2: “*Quicumque villam comparat, tributum rei ipsius, sicuti et ius possessionis se comparare cognoscat, quia non licet ulli agrum sine tributo vel solutione fiscali aut comparare aut vendere*”.

reputadas como no firmes³⁴⁶. En la subsiguiente *Interpretatio* se generaliza diciendo que sepan todos, es decir, que todos sus súbditos han de saber, que quienes donaren o vendieren oprimidos por la fuerza o potencia de la persona, pueden revocar el acto jurídico. De los matices que distinguen ambos textos cabe ser destacado que la *lex* declara que las transacciones efectuadas en tales condiciones no son firmes, es decir, que carecen de validez y eficacia jurídica. En la *Interpretatio* se señala que pueden ser revocadas. Tal vez los aplicadores del Derecho de la época imperial, dominada por el Derecho Vulgar, tomaran conciencia de que aun adornada por la ausencia de tales requisitos legales de validez, la situación de violencia o fuerza ejercida por personas potentes, en lugar de estas transacciones, ventas o donaciones carecer de eficacia y validez jurídica, de desplegar sus efectos en suma, las mismas eran válidas y jurídicamente eficaces, pero facultaban a la parte más débil en el contrato a instar su revocación, procurando evitar abusos de poder.

De modo especial se protege, en el Derecho Imperial, el derecho del menor a sus bienes procedentes de la herencia de sus padres. Se refleja en CTh. IV, 1. 0 el título “*De cretione vel bonorum possessione*”. Aceptación de herencia o la *bonorum possessio*. Teodosio II y Valentiniano III se refieren a ésta como antiguo derecho que el Praetor otorgaba. En CTh., IV, 1, 1, ordenan al Senado se protejan los derechos de los menores, aunque no pudieren hablar, para tomar para sí la herencia debida, pues por ley sucede al padre o a quien próximo fuere. La *Interpretatio* es muy contundente³⁴⁷.

En cuanto a los plazos de prescripción adquisitiva, los mismos citados Emperadores dejaron establecido el modo de acceder a los bienes procedentes de donación del Príncipe o a cualesquiera otros bienes pertenecientes al Fisco, siempre que se cumplieran dos condiciones, es decir, permanencia en situación posesoria durante el plazo de diez años y tener la posesión de los mismos sin interpelación o

³⁴⁶ CTh., III, 1, 9: “*Venditiones, donationes, transactiones, quae per potentia, extortate sunt, preacipimus infirmari*”. *Interpretatio*: “*Sciant omnes, quaecumque a potentioribus personis oppressi aut donaverint aut vendiderint, posse revocari*”.

³⁴⁷ CTh., IV, 1, 1, *Interpretatio*: “*Cretio et bonorum possessio antoquo iure a praetoribus petebatur: quod explanari opus non est, quia legibus utrumque sublatum est. Et ideo infans, licet loqui non possit, tamen hareditatem sibi debitam capit, cui morienti pater aut is, qui proximus fuerit, ex lege succedit*”.

reclamación alguna. En tales supuestos, se entiende estar en la posesión, ordenando los Emperadores que posean seguros, es decir, con seguridad³⁴⁸ plena.

La defensa procesal del instituto posesorio está tratada en el *Codex Theodosianus* en el *Liber Quartus*. El interdicto *Quorum bonorum* (CTh. IV, 21, 0), así como el *Unde vi* (CTh. IV, 22, 0) y el *Utrubi* (CTh. IV, 22, 0) son, todos ellos, acogidos en el citado *Codex*. Pero aunque el *Codex* citado conserva aún la expresión *actio*, no puede ser entendida más que como una mera reminiscencia de un pasado jurídico que ya, en 378 para los Emperadores Valens, Gratiano y Valentiniano no significa lo mismo que cuando el proceso romano se basaba en las *actiones*³⁴⁹. La mejor de las pruebas de cuanto venimos señalando de los cambios que se observan y que demuestran la triunfo de las innovaciones que introdujere Octavio Augusto, es decir, la consolidación de sus innovaciones procesales, es que, aunque en el CTh. II, 23³⁵⁰ se intitula como “*De rei vindicatione*” y que podría hacer pensar en la continuidad de este sistema de acciones perviviese en el Derecho Romano Vulgar, esta disposición de Honorio y Teodosio del año 423, es lo cierto que el texto de la misma se refiere al hecho de que cualquier soldado que como estipendio o paga por el servicio militar, construyere en suelo público una casa o edificio o cercare algún espacio, esto posea con derecho perpetuo y como dominio firme y, basado en nuestra autoridad imperial, lo posea. La *Interpretatio* señala que permanezca en su derecho de forma perpetua. La sanción pecuniaria a quien vulnerase esta decisión será el pago de veinte *libras* de oro al Fisco. En la comentada

³⁴⁸ CTh. IV, 11, 0: “*De longi temporis praescriptione*” y en IV, 11, 1: “*Ex donatione principum aut quocumque modo rem ad fiscum pertinentem usque ad nostra decennalia sine aliqua interpellatione possidenes, secundum ius enim haec intellegitur esse possessio, securi possideant*”.

³⁴⁹ CTh. IX, 20.1: “...quoties de re familiare et civiles et criminalis competit actio, utraque licere experiri, nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi. Sic denique et per vim possessione deiectus, et de ea recuperada interdicto unde vi erit usus, non prohibetur tamen etiam lege Iulia de vi publico iudicio instituere accusationem...” y la *Interpretatio* señala que “*Sunt causae permixtae, civiles parites criminalis; et possunt hae causae ita divici, ut pruis civilis, deinde crimimalis agatur, si voluerit accusator: ita ut si quis de re sua fuerit violenter expulsus, et rem ablatam civilis primitur maluerit actione repetere, momentum sibi restitui petat, et de eius proprietate is, qui expulsus est, civiliter fuerit superatus, criminali postmodum actione servata, recepto primitus momento, potest postmodum impetere violentum...et reliquis similibus causis actio tribuatur*”. Aunque se menciona *agatur* y *actio*, lo que se busca por el legislador no es el tecnicismo clásico, sino que late una preocupación por combatir la violencia como mecanismo usado para apropiarse de las propiedades ajenas o de la posesión, que es comocida como *momentum*.

³⁵⁰ CTh. II, 23, 1 pr.: “*Quisquis armatae militiae stipendis communitatis in solo publico vel aedificium aliquos construxerit vel septis qualiblibet spatia certa concluderit, perpetuo et firmo dominio eadem ex nostra generali auctoritate possideat...*”. La *Interpretatio* no admite lugar a dudas al imponer la sanción económica a quien tal disposición contraviniera: “*Contra quam rem etiamsi surreptum principi fuerit, non solum impetrata non valeant, verum etiam improbus petitor viginti libras auri fircp cogatur exsolvere*”.

disposición imperial se puede colegir que los márgenes conceptuales de dominio y posesión están difuminados. No es que los citados Emperadores confieran la simple posesión de los referidos bienes, pues lo que otorgan es el dominio de los mismos, o una posesión perpetua y transmisible, desde su condición imperial de general autoridad. Puede pensarse que se trata de un supuesto equivalente a la propiedad. Lo llamativo es que fijan su atención en el aspecto visible del dominio, esto es, la posesión o tenencia de un bien, como nota evidente ante terceros del *dominium*.

Ello no significa que en el ideario jurídico del pueblo hubiera desaparecido de forma radical la expresión reivindicar para reclamar sus cosas. Así parece atestiguarlo el CTh. X, 12, 1, 1³⁵¹. Lo que sucede es que se ha roto la equivalencia o vinculación de la idea de reclamar o reivindicar con su conexión con el proceso o *actio* que le legitimaba y le servía de cauce. Nada impide ejercer su potestad de vindicar a quien hallase un tesoro³⁵².

De todos modos, la nítida separación del Derecho Romano Clásico entre *actio in rem* y *actio in personam* se ha visto enturbiada en el Derecho Vulgar, lo que muestra la desintegración del sistema de acciones. Aunque aparecen reminiscencias en el *Codex Theodosianus*, éstas parecen ser un rancio recuerdo de un pasado. Ante la insolvencia de un deudor, que enajenó parte de sus bienes y dejó una deuda a un municipio, refiere Ernst Levy³⁵³, los adquirentes de los bienes pueden ser hechos responsables del pago de la deuda al municipio. Así en CTh. XII, 11, 1, 1³⁵⁴. Como puede deducirse, el derecho de la entidad pública a cobrar primaba sobre los acuerdos de las partes, pensando que en muchos casos se donaban los bienes para evitar el pago, y seguía y

³⁵¹ CTh. X, 12, 1, 1: “*Sed et dominis propriorum vindicatio competat et eadem poena, quae de occultatoribus et fugitivariis data est, unusquisque teneatur*”.

³⁵² CTh. X, 18, 2 pr. Dada por los emperadores Gratiano, Valentiniano III y Teodosio II al pueblo de la ciudad de Constantinopla, en 380: “*Quisquis thesauros et condita ab ignotis dominis tempore vetustiore monilia quolibet casu repererit, suae vindicet potestati...*”

³⁵³ Ernst Levy. *Derecho Romano Vulgar*, cit. pág. 210.

³⁵⁴ CTh. XII, 11, 1, 1: “*Et qui nefas est obnoxiiis corporibus alienatis circumscribi civitates, placuit, si qui debitor rei publicae civitatis quippiam ex eo patrimonio, quod habuit. Cum pecuniam rei publicae sumeret, donaverit vel distraxerit vel qualibet in alium contulerit, qualitate rei alienatae perspecta atque omnibus debitoris facultatibus consideratis, quas habuit, cum ei pecunia crederetur, pro rata ab eo, qui ex debitoris facultatibus aliquid detinet, ex sorte atque usuris postularit. Itaque quotiens minus idoneus deprehenditur eius patrimonium, cuius nomen kalendario civitatis alicuius invenitur obnoxium, iudex omni diligentiae sollicitudine debeat inquirere, ad quos ex qualibet condicione transierint debitoris facultates, ut singuli aequa aestimatione habita pro rata rerum quas possident conveniatur, personalem actionem contra eum habituri debotorem, qui ipsis solventibus liberatur. Ab eo autem, a quo constat fortunarum suarum partem maximam recessisse, etiam reliquam portionem quae aput eum resederit transferri ad idoneum oportebit*”.

perseguía a los bienes del deudor. Sin embargo, cuando ha conservado el deudor la mayor parte de sus bienes, la transferencia puede realizarla a persona idónea, es decir, con solvencia suficiente para garantizar el pago de los impuestos públicos adeudados. Se trata de una Constitución de Constantino. Nada de extraño tiene que el Emperador tratara de cortar de raíz la conculcación de los derechos de las ciudades. De todos modos, la carga de la fiscalidad municipal era tan gravosa que las clases pudientes optaban por abandonar las ciudades, pues era mucho más ventajoso construir sus villas en el campo, acompañados de todos sus trabajadores y servidores, liberándose de ocupar onerosos cargos representativos urbanos. En las tierras en que se ubicaba la Hispania romana son hallados vestigios de esta época en las villas romanas.

Tampoco debe ser motivo de sostener el mantenimiento del sistema de acciones, y en concreto de la pervivencia de la *actio in rem*, el hecho de que el CTh. XIII, 6, 6, que recoge una decisión de los Emperadores Valentiniano, Valens y Gratianus, de 372, con referencia explícita a tal *actio*³⁵⁵. Nuevamente reaparece el fantasma de la defensa de los derechos del Fisco, ante las conductas evasivas del pago de los impuestos, como motivación que suscitó la preocupación imperial. Se trata de un supuesto del derecho de los vendedores de derechos de empresas dedicadas a transportes en buques o naves, vinculadas con los servicios públicos de suministros de grano, aceites, etc., a las ciudades. Estas empresas gozaban de unos estatutos de estrechas vinculaciones personales entre sus miembros. No podían abandonar la actividad gremialmente organizada, salvo caso de cesión a hijos o familiares que continuasen con la actividad. Sus bienes, derechos y patrimonios personales estaban adscritos a la actividad. Si entrase en la sociedad un tercero distinto, ajeno, y pretendiese éste desvincularse de los compromisos societarios de la actividad, el vendedor disponía de una *actio* para conseguir la restitución de los bienes. Puede apreciarse que el Poder otorgaba la posibilidad legal de revocar la operación de venta y transmisión de bienes. Era una acción revocatoria, anulando la transmisión efectuada.

³⁵⁵ CTh. XIII, 6, 6: “*Fundi omnes ad navicularium dominium pertinentes et ad aliorum iura translati fisco vel re publica vel naviculario vel quolibet alio distrahente sive donante vel ad filios vel propinquos vel extraneus transferente, etsi ad navicularios translati sint, reddantur dominis actione in rem et persecutione concessa, niso maluerint hi, ad quos res pervenerint, onus agnoscere, cui era tille obnsxius, cuius nomine vindicatio competit, evictionis ac melioratae rei perceptorumque fructuum inspectione habita*”.

En el CTh., que constituye el monumento que recoge este Derecho Romano Vulgar, aunque se hubieran perdido los conceptos de *reivindicatio* y de *actio in rem*, para el Derecho Imperial, recogido por Teodosio II, el *dominium* era consustancial a los bienes y era usada la reivindicatoria frente a quien atacara el derecho dominical y frente a todo poseedor injusto, estuviere en posesión, o no, de la cosa o se viere amparado en buena o en mala fe³⁵⁶.

En cuanto a la forma procesal con la que se ventilaban en el Derecho Vulgar estas pretensiones que afectaban al dominio, fue Constantino quien dejó establecido en 325, que el demandante debía de probar conforme definía el viejo o antiguo derecho. Si no lograre hacer prueba contundente de su dominio, incumbía al demandado poseedor la necesidad de hacer prueba de sus derechos posesorios, de dónde procedían y en que derecho se fundaban, para de esta manera el *iudex* examinar la verdad³⁵⁷. De este modo puede establecerse que Constantino, en 325, constituyó la obligación procesal de que ambas partes debían hacer prueba de sus respectivos derechos.

Estos particulares que debatían en juicio sobre sus derechos estaban en igualdad de condiciones, haciendo bueno el principio procesal de que quien alega debe probar, aplicable a todos y no solamente al demandante. Este aspecto probatorio de derechos, de naturaleza procesal, nos sitúa en una situación de regresión a un concepto de *dominus* como de una propiedad relativa, no absoluta. De todos modos, las dudas asaltaron al poder legislativo, pues Arcadio y Honorio en 402 se enfrentaron con este mismo problema procesal de la carga de la prueba o sobre qué parte pesaba el *onus probandi*. Y el CTh., en XI, 39.12 se acoge una constitución que en alguna manera viene a introducir una facilidad para el demandado poseedor, como mecanismo de la defensa de sus derechos, la simple alegación y subsiguiente prueba de ser poseedor ya en concepto de tal, ya en concepto de heredero. La *Interpretatio*³⁵⁸ de esta norma es

³⁵⁶ CTh. III, 32.1: “*Minores, qui intra viginti quinque annorum aetatem sunt, preadium vel mancipium rusticum sine decreti interpositione alienatorum, etiam non petita in integrum restitutione, poterunt vindicare*”. Es una constitución de Constantino. Añade lo que sigue: “*qui vero post hoc tempus agere temptaverit, expellatur, ut iam certus securusque possessor sit*”.

³⁵⁷ CTh. XI, 39, 1: “*Etsi veteris iuris definitio et retro principum rescripta in iudicio petitori eius rei quam petit necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et iustitia moti iubemus, ut, si quando talis emiserit causa, in primordio iuxta regulam iuris petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat; sed si deficiat pars eius in probationibus, tunc demum possessori necessitas imponatur probandi, unde possideat vel quo iure teneat, ut sic veritas examinetur*”.

³⁵⁸ CTh. XI, 39, 12. *Interpretatio*: “*Lex ista hoc praecipit, ut probatio non a possessore, sed a petitoris partibus requiratur, quia omnem probationem ab eo quaeri debere decit, qui petitam rem*”.

clara. En todo caso, de estas disposiciones y su interpretación, aparece nítida la confusión de *dominium* y *possessio*. Y un complejo entrecruzamiento de ambas. Pero, a pesar de ello, como señala Ernst Levy³⁵⁹, no llegó a perderse de vista la graduación de ambos derechos y el asunto de la carga de la prueba, *onus probandi*, en absoluto enturbió la visión de distintos grados de derechos sobre una misma cosa en el Derecho Romano Vulgar. Así en un conflicto entre el dueño y el usufructuario, mientras durase el derecho a usufructuar, el dueño no podía soñar que prosperase su demanda de verse restituido en la cosa.

Además en el *Codex Theodosianus* se albergan muchas otras cuestiones de derecho, que afectan de una u otra forma a los institutos de la propiedad y la posesión. Así en CTh. V, 20.1., aparecen ideas que tratan sobre la *longa consuetudine*³⁶⁰, la cual cuando no impide ni perjudica a la utilidad pública, puede ser conservada por ley, al decir de la *Interpretatio*. Siempre que la costumbre, dejó establecido el Emperador Juliano, inveterada, por largo tiempo admitida dentro del respeto a las instituciones jurídicas, conservada así, permanecerá. La *Interpretatio* a esta costumbre la da rango de Ley, con la expresión “*pro lege*”.

Dentro del desvelo imperial de dar seguridad de futuro a los soldados de sus ejércitos, y como ejemplo de ello, se observa en el Código de Teodosio, una resolución imperial de Honorio y del mismo Teodosio que deja establecido un sistema jurídico de máxima seguridad jurídica para cuantos prados, para pasto, posean los soldados y los colonos de modo tal que no sufran molestia alguna. Se trata de posesión de prados entregados por el Emperador, procedente de sus *larguezas*³⁶¹. De muy similar manera, en las tierras *limitaneis*, es decir, sitas en los límites fronterizos, a los soldados veteranos se les posibilitaba el acceso a la posesión de los espacios sitos entre los fosos y las murallas defensivas. Los mismos citados Emperadores regulan la protección de los terrenos sitos en las proximidades de los castillos o fortificaciones defensivas,

desiderat, non ab illo, qui se iuste tenere contendit; praeter illum tantum casum, ubi interrogari necesse est possessionem, utrum ex sua persona an ex successione coeperit possidere”.

³⁵⁹ Ernst Levy. *Derecho Romano Vulgar de Occidente*, cit. pág. 228.

³⁶⁰ CTh. V, 20, 1: “*Venientium est temporum disciplina, instare veteribus institutis. Ideoque quam nihil per causam publicam intervenit, quae diu servata sunt, permanebunt”.*

³⁶¹ CTh. VII, 4, 4: “*Possessores nihil plus debent, quam quod nostro arbitrio nostrae perennitatis et magnificae sedis tuae dispositione per annos sinulos iubentur inferre. Nec vero milites aliquod praesumere debent, nisi quod largitate nostri numinis consequentur. Ideoque possessores vel coloni super pratis nullam molestiam patiantur”.* Protección a la situación posesoria de que disfrutaban los soldados, que se evidencia en CTh. VII, 7, 4, 5: “*...ne permittant possessores vel colonos pratorum gratia qualibet importunate vexari”.*

respetando los derechos posesorios determinados como antiguos, prohibiendo transmisiones particulares de estos terrenos, latiendo en tal medida razones de seguridad³⁶².

También el *Codex Theodosianus*³⁶³ refiere los plazos fatales para el ejercicio de las acciones, señalando la extinción de las mismas por el transcurso de treinta años, condicionando el nacimiento de sus efectos extintivos a que el mismo sea continuado, lo que nos sugiere la posibilidad de su interrupción. Se trata de normas procesales que se verán reaparecer siglos más tarde. En concreto la norma hace referencia además, al plazo de treinta años para resolverse la *litis*, fijada la posición procesal de las partes tras la *litiscontestatio*. No está de más, en todo caso, recordar que en la época de Teodosio II y Valentiniano III la edad media del ser humano, oscilaba en torno a los tres decenios.

El *Codex Theodosianus* dedica en el *Liber Octavus* una referencia a las *angarias*, que nos va a permitir un breve *excursus*, sobre esta materia, que sin duda veremos reaparecer en el Derecho Medieval Hispánico.

Paulo Merêa estudió esta institución de las *angarias* en 1940 y 1941³⁶⁴, en sus notas filológicas, haciendo un recorrido sobre este vocablo a través del Derecho Medieval Hispánico. De manera sorprendente el Maestro conimbricense, aunque busca posibles raíces árabes e incluso germánicas, no llegó a reparar en los claros antecedentes del vocablo *angarias* o *engueiras* en el Derecho Romano Vulgar. Resume Merêa el sentido de tal expresión en las fuentes municipales medievales portuguesas ser tanto como la pena pecuniaria que paga quien se sirve de animal ajeno sin el consentimiento o aun en contra de la voluntad de su dueño. En el *Codex Theodosianus* en el *Liber Octavus*³⁶⁵ aparece tratado este asunto. Se trata de unas

³⁶² CTh. VII, 15, 2: “*Quicumque castellorum loca quocumque titulo possident, cedant. Quia ab his tantum fas est possideri castellorum territoria, quibus adscripta sunt et de quibus iudicavit antiquitas. Quid si ulterius vel privatae condicionis quispiam in his locis vel non castellanus miles fuerit detentator inventus, capiutali sententia cum bonorum publicatione plectatur*”.

³⁶³ CTh. IV, 14, 1: “*Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblati speciale quoddam, licet per annotationem, meruisse responsum vel etiam iudiciis allegasse, nisi, allegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita, fuerit subsecuta conventio. In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam, in iudicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu, triginta denuo annorum devoluto currículo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur*”.

³⁶⁴ Paulo Merêa. *Sobre a palavra “angueira”*. En *Estudos de História do Direito, I. Direito Português*. Págs. 471 y ss. I. N.- C. M. Lisboa, 2007.

³⁶⁵ CTh. VIII, 5, 0: “*De curso publico angariis et parangariis*”.

constituciones de Constantino relativas a requisas de medios de transporte a causa de necesidades³⁶⁶. Se procura evitar abusos. Los Emperadores Valentiniano III, Teodosio II y Arcadio, en 386 dispusieron instrucciones sobre empleo de dinero público para el pago de estas requisas de medios³⁶⁷. Eran normas que concretaban al *comes* encargado de la administración, cuando la necesidad de medios de transporte era del Imperio, la procedencia del importe a abonar consistía en el oro y la plata de las sagradas larguezas³⁶⁸.

De cuanto hemos puesto de manifiesto, Paulo Merêa pasó por alto, o no consideró de interés, el estudio de esta institución en el Derecho Romano Vulgar, que volvió a reaparecer en el Derecho Hispánico Medieval. El Profesor de Coimbra insiste, siguiendo a Gama Barros, en tratarse de servicios empleando para ello animales, en trabajos usando carros. La realidad es que en época de Valentiniano III y Teodosio II, además, se usaban naves significadamente para transportes desde Africa o Sicilia (CTh. VIII, 5, 29) con la finalidad de traer cereal a las necesitadas ciudades. En absoluto hemos tratado de enmendar la plana a tan elevada autoridad en la materia. Solamente en apuntar incidentalmente unos datos ampliatorios, con la finalidad de llenar alguna presunta laguna que en nada desmerece la inmensa labor de investigación del Mestre Paulo Manuel Merêa.

Otro terreno movedizo entre *dominium* y los *iura in re aliena*, de difícil frontera delimitadora, en el Derecho Romano Vulgar, lo constituyen los supuestos de *ius perpetuum* y la *enphyteusis*. En el Derecho Clásico estas dos formas e, incluso, el *ius in agro vectigalis*, conceptuaron a su titular como propietario³⁶⁹. Gayo ve cierto

³⁶⁶ CTh. VIII, 5, 4, pr. : “*Certis nuntiis compertum est, quod plures veluti sibi ac necessitatibus propriis petitas angarias taxato pretio distrahunt*”. Y en 5, 5, 4, 1: *Non improbum tamen est, si is, qui angarialem habet copiam...*” y en 8, 5, 11: “*Ne qua posthac amplius quam duas angarias et hoc eorum, si quis aegru sunt, causa usurpare conetur, cum ad destinata proficiscitur, ita tamen, ut pro singulis angariis bina boum paria consequatur. Si qui post hanc legem amplius moverit, in maximam se reprehensionem sciat esse venturum*”.

³⁶⁷ CTh. VIII, 8, 5, 48, 1: “*...sed angariis ven navibus dirigantur et si alicubi repertae fuerint huiusmodi species, thensauris eius urbis, in qua deprehensae fuerint, deputentur, per angarias, ubi facultas fuerit, destinandae...*”. La obligación de pago de la requisa de medios de transporte era en estos casos a cargo de los fondos de la ciudad necesitada de estos transportes.

³⁶⁸ CTh. VIII, 5, 48 pr. “*Si aurum sacrarum largitionem vel argentum ad comitatum nostrum destinatur, una raeda quingentis auri libris, mille vero argenti, si vero privatorum, auri trescentis vero argenti libris oneretur.*” De esta disposición imperial puede deducirse el valor de la libra de oro era el doble que la de plata.

³⁶⁹ D. 20. 1. 31. Recoge una *responsarum* de Scaevola sobre la cesión de un fundo tributario condicionado a que si durante un tiempo no se satisfizo el tributo, volviera el fundo al *dominus*;

parentesco entre el arrendamiento y la compraventa. Así, cuando un fundo es arrendado a perpetuidad, como los fundos de los municipios, mientras se pague el tributo, no se le puede desposeer ni al arrendatario titular ni a su heredero. Gayo recoge la opinión común de ser un contrato de arrendamiento³⁷⁰.

Pero la idea de que todo receptor-poseedor de tierra fiscal, no temporalmente, pagando el canon, la conserva indefinidamente con derecho a transmitirla ya *inter vivos* ya *mortis causa*, fue ganando carta de naturaleza. El *ius perpetuum* pasó a ser considerado un *dominium*, aunque titularmente el *fiscus* siguiera siendo el dueño y receptor del canon, que gravaba la posesión y el derecho a cultivar el fundo.

Otra forma de *ius in re aliena* es la *superficies*. Quien edificaba en suelo ajeno no adquiría, en el Derecho Clásico, la propiedad del edificio levantado, aunque conservaba el dominio de los materiales empleados. Regía el principio general del derecho configurado en la máxima *superficies solo cedit*³⁷¹. Pero cuando el requisito clásico de contrato *locaticio* o de *emptio venditio*, para transmitir el derecho de superficie, fue sustituido por el mero consentimiento del *dominus* del terreno, apareció un derecho real a favor del constructor de buena fe, consentido y perpetuo, que tenía toda la apariencia de un *dominium*, asimilable o análogo al arriendo perpetuo de tierra de cultivo o a la *superficies* sobre terrenos de titularidad pública.

Respecto de la institución jurídica de las servidumbres, *servitus*, se desdoblan las mismas entre *servitus* reales y personales, siendo el origen de éstas de posible origen oriental³⁷², como un *ius in re*, aunque en Occidente la evolución sea distinta. En el Derecho Clásico, Gayo las conceptúa como derechos incorpóreos, que no se pueden tocar, y las divide en urbanas y rústicas³⁷³, señalando entre las primeras el derecho de edificar más alto, tapar luces al vecino, o lo contrario a ello, o verter agua de lluvia al predio vecino o permitir introducir tuberías y abrir ventanas. Rústicas son las de camino, paso y conducción de ganado, abrevadero y conducción de agua.

constituida después sobre el fundo una prenda, impagado el tributo, quedaba extinguida la prenda. En realidad la renta o canon se llama tributo, impropia, al ser el fundo de índole tributaria.

³⁷⁰ Gayo. *Instituciones*, 3, 145: "...*Veluti si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipium...Sed magis placuit locationem conductionem esse*"

³⁷¹ D. 6. 1. 59. Recoge un texto de Juliano: "*Habitator in aliena aedificia fenestras et ostia imposuit, eadem post annum dominus aedificiorum demisit...nam quae alienis aedificiis connexa essent, ea quamdiu iuncta manerent, eorumdem aedificiorum esse...*".

³⁷² Ernst Levy. *Derecho romano vulgar de Occidente*, cit. pág. 53.

³⁷³ Gayo. *Instituciones*, 2, 14: "...*Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum*".

Pero en la época dominada por el Derecho Vulgar se pierde el concepto e, incluso, la palabra *servitus*. La preocupación legislativa imperial, hasta Justiniano, se centra en regular lo público, ya en materia de construcción como en adquirir derechos para beneficiarse los particulares del uso de las aguas de los acueductos públicos³⁷⁴. Lo cual no obsta para que persistieran las *servitus* de derecho privado. Los aprovechamientos del agua o de paso, privados, pudieron haber sido considerados como una prolongación del *dominium* del predio que de estos derechos se servía y beneficiaba, o con efectos jurídicos similares a los obtenidos de un usufructo. Coincidiendo con la difuminación del concepto de *dominium*, la *servitus* fue tomando los contornos jurídicos de una carga no personal sino real. Pasó a ser un *ius in re*, aferrado en lo sucesivo al predio, fuera quien fuere su futuro dueño.

De lo que se acaba de señalar respecto del *dominium*, en el Derecho Vulgar se fueron adhiriendo y asimilando, en su contorno, determinados *iura in re aliena*. La confusión conceptual subió de grado a medida que el término *dominium* fue intercambiable con el de *possessio*. Los juristas artífices del Derecho Romano Vulgar denominaban al propietario como *possessor*, *possidens* o detentador de la *possessio*. Esta situación provenía del hecho de que el jurista reflejaba lo que el vulgo apreciaba directamente al ver que en la abrumadora mayoría de las situaciones el propietario era poseedor y el poseedor era propietario del bien, o al menos algún derecho tenía.

La evolución de estas confusiones llegó a ser de tal naturaleza que los denominados *ius in re aliena* llegaron a desaparecer; las *servitus* pasaron a otra categoría jurídica; *ius perpetuum* y *usufructus* pasaron a ser variedades de *dominium*. Ello no obstante, el suelo estatal y el suelo *limitanei* estaba en manos del Estado; en los *bona materna*, el padre supérstite disponía de un dominio equivalente a usufructo, al tiempo que los hijos tenían la *proprietas*. El resultado práctico de esta evolución fue, como señala Levy³⁷⁵, el *dominium duorum in solidum*. Pero en tales situaciones, existía una graduación en la consideración del *dominium*. Por ejemplo, la administración imperial recuperaba el suelo si tal era abandonado o se dejaba de pagar el canon. Tal evolución conceptual en el tiempo, llevó en esta solidaridad dominical a desembocar en un *dominium directum* o eminente, y un *dominium utile*, en que se ha

³⁷⁴ Ernst Levy. *El derecho romano vulgar de Occidente*, cit. pág. 54.

³⁷⁵ Ernst Levy. *El derecho romano vulgar de Occidente*, cit. pág. 65.

pretendido apreciar la coincidencia con principios del derecho germánico, básicos para el Derecho Feudal.

Tal desmembramiento del *dominium* se observa con profusión en el Derecho Feudal, aunque ya tales embriones conceptuales se pueden detectar en el Derecho vulgar, coincidiendo esto con la práctica jurídica greco-oriental, por cuanto el *dominium* era invisible, aunque todo el mundo tenía ante sí que la posesión era la evidencia del *dominium*. Es más, hasta Diocleciano con excepción del solar itálico, en todas partes, la propiedad del suelo recibía el nombre, primordialmente, de *possessio*. Esta forma naturalista de ver la realidad era común a todos los pueblos en fase primitiva, no estando exenta de ella, incluso, los romanos.

El olvido de la técnica de los jurisconsultos romanos, así como la pérdida del concepto de *dominium* del *ius civile* como eslabón fundamental del Derecho Romano, hizo que el Derecho vulgar centrara su atención en la descripción de las facultades como posibilidades de hecho. Hay una vuelta al derecho primitivo romano. Bajo el principio procesal del *meum esse*, tanto el *usufructus* como las *servitutes* quedaron como manifestaciones de aspectos visibles del *dominium*. La misma realidad afectó a los *iura in re aliena*. La belleza exterior del edificio del Derecho Clásico quedó eclipsada por la vuelta al hallazgo de los viejos y humedecidos cimientos del Derecho Romano primitivo sobre los que aquél se había levantado. Y reapareció sobre la sociedad todo un mundo de derecho vulgarizado.

II. 4. Justiniano y su obra: breve apunte.

En el primer tercio del siglo VI, bajo el impulso recopilador del Emperador Justiniano, en el Imperio de Oriente se recogió y dio forma al saber jurídico Romano Clásico. Triboniano y otros destacados juristas rescataron para tiempos futuros la belleza del olvidado edificio jurídico romano. Pero aunque conservaron los pilares conceptuales del Derecho Clásico, en los entresijos de la labor compiladora, se deslizaron ideas del Derecho Vulgar observadas en la práctica. No pudieron los juristas justinianos sustraerse a la admisión de términos de *possessio* para enlazarlos con el *dominium*³⁷⁶. De todos modos conviene no olvidar que los compiladores no solamente

³⁷⁶ Justiniano. *Codex*, 10, 21, 1: “*Res eorum, qui fiscalibus debitis per contumanciam satisfacere differunt, distrahantur; comparatoribus data perpetua firmitate possidenti*”. Se trata de un Edicto de 327 del Emperador Constantino a las autoridades provinciales de África, autorizando la venta de tierras vendidas con perpetua seguridad de poseerlas por causa de negativa contumaz al pago del canon. Esta perpetua seguridad de poseer las tierras equivale a propiedad.

sistematizaron el Derecho Romano Clásico, sino que incluyeron, además, variadas disposiciones dadas por Emperadores que ya estaban bajo la influencia del Derecho vulgar.

Distínguese, en el Derecho Justiniano, entre dominio y posesión al hablar de la *actio Publiciana*, pues ésta se refiere a una semejanza de propiedad y no de posesión³⁷⁷. Se amplió el término *possessio*, como mero ejercicio de hecho sobre derechos, a cosas incorpóreas como la *servitus* y la *superficies*, con lo cual se dotó de ambigüedad y cierta complejidad el uso de *possessio*, aunque, pese a ello, la idea justiniana de *dominium* era clara. Desaparece el término *in bonis esse*, siendo *dominium* el derecho pleno sobre la cosa, sin que con él se hiciera referencia a la situación de *possessio*³⁷⁸. El Emperador Justiniano, en efecto, aunque limitando sus efectos al territorio imperial de Oriente que era sobre el que tenía la influencia de su Poder soberano, culminó el proceso evolutivo observado con nitidez en el periodo postclásico romano al unificar las distintas formas del *dominium* sobre los bienes. Así el *dominium ex iure Quiritium*, la *in bonis esse*, la *possessio* como mecanismo jurídico de tenencia del *ager publicus*, sin olvidar la *proprietas* que estuviera en manos de los peregrinos, todas estas formas de propiedad fueron unificadas. Eran distinciones recogidas en vocablos vacíos y superfluos basadas en inútiles leyes antiguas. Lo cierto es que Justiniano no denomina a esta unificadas *proprietas* ni con esta nominación, ni siquiera como *dominium*. Sin embargo, dos matices terminológicos, el asignar al *dominus* como plenísimo y legítimo dueño no solo sobre el esclavo sino sobre todas las demás cosas que a tal *dominus* le pertenecen, permiten deducir que Justiniano persiste en expresar tal relación legítima y la más plena sobre las cosas que le pertenecen como *dominium*³⁷⁹.

Justiniano acoge con decisión el concepto de los *iura in re aliena*. Y así, respecto del usufructo³⁸⁰, de forma indudable fue conceptualizado como un derecho sobre cosa ajena. A diferencia con el Derecho Vulgar para el que las *servitudes* eran limitaciones a la propiedad, la idea justiniana era que la *servitus* y el *usufructus* disponían de un control y uso efectivo de las cosas. En cuanto al *ius perpetuum*, englobado en la

³⁷⁷ D. 6, 2, 7, 6: “*Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit*”.

³⁷⁸ D. 47, 9, 7, al final: “*A domino quoque possessionis, in qua id admissum dicatur...*”. *Dominus possessionis* es el dueño de las cosas que, en cuanto tal, son poseídas.

³⁷⁹ Justiniano. *Codex*, 7, 25, 1, *in fine*: “*Sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sive aliarum rerum ad se pertenentium*”.

³⁸⁰ Justiniano. *Codex*, 3. 33. 17, *in fine*: “*Tunc etenim usufructus omnimodo ereptus ad suam revertatur proprietatem*”

enphyteusis, permanecieron en la nebulosa de la indefinición, excepto en cuanto a la responsabilidad del pago del canon. Al enfiteuta no le pertenecía el fundo, y fue un *ius tertium*, por su difícil encaje en el sistema, pero era, en todo caso, un *iura in re aliena*. Aunque las facultades del enfiteuta se aproximaban a las del dueño, no se le conceptuaba como propietario. Respecto de la institución de *superficies*, Justiniano ni siquiera llegó a utilizar tal término³⁸¹. Le concibe como un enfiteuta. Aventura Ernst Levy la carencia de interés para el Emperador Justiniano sobre el problema de edificar en suelo ajeno, pues en su época debían de sobrar terrenos edificables.

Y en cuanto a la propiedad de la *dos*, -la dote- respecta, los compiladores justinianos³⁸² se pronuncian sin vacilación a favor de los derechos de la mujer, que, disuelto el matrimonio gozarán de toda suerte de prerrogativas tendentes a la recuperación de los mismos pues los mismos habían sido de la mujer en un principio y permanecieron naturalmente en su dominio, gozando de una acción real además de la hipotecaria, salvaguardando siempre sus derechos³⁸³.

Otra distinción novedosa, respecto el Derecho Clásico, afectó a la institución de la prescripción y la usucapión. En lo que se refiere al suelo itálico, la *usucapio* continuó al modo del Derecho Clásico, es decir, posesión de un año para los bienes muebles y de dos años para los inmuebles. Y para el suelo provincial, desde el siglo II, existía, para su protección, la *longi temporis praescriptio*, tanto para el suelo como para los bienes muebles afectos a aquél, con un periodo de *usucapio* de diez años *inter praesentes* y de veinte años *inter absentes*. Habría de ser añadida la prescripción extraordinaria, aplicable al *bonae fidei possessor* después de treinta años. Señala Ernst Levy³⁸⁴ que así fue considerada la *usucapio* desde 225, y con el añadido de esta última novedad, así seguía estando la cuestión en 525. Justiniano se encontró con el hecho de que, siglos antes, el Emperador Diocleciano, urgido por necesidades fiscales, sometió al suelo itálico al pago de tributo, de cuyo hecho se extrajo la conclusión de que el suelo provincial se integraba en el dominio privado.

Bajo Constantino, principios del siglo IV, quedaron equiparados los mecanismos de transmisión de la propiedad, máxime con la desaparición de la

³⁸¹ Ernst Levy. *Derecho Romano vulgar de Occidente*, cit. pág. 77.

³⁸² Justiniano. *Codex*, 5, 12, 30.

³⁸³ Justiniano. *Codex*, 8, 18, 12, 2, al final: “*Non etiam pro lucro fovemus milieres, sed ne damnum patiantur suisque rebus defraudentur, curamus*”, legisla el propio Justiniano en 531.

³⁸⁴ Ernst Levy. *El Derecho romano vulgar de Occidente*, cit. pág. 169.

mancipatio. Por entonces, mantener los cortos plazos de *usucapio* del Derecho Romano Clásico sería fuente de conflictos jurídicos, contribuyendo a una innecesaria inseguridad jurídica. En todo caso, Constantino elevó al plazo prescriptivo a cuarenta años, que rigió a lo largo del citado siglo IV. Honorio, fallecido en 424, tratando de superar la tragedia que suponía la invasión de los vándalos, introdujo una excepción pues ordenó que en toda la tierra ocupada por la violencia de las armas por los vándalos, quedase en suspenso la prescripción de treinta años, en tanto en cuanto continuase la ocupación basada en los desórdenes. La generalización del hecho de señalar al plazo de treinta años es una adaptación del hecho natural de ser la edad media de la vida de una persona, en aquella época. Esta regulación jurídica, el señalamiento de treinta años para la prescripción, pasó a la legislación visigoda, justificada como algo natural. Así lo acogió Recesvinto³⁸⁵.

Puede afirmarse que el Derecho Romano Vulgar es un Derecho de Transición, que marca el final de una época histórica y el horizonte de unos tiempos nuevos. Cuando hablamos de una época histórica que concluye, no nos referimos al derrumbe del Imperio Romano. La época histórico-jurídica que periclita es la que representó con toda su grandeza y esplendor la *Jurisprudentia* romana. El Derecho Romano ya no era lo que fue. Se perdió para siempre la función creativa e innovadora del Derecho, y éste quedó difuminado en la *lex*, de todo lo cual se apropió el Poder Político. Cuando nos referimos a la transición a nuevos tiempos, nos referimos a los que se vivieron en las provincias occidentales del Imperio.

No obstante la importancia y futura trascendencia de la labor compiladora de Justiniano, realizada en las primeras décadas del siglo VI, conviene tener en cuenta el hecho de que durante muchos siglos en el Occidente europeo la misma pasó desapercibida e ignorada. La Europa occidental siguió un rumbo político propio autónomo consistente en su parcelación en distintos reinos. El poder quedó fragmentado en su ejercicio, territorializado y ejercido por concesión o delegación regia. Y vivió en un régimen o sistema social basado en el feudalismo. Y el régimen feudal generó un

³⁸⁵ *Liber Iudiciorum*, 10, 2, 4: “...*Tricennalis ergo transcursio temporum quum tam constanter inolevisse videatur in negotiis sanctionu, ut iam non quasi ex institutione humana, sed veluti ex ipsarum rerum videatur processisse natura: ideo valitura sanctionis huius eaternitate decernitur, ut si per tricennii tempus...*”.

sistema propio, el derecho feudal, que durante siglos se enseñoreó en todo el ámbito territorial de la Europa Occidental.

La obra de Justiniano fue descubierta en el Occidente Europeo siglos más tarde. Es la Recepción. Sobre ello volveremos más adelante, porque en gran medida contribuyó a desbancar el Régimen Feudal, propiciando las bases precisas para la implantación del Estado Moderno.

III. Nuevos tiempos en las provincias occidentales romanas.

El colapso del Imperio Romano, en su parte occidental, es un hecho de incuestionable repercusión histórica. Tan es así que, a la hora de parcelar la Historia, ese hecho supone la frontera convencional entre dos Edades, la Antigua y la Media.

Las oleadas invasoras bárbaras originan una nueva realidad histórica que marcará el inicio de la que será conocida, en términos históricos, como Edad Media. Pueblos de etnia, lenguas, derecho y distintas costumbres se instalan en el solar de la Europa occidental, fragmentándolo e introduciendo nuevos elementos culturales. Estos pueblos no pretenden la destrucción de una sociedad, la romana, en que se instalan y que, para algunos de ellos, no era totalmente desconocida, pues habían convivido con la misma, en contacto con ella, o en su seno, durante siglos, bien de forma pacífica, bien jalonada de permanentes conflictos bélicos. Esta convivencia secular había permitido, a algunos de estos pueblos extranjeros, asimilar la cultura romana, su lengua, el latín, con el abandono de la suya propia, así como el Derecho Romano aunque éste ya no es el Clásico, sino otro derecho distinto que, sin perder del todo sus raíces romanas, ha sido objeto de empobrecimiento técnico, al sustituir el rigor de los celebrados juristas romanos, por la praxis cotidiana que hace de la costumbre del pueblo el mecanismo social de su vivencia.

El territorio imperial del Occidente Europeo se parcela. Estos pueblos invasores se asientan en distintos territorios como ejércitos de ocupación. Tras variadas vicisitudes históricas, violentos enfrentamientos bélicos y ser derrotados por los francos, los visigodos abandonan la Aquitania y su capital de Tolosa, traspasan los Pirineos y se instalan en parte de la Península Ibérica, que, a su llegada, era un mosaico de pueblos, de culturas y diversificada en distintas sociedades. A su vez, el pueblo franco, de origen germánico, forja su futuro en un entorno geográfico, con los Pirineos como límite fronterizo, barrera que no impidió su incursión en Cataluña.

La Península Ibérica, la antigua Hispania romana, en el momento de la llegada del pueblo godo, no puede afirmarse que se trate de un único pueblo uniforme ni de una sociedad homogénea, pues está ocupada por los suevos en el Noroeste; más tarde, a iniciativa del Emperador de Bizancio Justiniano, en una amplia franja del sureste de la Hispania, se intentó restablecer el sueño del Imperio Romano, utopía imposible que la nueva realidad hizo inviable. Por otro lado el pueblo visigodo como un ejército visigodo de ocupación se encuentra con una población, que es la hispanorromana, que les desborda y supera ampliamente en número. Esta es la realidad que ve al pueblo invasor, el cual además sigue ocupando y dominando, allende los Pirineos, una parte de los territorios, que a la postre serán integrados en el reino de los francos.

En esta realidad aparece una situación novedosa: un vacío de poder político y sus consecuencias. Se podrá hacer la observación de que al lado de las manifestaciones políticas autónomas que el pueblo visigodo va forjando, puede distinguirse con nitidez un tejido común supra nacional. Al mismo tiempo que se entrelaza el pluralismo jurídico de nacionalidades incipientes, aparece como innegable que esa base jurídica, ese soporte común de todos ellos: se trata de la pervivencia del Derecho Romano que subyace como sustrato común. Es cierto que el edificio jurídico romano se resquebraja desde el siglo IV, detrás de lo cual se deja entrever la aparición del fantasma de la debilidad del poder político. Ese entramado común, que van entretejiendo los pueblos, contiene elementos comunes que permiten atisbar la europeidad del Derecho Medieval, en embrión y en proceso de su construcción evolutiva.

La fosilización del Derecho Romano Clásico, producto cultural nacido de la labor de la *Jurisprudentia* como fuente creadora del Derecho, es la consecuencia de la puesta al servicio del poder político que convirtió a los juristas en funcionarios del régimen imperial. La debilidad militar, la impotencia para defender los límites del Imperio en Occidente, el resurgimiento de la pujanza de las gentes que habitaban en las provincias y la recuperación de sus costumbres, así como las crisis económicas, constituyó el terreno abonado para el deterioro del Derecho Romano, que hizo posible el nacimiento de una praxis jurídica que sin dejar de tener una raíz romana, se vulgarizó, perdiendo la brillantez que la labor de la *Jurisprudentia* le otorgara. La sociedad se autonomiza y se va perfilando al margen del derecho oficial, es decir, este Derecho Romano Vulgar, un

nuevo derecho extraestatal, como lo denominó Paolo Grossi³⁸⁶. Al lado del derecho viejo, que ya no sirve porque no es observado ante la ausencia de un Poder Político que lo respalde e imponga, aunque permanece como un sustrato cultural, surgen nuevas instituciones emanadas de las tradiciones que la sociedad va recuperando de su seno, al tiempo que se acuñan otras nuevas, al rescoldo del calor de las costumbres que aportan los pueblos invasores del solar imperial occidental. Al mismo tiempo que se ciegan las fuentes de producción del “Derecho del Imperio”, aparecen nuevas fuentes de producción de normas de los vivos manantiales de la sociedad.

Es cierto que los reyes francos, longobardos y visigodos tratan por diversos medios coactivos de pretender su situación de preeminencia política con una incesante actividad legislativa. Pero los reyes carecen del monopolio de la creación del Derecho. En la nueva realidad social se confunden los hechos y el derecho y este nuevo estado de cosas propicia que sea la sociedad el hilo conductor por donde circula el mundo de lo jurídico, tanto en la creación del derecho como en su aplicación, mediante el derecho consuetudinario. La costumbre es la ley y la ley queda reflejada en la práctica consuetudinaria.

Entre los siglos IX y XIV los dominios latifundistas del Occidente europeo sufren una transformación profunda. Ganshof³⁸⁷ estudia la sociedad agraria medieval en su apogeo señalando una serie de hechos, entre los cuales destaca el gran impulso originado por el crecimiento demográfico que propiciara la puesta en cultivo de tierras a gran escala, a partir de la centuria undécima. Se ganó terreno al mar en Flandes y se luchó encarnizadamente contra el proceso de invasión de la selva en Normandía, al tiempo que se rehicieron los cultivos de tierra en el Rosellón, devastada por las hordas árabes.

En Alemania este proceso se observó desde la décima segunda centuria. Lo que en Flandes fue una guerra encarnizada contra el embate del mar, en los dominios tedescos lo fue contra la selva. Tanto en Francia como en Alemania, la autoridad eclesiástica emprendió la ardua tarea de repoblar y poner en cultivo terrenos yermos. Para propagar la fe era necesario atraer la población, incentivar su crecimiento expansivo. En tal labor los tenedores o detentadores de tierras de dominio eclesiástico ampliaron las tierras

³⁸⁶ Paolo Grossi. *El orden jurídico medieval*. Marcial Pons. Madrid, 1996.

³⁸⁷ Ganshof, F. L. en el cap. VII, Tomo I de la *Historia Económica de Europa*, dirigida por J. H. Clapham y Eileen Power, págs. 337 y ss. Obra prologada en 1948 por José Larraz. Edersa. Madrid.

laborables. El método de cultivo consistía en la rotación de los cultivos doble o triple. La pobreza de los suelos obligaba a barbechos revitalizantes. Continuó la práctica de los aprovechamientos de pastos, caza y leña en terrenos de uso comunitario. La ganadería y el cultivo cerealístico eran actividades que se complementaban.

Ya en el siglo XII en los territorios ocupados por germanos y francos fueron frecuentes las cesiones o concesiones de tierras señoriales mediante los arriendos a plazo fijo y determinado, costumbre que se generalizó hasta el siglo XIV. Estas contrataciones locaticias a plazo fijo, ya en el siglo XIII adoptaron dos formas, es decir, los de renta fija y concreta y los de aparcería, de rentabilidad variable en función del total de lo cosechado, en proporción de los rendimientos obtenidos. En el derecho anglosajón proliferó este tipo de ocupación de tierra ajena, mediante una tenencia temporal limitada en el tiempo, por años, - *term of years*- ocupación que nació como un derecho de señorío limitado dependiente de la voluntad del señor cedente. Era una *personal property*. Primaba en tal relación el interés personal. Posteriormente, cuando se generalizó la práctica, nacida de un interés económico que desbordó el criterio personalista y su contenido, proliferó la aparición de familias necesitadas de tierra que cultivar e interesó una nueva fórmula de ocupación de las tierras, surgió la relación locaticia. Era el arrendamiento -*leasehold*- donde constaba un propietario territorial -*landlord*- y un inquilino -*tenant*-.

En la antigua Hispania era una práctica generalizada esta forma locaticia consistente, como contrapartida, en un porcentaje de lo obtenido, en cuanto al importe a satisfacer por el uso y posesión de los fundos cedidos para ser cultivados. Como en toda la Europa Occidental, las cesiones locaticias se convirtieron en vitalicias, incluso transmisibles en el ámbito familiar por herencia, dada la necesidad de mantener los cultivos de las tierras. No obstante en Normandía, Hainault y la Baja Sajonia la duración de los arrendamientos oscilaba entre uno y veinte años. También era práctica habitual el plazo de tres años, aconsejado por la costumbre de la forma de cultivo, de rotación trienal. En otras regiones tales arrendamientos eran asimilados, desde la consideración jurídica, como una venta, manteniendo la temporalidad de tales cesiones, pero el arrendatario que estaba en posesión del terreno se tenía como el verdadero propietario de la tierra. Tal sucedía en la mayor parte de la actual Alemania. La razón que impulsó tal práctica locaticia fue que el titular del señorío deseaba mejorar la

productividad del suelo, incentivando con ello el beneficio para el cultivador. El suelo se revalorizaba y el cultivador se esforzaba en ello pues el incremento de lo cosechado le favorecía. Con estas innovaciones locaticias no por ello desaparecieron las contrataciones consuetudinarias, tan apegadas a los localismos lugareños.

Tanto en los dominios ocupados por los francos mediante las *tenures* hereditarias, como en la antigua Hispania, a través de las *hereditates*, la mayor parte del campesinado proseguía en el cultivo de la tierra. El caso de la Península Ibérica, en muchos aspectos, tenía matices distintos y particulares. Parece demostrado que en España y Portugal no estuvo plenamente implantado el régimen feudal, sino un sistema señorial, pero, matices aparte, estuvieron vigentes muchos principios vigentes en el Régimen Feudal, bajo la capa del régimen señorial. El principal carácter peculiar hispánico es la idea de una recuperación del dominio de unos espacios que integraban un reino perdido. Era el añorado recuerdo de un pasado. Esta misma idea de tan gran pérdida fue recogida, añorada y llorada desde el otro pueblo, expulsado tras ocho siglos de permanencia en el solar hispánico, desde 1492. Tras tan prolongado espacio de tiempo, era perentorio reorganizar política y económicamente los espacios trabajosamente tomados al enemigo, propiciar su defensa y ponerlos en cultivo. La nobleza oligárquica y la autoridad eclesiástica adquirieron derechos sobre la mayor parte de la tierra. En León y Castilla, la recuperación de territorios perdidos, creó una amplia base social de cultivadores que eran dueños de las tierras que cultivaban. Entre los horizontes de los nuevos reinos hispánicos, que al calor de la actividad bélica surgieron, apareció una amplia franja de tierra deshabitada y poco apetecida para una vida tranquila y el trabajo seguro. Tal proceso colonizador exigía la oferta de ventajosas condiciones para hacer las pueblas.

La inseguridad jurídica y social surgió además del poder militar y fiscal de la clase poderosa y dominante, lo que incitó a buena parte de cultivadores a procurar refugio y protección personal y patrimonial en un señor, supeditarse a un señorío: así nacen las *benefactorías*, de que procede el vocablo *behetría*, situación relacional de dependencia y subordinación que recuerda a la *commendatio* romana. En la Hispania el arrendamiento o la tenencia de la tierra para su cultivo era una mera posesión, con derechos inherentes a tal situación, pero ello no obstante aún permanecían tierras libres de cargas que eran propiedad de sus cultivadores. Se trata de tierras que permanecieron extramuros del sistema feudal.

Los pagos de los censos o rentas, que justificaban la tenencia o posesión de la tierra, consistían generalmente en un porcentaje de las cosechas. La renta en dinero amonedado quería significar la expresión nominal de la renta. La referencia constante a los *solidos* como añoranza a una época pasada, que ya no existía, nos señala la dificultad de obtener metales con que acuñar la moneda. No pasaba de ser una expresión nominal de la renta. Además existían las denominadas *sernas*, cuya exigencia de su prestación en las tierras del señorío que el señor se reservaba para sí y que normalmente eran las mejores y más productivas, coincidían normalmente con unos tiempos en que apremiaba la siembra y cosecha de los renteros. El señor imponía y determinaba los días para las *sernas*. De ahí el reconfortante reclamo de ir a vivir a la ciudad. A su conjuro resurgió la pujanza económica urbana y el artesanado de las villas. El mercado procuró la salida de los excedentes agrícolas. La tierra circundante de las ciudades se revalorizó contribuyendo a la elevación de los precios.

Ya en el siglo XIV la renta-tipo europea era del 20%, la quinta parte de las cosechas. A ello había que añadir el 10%, las décimas o diezmos, que iban a parar a las arcas de la Iglesia. El titular del señorío no tenía mucho margen para pretender elevar sus beneficios exigiendo una elevación de las rentas a sus gentes, porque éstas se escapaban a vivir en las ciudades. Tal era el riesgo de vaciarse los espacios señoriales de mano de obra.

La nueva situación que afectaba a la sociedad feudal parecía obligar a evolucionar a una economía monetaria. Y pronto el Rey asumió la regencia del ámbito económico reservándose para sí el derecho de acuñar moneda como uno de los cuatro derechos indepartibles de su Señorío. Aquello no siempre lo consiguió pues la ceca y sus beneficios algunas veces fueron privilegio de manos privadas, anexas al señorío, como nos recuerda el privilegio obtenido por el Obispo Gelmirez, a favor de la sede compostelana. Siempre el Rey conservaba el privilegio de quebrar la moneda, con la generalizada protesta de súbditos y comerciantes que se veían indefensos ante tales medidas. En torno a 1202, en Benavente, el reino de León³⁸⁸ llegó a un acuerdo: la

³⁸⁸ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, Tomo I, pág. 107-108. Madrid, 1847. “*In ipsa etiam curia iudicatum fuit, sic semper fuerat, quod si Rex de novo voluerit suam monetam mutare in aliam, universi de suo regno equaliter recipere debent*”. Y en el párrafo final del expresado documento, puede leerse: “*Haec acta sunt, et firmes statuta, apud Benabentum in plena curia domini Regis, V Idus martii, Era MCCXL cum dominus Rex vendidit monetam suam gentibus*

moneda quedaba estabilizada por un periodo de siete años, casualmente coincidente con la duración media de los ciclos económicos bíblicos, pero pasaba a ser un impuesto, el de *moneda forera*. Esta novedad económica propició que el titular del señorío perdiese el aliciente vital de vivir de las rentas y mirase con interés ponerse al servicio del Rey, como funcionario o como militar, o pasando a vivir a la ciudad cuya pujanza ofrecía nuevas oportunidades o dedicándose a los negocios. Este novedoso hecho contribuyó a disolver los nexos que vinculaban al señor con sus campesinos, pero no gratuitamente sino a cambio de un canon anual como compensación a disfrutar de una situación más liberada de la asfisiante presencia de poder tan cercano. Por el contrario, cuando el campesino vivía en las tierras de *realengo*, la ventaja consistía en que el Rey se desplazaba constantemente y la sombra de su poder estaba más alejada del quehacer cotidiano del súbdito. No obstante, hubo señores que apegados a la acostumbrada práctica de vida, prosiguieron viviendo de sus tierras, incluidos el disfrute de servicios y *sernas*. Un rango de prestigio social al señorío le venía dado por el hecho del ejercicio de la justicia en sus tierras y sobre sus hombres.

Sobre la propiedad-posesión en el Derecho germánico ya hemos visto la institución de la *Gewere*. El Derecho anglosajón tiene, en esta materia de propiedad y posesión, por su parte unos criterios que en general confluyen con el modo de concebir esta cuestión la *Gewere* germánica. El Derecho Romano, la *possessio* siguió una ruta absolutamente necesaria para permitir culminar el proceso de conceptuar la *proprietas* como un derecho absoluto y soberano, un derecho desprovisto de cualquier atisbo de dependencia o contagio con los derechos personales, que era la referencia básica del denominado concepto de la propiedad relativa. En suma, propiedad y posesión, en Derecho Romano siguieron caminos paralelos pero separados; en algún modo, aquélla era un derecho soberano, y ésta se veía sometida a la relatividad derivada de la incidencia de la relación personal.

El derecho anglosajón, inmerso en las características del derecho feudal, concebía la propiedad como un derecho relativo derivado de la necesaria existencia de relaciones personales. Los bienes giran, en el mundo anglosajón, en torno a la idea de la *seisin*. La *seisin* es un título de tenencia de una cosa. Tal título tiene un carácter relativo, pues pueden surgir otros posibles titulares respaldados por vinculaciones de tipo personal,

terre à dorio usque ad mare VII annis de singulis pro emptione ipsius, singulos recipiens morabetinos similiter eodem anno, et tempore simili eorum empta fuit moneta in tota Extremadura”.

que esgriman *seisin* de mejor derecho que les permitan exigir a un tercero no inmiscuirse entre la cosa y ese otro superior derecho. Este título de *seisin* se aplicó directamente sobre los bienes inmuebles, cuando se trataba de ceder derechos sobre tierras basados y fundamentados en relaciones personales; los inmuebles eran el prototipo de propiedad real; para la *seisin* referida a bienes muebles se usó el nombre de *possession*. Tal diferencia de denominación en nada variaba el carácter obligacional de la *seisin*. La otra cara de la moneda de la *seisin*, su carácter real, se aprecia en impedir que otros interfirieran en el uso y disfrute del bien. La relatividad de la propiedad anglosajona proviene del hecho de que la relación con los bienes tiene raíces obligacionales, personales. El sentido conservador del pueblo inglés ha hecho que aunque la historia ha sido inflexible y se ha olvidado del nombre de *seisin*, sin embargo la relatividad o la vinculación personal, permanece empapando la idea del concepto de la posesión. En el fondo sigue latente el sentido derivado del carácter personal de la investidura de la *seisin* imbuyendo a la propiedad del sentido de las obligaciones inherentes a la misma. La tenencia física, material del bien, es el hecho patente de la posesión, solo cede ante una exigencia justificada del propietario, pero permanece tal privilegio posesorio frente a cualquier ataque de un tercero, pues la mera tenencia le confiere un mejor derecho a poseer. No cabe duda de que en el derecho anglosajón sigue latiendo con fuerza las reminiscencias culturales del Derecho Feudal.

En síntesis, puede afirmarse que en el territorio de la Península Ibérica, así como en las extintas provincias del Occidente Europeo con influencias romanas, el entramado normativo está integrado por tres piezas básicas, esto es, el Derecho Romano Vulgar de Occidente, el Derecho de la Iglesia Universal y por un complejo mundo de derecho consuetudinario de origen germánico³⁸⁹, inmerso en el Derecho Feudal.

III. 1.- El pueblo franco.

Tanto en el Derecho Germánico como en el Derecho Franco existe una diferencia a destacar respecto del Derecho Romano arcaico. Es una consecuencia derivada de la distinta evolución cultural. El pueblo romano vivía de la agricultura y la ganadería y estaba en permanente contacto, cotidiano, con la tierra, donde y de la que vive. Es *dominus* de sus fundos agrarios, o, en su caso, *possessor* de *ager publicus*. En cambio, cuando se producen sus invasiones sobre el solar de la Europa Occidental, los pueblos

³⁸⁹ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Curso de Historia del Derecho Español*, cit. pág. 420.

germánicos no están apegados a un territorio concreto, siendo frecuentes sus desplazamientos migratorios. Su acceso a la agricultura es posterior, en el tiempo, al del pueblo romano. El derecho germánico concibe que el disfrute de los aprovechamientos de la tierra está afecto a la comunidad, aunque el ganado, los rebaños, los caballos y las armas pertenecen al individuo. El pueblo franco, una vez estabilizado en su territorio, depende de una economía agrícola y ganadera para subsistir. La organización social se basa en el grupo familiar, en el cual queda encajado el individuo.

Los pueblos franco-germánicos, al depender de la tierra para garantizar su futuro, pronto conocieron la propiedad familiar. Se trata del *alodio o alleux*. Es el pleno dominio de una pequeña parcela que posibilitaba la estabilidad familiar en un territorio y procuraba subvenir los alimentos. Su proximidad al espacio en que se desarrollaba la vida familiar creaba una vinculación especial que hacía al *alodio* transmisible por herencia. Estos pueblos pronto conocieron el sistema organizativo feudal. Ya bajo Carlomagno se instauró la organización de la tierra en base a la concesión del *beneficium* y del feudo. A finales del siglo X, señala Ourliac, en el Languedoc se vincula al feudo el derecho señorial de ejercicio del derecho de justicia y el sometimiento al pago de un canon anual, aunque también se aplican a un *beneficium* vitalicio o a las *tenures*, tenencia posesoria de una tierra. El régimen feudal distinguió la propiedad directa y la propiedad útil. Todas las cosas eran susceptibles de transmisión. Las iglesias eran bienes familiares o individuales, del grupo familiar o persona que las hubiere edificado. La justicia y el derecho a acuñar moneda eran un aspecto de la propiedad privada. La clase nobiliaria señaló sus privilegios. Todo bien feudal es un bien inmueble.

En el Derecho franco, las Costumbres del Norte, introducen una nueva categoría de bienes. Son los *cateaux*. No son bienes muebles, ni se pueden atribuir a ninguna heredad concreta. El término *cateaux* procede de *capital*, y engloba los bosques no podados, frutales silvestres, el trigo y la hierba nacido en las proximidades de las casas, edificios hechos con medios de poco valor, así como la parte móvil de molinos y casas. Esta concepción de los bienes no es exclusiva del Derecho Franco. Así, en algún Fuero de las inmediaciones de Palencia *capital*, si una persona decidía irse a otro lugar, tenía el derecho de llevarse sus puertas y ventanas, generalmente confeccionadas con maderas. Eran bienes muebles, trasladables, de titularidad individual, atribuibles a una persona.

Se rompía el concepto romano sobre la caracterización como bienes inmuebles las edificaciones en los fundos. La realidad es que en el Derecho Franco y el Germánico la clasificación de los bienes giraba entorno a bienes muebles e inmuebles; en el territorio franco más romanizado pronto desapareció la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, por carecer de utilidad práctica. Para el Derecho Germánico la movilidad, la transportabilidad de los bienes o su fijeza en el suelo era una característica que se ajustaba a la realidad. Era la distinción entre bienes muebles y bienes inmuebles. Tal se puede apreciar en Fuero otorgado a los pobladores de Villanueva del Rebollar³⁹⁰ en 1157, por el prior del Convento de Nogal con la autorización del Abad y convento de San Facundo, Sahagún de Campos, se faculta al vecino que hubiera edificado casa para ir al juez del lugar y le manifieste su deseo de vender; y si no quisiere vender, tiene el plazo de nueve días para retirar la techumbre de la casa e ir en paz con sus muebles y con todos sus bienes donde quisiere. Conviene tener en cuenta que el monasterio de Sahagún está sito en el camino francés. Con una solución distinta aparece el Fuero de Quintanilla de Onsoña, que Muñoz y Romero data de 1242, otorgado por el Comendador del Hospital de Don Gonzalo, en Carrión de los Condes, también en el trayecto del Camino Francés. El señorío del referenciado lugar había concedido a los solariegos los suelos en que moran y los huertos y las eras y los *prestamos*. Tales bienes referidos que les dabamos y *aprestavamos* de manera tal que siempre sean nuestros solariegos y no las puedan vender ni *enagenar* salvo a labrador que *faga a nos todo nuestro fuero*. Les faculta para vender los solares con todos los *prestamos* hasta el plazo de nueve días, y si, pasado tal plazo, no pudieren venderlo, no pueden destechar las casas, ni llevarse las puertas ni ninguna cosa³⁹¹. En la literalidad de este texto foral se entremezclan variadas cuestiones. Por un lado, el privilegio del señorío para proteger sus derechos sobre los solariegos, a quienes beneficia con los *aprestamos*, susceptibles de ser transmitidos a otros, también solariegos, para no perder los derechos señoriales. Y en caso de carecer de comprador, se les niega el derecho a llevarse el techo y las puertas de la casa. Estos bienes *cataeux* son considerados como cosas vinculadas a la persona. A su lado las heredades aparecen relacionadas con el complejo familiar y

³⁹⁰ Rodríguez Fernández, Justiniano. *Palencia panorámica foral de la provincia*. Pág. 243. Palencia, 1981.

³⁹¹ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros municipales*, cit. págs. 436 y 437. “*Damos que puedan vender los suelos en que moran, é los huertos é las eras é los prestamos*”. Y más adelante se lee: “*e que non podades destechar de las cosas, ni levar ende las puertas, nin ninguna cosa*”.

feudal o señorial. En ocasiones, como la presente, los solares entregados en *prestamo* o *prestimonio* son considerados de entidad superior al derecho de destechar la casa y poder llevarse la puerta. La privación de esta facultad tenía sentido porque primaba el derecho a repoblar y tal era más fácil si al nuevo solariego se le brindaba una casa abandonada con techo y puerta, es decir, apta para ser habitada directamente. La cesión a vecino del lugar, que se subroga en la obligación de hacer el fuero al señor, mediante venta de su *corte* –propiedad privativa- y del *prestimonio* –inmueble recibido del señor para usar del dominio útil- puede revestir la forma de compraventa. Si no lo vendiere, puede tapiar su puerta con adobes³⁹². La libertad de desplazamiento y la facultad de conservar su casa y el derecho a volver al lugar aparece en el Fuero de San Cebrián, en territorio del Condado de Monzón de Campos³⁹³. Facultad de ceder limitada aparece en los vecinos de San Miguel del Camino, mediante venta o donación a quienes asuman la obligación de pagar el pecho señorial, excluyendo a religioso o hidalgo³⁹⁴.

Otra facultad otorgada es la posibilidad de vender o de portar consigo el solariego el techo de la casa, como se recoge en el lugar de Santa María de la Fuente, junto al monasterio de Benevivere, próximo a Carrión de los Condes, en el Camino Francés, con Fuero de 1161³⁹⁵. También de clara influencia del Derecho Franco, por razón de su ubicación el Camino Francés y la Abadía de San Facundo, en 1262 por el Abad se concede Fuero a los pobladores de San Llorente de Páramo³⁹⁶ en cuyo tercer párrafo se concede al solariego la posibilidad de irse del lugar vendiendo casas y heredad pero solo a otro vasallo lugareño; las casas en el plazo de nueve días y respecto de la heredad el plazo se amplía hasta un año, pasado el cual sin ser vendida, quede la misma en favor

³⁹² De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la historia de las Instituciones de León y Castilla*, cit. pág. 66. Fuero de Pozuelo de Campos, 1157, art. 17: “*Et qui voluerit suam cortem vel prestimonium venderé, vendat a vicino qui faciat fórum ad suum senioren. Et si non vendiderit, claudat suam portam cum adoves*”.

³⁹³ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 52, art. 7º: “*Et si aliquis morator ville necessitatem habuerit, habeat benefetria et adquirat suum profectum in aliquam parte voluerit ire, et claudat portam sue domus et quando venerit ad Sanctum Ciprianum omnia sau salva fiant*”.

³⁹⁴ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 89, art. 4º: “*Et si aliquis istam hereditatem dare vel vendere, voluerit, vendat vel donet illi qui super nominatim forum persolvat, sed non vendat eam ulli sanctati nec ullo filio de algo*”.

³⁹⁵ Rodríguez Fernández, Justiniano. *Palencia, panorámica Foral de la provincia*, pág. 115. Palencia, 1981. “*Si populator discedere queresit, habeat spatium novem diebus et levet que sua sunt. Tectum autem domus aut levet aut vendat populatori loci illius*”.

³⁹⁶ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 174: “*Se dalguno se yr quisier de la villa, venda las casas e la heredad a otro nuestro vasallo de Sant Lorente del Paramo, las casas venda fasta nueve dias, e la heredad fasta cabo de un anno...e si ennos nueve dias que a de vender elas casas non las vendier, tomo todo so mueble e las puertas e la meetad de la techumbre de las casas, e la otra meetat finque en palacio*”.

del palacio. Si en esos nueve días no pudiere vender las casas, puede tomar todo bien mueble y las puertas y la mitad de la techumbre, quedando la otra mitad en el señorío. Regulación sobre los *alleux*, referida al tejado, que se reitera en el Fuero de Lomas³⁹⁷, lugar de la provincia de Palencia, en la influencia del territorio carrionés, próximo al Camino Francés, carta que se otorga a los habitantes de Lombas, - hoy Lomas-, en 1166 en cuyo párrafo quinto se recoge que quien su casa quisiere vender, tras valoración de la misma llevada a cabo por el juez y buenos hombres, conforme con ella en su caso, reciba el precio; caso de disconformidad puede llevarse el techo de la casa consigo.

El Derecho franco no concibe sobre las cosas un dominio absoluto. Es, ante todo, la evidencia de un poder real sobre la cosa. Ello guarda similitudes con la realidad del Derecho Romano arcaico, en todo caso con el concepto romano del *dominium* como una entidad jurídica de carácter relativo. Para el derecho franco solo se contempla el *usus* y el *fructus*, el derecho al uso y a los frutos. Se trata de la *saisine*. Una misma cosa puede soportar el ejercicio de la existencia sobre la misma de diversos derechos, siempre que tales ejercicios puedan producir distintos beneficios o disfrutes. Sobre una misma cosa se superponen derechos y cargas lo que ocasiona la fragmentación del dominio. Todo uso, todo poder ejercido sobre una cosa, es un derecho real sobre la misma y ello concede una acción para reclamar el uso que, por cualquier causa, se hubiere podido perder. El uso normal, constante y pacífico de una cosa, es un título que se transforma en una facultad manifiestamente visible. El uso se basa en la tenencia en la mano de ese bien, aspecto coincidente con el dominio romano; es tener asida la cosa, dominada. En derecho germánico cuando esta facultad de tener y usar la cosa es puesta en entredicho por un tercero, se debe reforzar la situación de la legitimidad buscando la *Hand* –la mano- de procedencia, que en el Derecho Hispánico es el refuerzo del derecho basado en el *otor*. Las similitudes de las referencias etimológicas para los distintos pueblos no difieren mucho. El romano estaba *sedere*, el antiguo alemán en la cosa estaba *setzen* y el franco la tenía cogida, de *saisir*, de donde procede la expresión *saisine*. Expresión similar a la inglesa *seisin*, que refiere la situación de tenencia de un bien.

Pero el hecho de tener una cosa asida en la mano, la *saisine*, tiene en el antiguo derecho franco unos matices diversos que conviene poner de manifiesto. Así, el derecho sobre una cosa no es exclusivo. Sobre una cosa pueden existir muchas *saisines*, tantas

³⁹⁷ Rodríguez Fernández, Justiniano. *Palencia panorámica foral*, cit. pág. 249: “...*et si volunt dare, precium accipat; et si non voluerint dare, levet tectum illius domus secum*”.

como posibilidades de uso, goze o disfrute versen en la cosa. Sobre una laguna puede aprovecharse el uso del agua o el disfrute de la pesca. La multiplicidad de uso sugiere la existencia de muchos derechos. Cada uno de esos derechos requiere una *saisine*. Una adscripción del mismo individualizada. Sin perder de vista la multiplicidad de estos usos, puede señalarse que en el derecho franco la *saisine* vincula el hecho posesorio del uso y disfrute de esa cosa con la idea de un derecho sobre la misma, concretado con aquel uso en cuanto se puede disfrutar y usar. De esta manera, el hecho posesorio queda señalizado como un derecho de propiedad exclusivo respecto de tal uso concreto. Esta concreción del derecho denota una concepción relativa de la propiedad, similar al *dominium* romano, antes de llegar al concepto de *proprietas* como un derecho exclusivo y excluyente. El Derecho franco exige que la *saisine* pueda ser transmitida mediante un acto público, y con la publicidad necesaria a través del *mallum* o tribunal, o por decisión regia. Este requisito también aparece en el Derecho Hispánico cuando se aprovecha la salida de la misa dominical, en la parroquia, para fortalecer con plena publicidad las transmisiones de bienes y derechos. Con ello se elimina cualquier atisbo de clandestinidad.

En el Derecho franco se transmite la *saisine* que vale tanto como que se transmite el derecho sobre la cosa. En la *saisine* late la idea de un derecho a usar y disfrutar. En este sentido puede ser asimilado a la idea romana arcaica de *usus*. En el Derecho Romano cuando el hecho de la tenencia, el derecho a su uso, era reforzado por la procedencia legal y un disfrute sin oposición con el transcurso de un año o dos, para muebles o inmuebles respectivamente, se convertía en un derecho no necesitado de la garantía del cedente. Situación similar tenía lugar en el Derecho Germánico y en el Derecho franco, en los que regía la institución del año y día. Cuando el titular de una *saisine* hubiera tenido el uso durante el año y día en realidad ha obtenido el privilegio procesal de no venir obligado a contestar al *mallum* respecto de cualquier reclamación. Lo cual no significa que pueda invocar una prescripción adquisitiva, aunque en la práctica tenga el mismo resultado. La sencillez del derecho franco llevaba a las mismas consecuencias que las vividas por el Derecho Romano. También en el Derecho Hispánico Medieval quien hubiera usado y disfrutado de una cosa durante un año y un día, sin una mala voz, quedaba liberado de la obligación de acudir al *placitum* ante cualquier reclamación, para contestar al fondo del asunto de la reclamación.

La idea de la *saisine* no se aplica a las *héritages*, es decir, su equivalente a las *hereditas* hispánicas, ni a los bienes, ya vistos, denominados *cateaux*. La razón que explica tal exclusión está en que los primeros están vinculados a la realidad de la subsistencia familiar y por tanto sobre ellos se excluye cualquier posibilidad de uso o disfrute por un tercero. Respecto de la segunda clase de bienes, son bienes de aprovechamiento colectivo. La *saisine* se basa en la posibilidad de uso y disfrute sobre un bien que pueda soportar distintos usos por distintos sujetos. Se funda en la concepción de una propiedad desmembrada en variadas posibilidades en función de poder obtener distintos beneficios. Cada uso es concebido como una propiedad.

Nada de extraño tiene el hecho de que con estas maneras de entender la propiedad y la posesión, muy distintas a la concepción del Derecho Romano, el desarrollo de la *saisine* condujera a la concepción feudal de la propiedad, es más, era un mecanismo apropiado para el sistema feudal. Multiplicidad de dominios, múltiples derechos, unas *tenures* o tenencias con poder para el uso de bienes son de carácter vitalicio; otras son perpetuas; las hay nobles y serviles. La nota característica de la *tenure* radica en el pago del censo adeudado anualmente por el detentador de la tierra. Para los supuestos en que el pago del censo sea la causa o elemento justificativo de una *tenure*, dado el carácter jerarquizado de la sociedad feudal, estamos ante una *tenure* servil o basada en el roturo de la tierra –*tenures roturières et serviles*³⁹⁸-. Estas tienen la contrapartida económica de percibir una renta o se refiere a la explotación o puesta en cultivo de una tierra antes yerma. Cada *tenure* requiere del soporte legitimador de una *saisine*. Todo ello está incardinado en el régimen feudal. En este sistema feudal cuando un señor otorga un feudo, sus pretensiones tienen una distinta finalidad. No es un fin básicamente económico. Es algo intangible, pero que tiene una vertiente social pretendiendo en el fondo el logro de un prestigio social, garantizando una futura dependencia personal, un apoyo militar, un engrandecimiento de las relaciones clientelares, conseguir poder social.

La *saisine* del Derecho franco tiene en la *Gewere* alemana y en la *seisin* anglosajona un equivalente institucional. Estas instituciones constituyen el título que confiere derecho y poder a su titular sobre su cosa. Para el titular del señorío, su *saisine* es el derecho a percibir los derechos de renta o censo anual; para el obligado al pago del censo, su *saisine* es el derecho a disfrutar de las cosechas. En una sociedad fundada en

³⁹⁸ Ourliac, P. et de Malafosse, J. *Droit romain et ancien Droit, II Les Biens*, cit. pág. 150.

las relaciones piramidalmente establecidas entre los sujetos, la *saisine* del superior, socialmente considerado, que conserva el dominio directo de las cosas, además conserva unas expectativas de derecho sobre las mismas, que en el supuesto de fallecer sin herederos el portador de la *saisine* de uso, conserva un derecho de recuperar el dominio útil, previamente cedido, de la misma. Es un derecho de reversión, no un derecho a heredar, caracterizado por la vinculación *intuitu personae* de la relación surgida de la cesión de la *saisine*, y una prueba de la superioridad del dominio directo o eminente sobre el dominio útil. Aunque en la Península Ibérica no estuviera implantado el régimen feudal, las consecuencias y el tratamiento de estas situaciones producen las mismas realidades prácticas en el régimen de señorío hispánico.

Esta vinculación derivada de la *saisine* con el titular de la misma es similar a la idea de la propiedad, siempre que su *saisine* sea ajustada a derecho basada en un título de propiedad, ya perpetuo, ya temporal, siempre respaldado por la publicidad de su constitución. La institución del año y día, que reaparece en el Derecho Hispánico, sirve para apuntalar, reforzar o legitimar un derecho objetivo, así como unas consecuencias son de índole procesal, liberadora de la obligación de responder ante el *mallus* en caso de verse reclamado o de acudir al *placitum* en el Derecho Hispánico Medieval, aunque no de la posibilidad exculpatoria de la comparecencia, sin contestar al fondo de la demanda, para alegar y hacer prueba sobre el hecho del transcurso posesorio del año y día.

En cuanto al tratamiento de las servidumbres, en las urbanas, en el derecho consuetudinario, rige la manera de hacer de los albañiles de París, y en sus costumbres es recogido el principio de que en la villa todo muro es medianero³⁹⁹. En el derecho franco sobre la materia de las servidumbres y el tratamiento dado al usufructo rige el casuismo de los hechos hasta el siglo XIII. Está generalmente admitido el carácter vitalicio de los derechos sobre las cosas ajenas, es decir, sobre las cosas en que el dominio directo o eminente está en manos de un señor. Al fallecer el titular del dominio útil, el bien retornará al señor, sin perjuicio de los derechos reconocidos a la familia, sobre la base de las mejoras introducidas en el bien por el trabajo realizado. Y sin necesidad de defunción, el Fuero de Zofraga, 1177, en su epígrafe séptimo dejó establecido el Obispo de Salamanca concedente que, quien en terreno plantare viña,

³⁹⁹ Ourliac, P. *Droit romain et ancien Droit*, cit. pág. 388.

cuando esté consolidada, tenga allí su *mediedad*⁴⁰⁰. La mitad de esta viña de nueva planta pasa a formar parte de la *hereditas* del colono y es transmisible a sus herederos o a terceros. Son premios al trabajo personal. Idéntico tratamiento se observa en Fuero de Alcoba otorgado por el Maestre Martín y por Rodrigo Díaz, éste prior de la Orden de Santiago, en 1220⁴⁰¹.

De una manera coherente con los principios del Derecho Feudal, en el derecho de las costumbres francas –*Droit coutumier*– el usufructo es visto como una forma de propiedad, limitada en el tiempo, por su carácter vitalicio. Criterio que es alterado cuando, como recalca Ourliac⁴⁰², a partir del siglo XIV, la Escuela Bartolista hace reaparecer la idea del *ius in re aliena*. De ser un *dominium*, vitalicio, el usufructuario sigue siendo *dominus* pero el usufructo es concebido como una *pars domini*, una parte del dominio. La propiedad se desglosa entre ésta y el usufructo, en tanto en cuanto las distintas situaciones y derechos. Inmersos en el contexto feudal, todo derecho de uso y disfrute sobre bien ajeno puede ser visto como usufructo, en cuya posición se encuentra también el vasallo y el enfiteuta. En todo caso, el poder del usuario está limitado en cuanto a la facultad de disposición respecto del feudo. Su carácter vitalicio le confiere un carácter personal, de ahí que las antiguas costumbres francas las limiten a los bienes muebles y a los *cataeux*. Naturalmente, cuando haya lugar a la recepción del Derecho Romano, el derecho de las costumbres francas se verá afectado.

El Derecho franco ofrece una institución similar al derecho de troncalidad del Derecho Hispánico Medieval. Es el denominado *retrait lignager*. Persiste como una reliquia de épocas pasadas, que engarzan con el Derecho Romano Arcaico de las XII Tablas. Viene a consagrar un Principio General del Derecho bajo la lapidaria formulación de “*ex ea familia, in eam familiam*”⁴⁰³. Son evidentes limitaciones al derecho individual de libre disposición respecto de la propiedad, derivadas de la idea de una antigua comunidad agraria familiar o colectiva. El ejercicio de tales derechos limitativos a la libre disposición adquiere la forma de un previo derecho de tanteo, cuando aún no se ha perfeccionado el contrato traslativo del dominio, sobre el que se

⁴⁰⁰ González Díez, Emiliano. *El Régimen foral vallisoletano*, cit. pág. 111: “*Et qui nostram hereditatem plantaverit vineam, quando fuerit criada, habeat ibi sua medietat*”.

⁴⁰¹ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 124: “*Et si aliquis vasallus Hospitalis posuerit vineam in hereditamenta Hospitalis, medietatem positure habeat: alia medietas sit Hospitalis*”.

⁴⁰² Ourliac, P. *Droit romain et ancien Droit*, cit. pág. 392.

⁴⁰³ Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, cit, págs. 221 y ss.

dispone de un derecho preferente, en tanto que la facultad del derecho de retracto, éste posterior al acto dispositivo. Con el primero, el preferente en derecho se antepone con preferencia ante cualquier futuro comprador; el retracto, en cambio, se subroga en el lugar de quien ya ha adquirido ese bien a título oneroso y en idénticas condiciones, desplazándole del derecho adquirido. No se omite en su tratamiento legal un concreto señalamiento reglamentado de unos límites temporales de ejercicio para esta última facultad subrogatoria. La práctica de la *laudatio parentum* impone la práctica de la asistencia con asentimiento y consentimiento de todos los familiares, con reales o previsibles intereses, al acto dispositivo. La práctica de este ofrecimiento previo a los parientes no es un acto prudente, sino una obligación consuetudinaria que debe ser respetada. Derecho que viene reforzado por la existencia de un derecho a reembolsar al comprador, ajeno a la familia, del precio pagado. Es el retracto del linaje o un derecho fundado en el derecho de troncalidad, de manera tal que es un límite para tratar de impedir que estos bienes pasen a manos de extraños al tronco familiar. Ourliac⁴⁰⁴, estudiando estas costumbres en el territorio franco, señala que este retracto es ignorado en la Narbona, tierra conquistada por los romanos con anterioridad a la intervención militar de Julio César, pero se conserva en la Galia *comata*, en tierras de las tres Galias conquistadas por César: la Aquitania, la Celta y la franja de los belgas, territorios en que a través de las costumbres provinciales, influidas por el derecho romano vulgar, se ha mantenido la idea de la solidaridad patrimonial familiar. En mi opinión, este criterio es aceptable, pues en la Península Ibérica, territorios impregnados por el predominio del Derecho Romano Vulgar, está generalizada la admisión y seguimiento de estas prácticas del retracto, con fundamento en el carácter troncal de los bienes. Otras veces, el fundamento de la limitación del derecho a disponer de sus bienes tiene un fundamento típicamente feudal. Se prohíbe disponer de sus bienes transmitiéndolos a quienes no sean vecinos de la villa o del concejo. Este derecho del vecino para comprar tiene un fundamento protector de los privilegios del señorío, como puede apreciarse del Fuero del concejo de Agüero, de 1224, otorgado por el Abad del Monasterio de Santa María de la Vega. Los clérigos y las viudas pueden llevarse consigo sus bienes muebles, pero los bienes raíces no los pueden enajenar a los foráneos de la villa. El soltero y cualquier otro hombre solo pueden vender su heredad a los vecinos del concejo, pero sus parientes

⁴⁰⁴ Ourliac, P. *Droit romain et ancien Droit*, cit. pág. 408.

pueden dar al concejo el canon de media canadiella de vino y tener dicha heredad y bienes. El derecho de troncalidad hispánico, similar al derecho de linaje franco, se ve ampliado a los vecinos del concejo. No es ello extraño pues la convivencia en una villa, después de dos o tres generaciones, convierte los lazos vecinales en muy posibles relaciones familiares⁴⁰⁵.

Toda la razón de ser del Derecho en la Edad Media estriba en buscar la paz pública. Es preocupación del poder político, del Monarca, a través del ejercicio de la Justicia. El Rey o Monarca, como Juez Supremo en su Señorío, conserva para sí la Justicia Mayor o mayoría de Justicia. Es la pugna incansable contra la violencia y los actos ejecutados por la vía de hecho, contra las tropelías ejecutadas por potencia. Como en la Edad Media, el reino aún no ha fijado su estabilidad administrativa en una capital, la figura del Rey está impartiendo Justicia en constante desplazamiento. Su presencia en las actuaciones de justicia es patente, apoyando y ratificando las decisiones de sus órganos judiciales.

III. 2.- La Iglesia Universal y el Derecho Canónico.

Es motivo de atención y preocupación, también de la Iglesia, la protección de la paz pública. También la defensa de la formalidad del derecho, la defensa de lo que a primera vista se ofrece a los ojos con una apariencia de legitimidad. La jerarquía eclesiástica está investida de un halo de poder religioso y es atenta observadora de la novedosa situación política. Desde principios del siglo IV influyó en el Poder encumbrado del Imperio Romano. Desaparecido éste, y fragmentado su territorio, el poder de las nuevas Monarquías estaba en un rudimentario Estado embrionario, en un doloroso proceso de nacimiento. A su lado el poder de la Iglesia navegaba por el proceloso mar de una indefinición conceptual. Resonaba en el ambiente la clamorosa afirmación de no ser su reino de este mundo. Si se aceptara en su literalidad, la Iglesia no hubiera aspirado a tener Poder, viviendo al margen. Para cumplir con el contenido de

⁴⁰⁵ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 127, art. 6: “*Los clerigos i las bibdas lieven sos muebles o quisieren o vendan la heredad a los del conceio e non haian poder de vender a los de fuera villa*”. Y el art. 7 dice: “*Mancebo soltero ni otro ome non aian poder de vender su heredad si non a sos vezinos de conceio, e si alá pasar, den sos parientes media cannadiela de vino a conceio hi halan sue heredad e sue buena*”.

los imperativos evangélicos, la Iglesia era una sociedad espiritual, un organismo vivificador y era, además, una organización⁴⁰⁶.

Donde más claramente se observa su inmersión en el nuevo sistema político es en la asimilación de la manera de organizarse el Poder eclesial. El espejo en que mejor podría verse reflejado era en la Monarquía, como encarnación visible del ejercicio del Poder. Sin embargo, pronto buscó su razón de ser en el mundo espiritual, en el mensaje evangélico como meta, tratando de excluir el poder temporal de las Monarquías de las cuestiones religiosas de la Iglesia como ente organizado para el desempeño de su sagrada misión.

La Edad Media es un mundo convulso socialmente, con multitud de poderes territorializados que tratan de ocupar esferas del poder junto a las posibilidades de beneficios económicos dimanante de aquél, que suelen ser conexas, porque todo poder es fuente de riqueza y la riqueza es la antesala desde donde se puede acceder a los entornos de las cámaras del Poder. Porque si bien está clarificado qué corresponde al orden espiritual, que la Iglesia trata de monopolizar, sin embargo el poder político no ceja en su empeño de invadir todo el ámbito social, del que lo religioso forman parte integrante. La Iglesia-organización se estructura en un Poder Superior, en manos del Obispo de Roma, el Papa, y se territorializa en Diócesis a cuyo frente se sitúa un Obispo, de quien dependen las Parroquias y Monasterios e iglesias. En un mundo violento en el que el Derecho está asumido, confundido, en los hechos de la fuerza, equivalentes a la fuerza de los hechos, los cargos eclesiásticos son un objeto de deseo de los poderosos. Nada de extraño tiene que el Monarca o sus potentes delegados territoriales trataran de apoderarse de cargos eclesiales. Era una forma sencilla de ocupar parcelas sociales de poder. Lo social es un ámbito donde se forja la dominación. El hecho religioso habita en la sociedad.

Hay una razón que explica esta confusión existente. Muchas veces las familias poderosas había fundado sedes eclesiales que eran de su propiedad privada, a cuyo cargo y responsabilidad imponían un miembro de tal familia fundadora, como clérigo. Eran las iglesias de propios o particulares. La Iglesia trataba, muchas veces con el auxilio del Monarca, de recabar para sí las responsabilidades de dirigir el clero y de patrimonializar la titularidad de los templos religiosos. Con la finalidad de poner coto a

⁴⁰⁶ Ourliac, P. *La période post-classique (1378-1500)*. Tomo XIII de *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*. Editions Cujas. Toulouse, 1973.

tales apetencias, sea suficiente señalar la doctrina emanada del Concilio de Coyanza, de 1050.

La lucha por el Poder abarcaba también la búsqueda de ocupar cargos, incluso dentro del mundo religioso. Ni la amenaza de una excomunión refrenaba tales impulsos. En todo caso, la existencia y consolidación del Poder exige la existencia de un Derecho respetado por los súbditos. Y pronto la autoridad eclesiástica se procuró un Derecho para organizar sus esferas territoriales, tratando de evitar cualquier intromisión extraña, dimanante de cualquier poder civil, por muy cristiano que su titular fuere. Era una lucha encarnizada por el Poder. Deslindar las competencias entre lo civil y lo religioso era un principio fundamental para deslindar los poderes. Era una forma razonable de establecer un sistema pacífico de poderes.

En materia jurídica, la Iglesia siempre estuvo inspirada por la doctrina evangélica y la emanada de los Santos Padres, que confería el carácter etéreo de una sociedad espiritual, hermandad que podría presagiar el rechazo de cualquier forma de jerarquía. Se trataba de un cuerpo místico. Frente a esta idea de puro espiritualismo, los teólogos teorizaron en la necesidad de que la Iglesia como entidad organizada, para el desempeño de sus fines, precisaba de una jerarquía y de unas normas jurídicas reguladoras de la misma: el Derecho Canónico directamente aplicable a la misma Iglesia y por la jerarquía eclesial. Sobre tales criterios y sin muchas veces poderse liberar de la terminología feudalizante que impregnaba a la sociedad, sin introducir grandes innovaciones jurídicas, se limitó a la defensa numantina de sus poderes religiosos y a la defensa de su organización ante cualquier intromisión. Para estructurar el Poder, la Iglesia copió el modelo político que tenía a la vista directa: las Monarquías. Y el Obispo de Roma, como Primado, fue la cúspide de esa pirámide de Poder, como vicario de Cristo. Cuando Kantorowick⁴⁰⁷ diserta sobre los Cuerpos del Rey, examinando aspectos de teología política, en realidad descubre que el poder político tiene su encaje y raíz en el hecho de que el dualismo regio también está presente en el poder del Papa. De forma paralela, así como el Rey obtiene su legitimidad de la gracia de Dios, en el Papa la base de su poder radica en su superior espiritualidad, legitimando, con tal decisorio argumento, su poder. Ambos, Rey y Papa, están revestidos de la doble condición de naturaleza humana ungida por el poder carismático que otorga la gracia divina. El

⁴⁰⁷ Kantorowick, Ernest H. *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*. Con estudio previo de José Manuel Nieto Soria. Ediciones Akal. Madrid, 2012.

ámbito espiritual caracterizó a la Iglesia como un poder espiritual, pero a la vez en perfecta contraposición coordinada con el poder imperial o los poderes regios. Esta forma de poder será objeto de contestación con la idea de que el Poder supremo radica en los Concilios. Pero ese es otro mundo de ideas que nos alejaría de nuestro objetivo.

Al Papa, como a los reyes, se le reconoce el derecho de juzgar, de dirimir sobre intereses e hipotéticos derechos de terceros. En tal privilegio fundan su autoridad, en que se residencia el Poder, situación preeminente que necesita de la justicia, por lo que se amplió este derecho al de legislar, dar normas justas. La coherencia del hecho de legislar necesitaba de unos sólidos asideros de doctrina y una determinada dimensión jurídica. La Iglesia Universal comprendió que sus principios ideológicos encajaban a la perfección en la sólida base que ofrecían los criterios contenidos en el Derecho Romano.

También a imitación de la forma de gobernar de los reyes, la unidad de la Iglesia exigía una unidad de su derecho, y la Curia era el *sancta sanctorum* que celosamente reforzaba y garantizaba la unidad del poder central. Poder del Papado que fue produciendo a lo largo del tiempo diversas resoluciones legislativas que con el vocablo *canon*⁴⁰⁸ designó el conjunto del Derecho de la Iglesia, integrado por Decretales, Decretos, Dogmas, mandatos, interdictos –prohibiciones- y *sanctiones* –castigos-. La palabra *lex* hace referencia a *constitutio* escrita. La seguridad jurídica viene dada por la práctica de la Curia Romana de publicar, en Roma, las decisiones papales, de manera tal que no pudiera ser alegada su ignorancia. Ello hace *perfectas* a las leyes. Con tal legislación, la Iglesia trata de blindarse ante cualquier pretensión de intromisión de todo poder temporal. El Poder espiritual del Papado se encuentra disperso en el pueblo religiosamente fiel que está bajo el poder terrenal de distintos monarcas, lo que dejó la sensación de querer llenar el vacío de poder dejado por el Imperio Romano de Occidente. Al menos en el ámbito espiritual, nunca se renunció a esta idea, aunque fueron numerosas las ocasiones en que entró en liza en el ámbito del poder de los reinos.

Pero este panorama cambió. Por un lado la irresistible asunción del poder del Rey como embrión organizativo de los Estados Modernos. La crisis económica, visible con la devaluación de la moneda, fue un horizonte que oscureció la posibilidad de continuar viviendo los señores de unas rentas que cada vez iban disminuyendo. En este sentido puede afirmarse que la moneda fue un arma perfecta en manos del Rey para limitar los

⁴⁰⁸ Ourliac, P. *La période post-classique*, cit. págs. 67-68.

derechos funcionales de la nobleza y la Iglesia. Pero el hecho más impactante ocurrió a mediados del siglo XIV. Fue un gravísimo impacto económico sufrido en toda Europa. La demografía es una función básica en todos los aspectos y en especial en el económico. Y la peste negra asoló el continente desde 1348. La mitad del siglo XIV marcó un extramado descenso demográfico, rompiendo el ciclo iniciado en el siglo XI. Las hambrunas quebrantaron las defensas orgánicas de la cada vez más mermada población. La gravedad fue tal que, a pesar de la carencia de datos irrefutables, estudios serios cifran entre el 30 y el 50% las defunciones. Inglaterra⁴⁰⁹ perdió el 40% de su población, que quedó reducida a 2.250.000 súbditos. La economía se adentró en una fase de profunda contracción. La crisis demográfica incidió en la subida de los salarios, ante el abrupto descenso de la mano de obra. La reacción de los señores consistió en reverdecer las antiguas relaciones feudales medievales. Por todas partes la violencia afloraba, como se vio en 1324 en Flandes donde los campesinos se negaban a pagar los derechos señoriales y el diezmo eclesial, por su imposibilidad; la revuelta duró cuatro años y sus cabecillas fueron ajusticiados. También en Francia, en 1357, en la Vandée, la revuelta de la *jacquerie*. Un siglo duró el malestar social en Cataluña. Los *payeses de remensa* eran en la práctica esclavos y sometidos a la servidumbre ante la insensible voracidad fiscal de la nobleza catalana, apoyada por las Cortes de Barcelona. La violencia se ejerció por doquier. Solo la Sentencia de Guadalupe⁴¹⁰, impuesta en 1486 por el Rey Don Fernando pacificó el campo, logrando los *payeses* la libertad a cambio de fuertes sumas de dinero, como compensación por los graves perjuicios que ocasionaba conceder la libertad a sus esclavos, dineros recibidos que desbordaron las arcas de cristianísimos personajes poderosos. Campo y ciudad, pueblo y poderosos, vivían dándose la espalda. Exigían los *seniores* o *senyores* los vulgarmente llamados malos usos siendo éstos la *remença personal*, *intestia*, *cugucia*, *xorquia*, *arcia e firma de spoli violenta*, usos que por evidentes abusos contienen evidente iniquidad, abusos que sin cargo de conciencia no podría el Rey tolerar, señala Fernando de Aragón en dicha Sentencia⁴¹¹. Por ello quedan dichos malos usos abolidos, extinguidos y

⁴⁰⁹ Reglá Campistol, Juan. *Historia de la Edad Media*, tomo II, pág. 250. En *Historia General de la Humanidad*, bajo dirección de Jaime Vicens Vives. Montaner y Simón. Barcelona, 1971.

⁴¹⁰ Floristán Imízcoz, Alfredo. *La Unión de Castilla y Aragón. Los Reyes Católicos (1474-1516)*, pág. 130. En *Historia de España de la Edad Moderna*, Alfredo Floristán (coord.). Ariel. Barcelona, 2011.

⁴¹¹ García Gallo y de Diego, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho II. Antología de Fuentes del Antiguo Derecho*. Madrid, 1967. Pág. 758 y ss.

aniquilados, derogación regia que costó a los *pageses* sesenta *solidos* de moneda *barchinonesa*, sanción compensatoria fundada en el *bann* regio, expresivo del derecho común europeo, censo del que los *pageses* se pueden liberar a razón de veinte mil por mil. La libertad tenía un inmenso precio, sobre todo para los *senyores* catalanes.

La nueva situación jugaba a favor de los campesinos y el régimen señorial atravesaba graves dificultades. La crisis provocada por la peste negra hirió mortalmente al régimen feudal, pues se generalizaron las resistencias a los servicios personales. La fuerza de los hechos propició un respiro a la dependencia del campesinado. Un eclipse oscureció la estrella caduca del feudalismo y un nuevo astro apareció en el horizonte del ejercicio del Poder: era el Monarca Soberano y Moderno. Pero en el seno de la sociedad permaneció el influjo del poder señorial cada vez más debilitado.

En el complicado panorama europeo occidental incidieron dos ideas para la búsqueda de un nuevo sistema organizativo del ejercicio del Poder. Una consistía en reverdecer la idea del extinto poder imperial que aleteaba en los entornos de la memoria histórica del Imperio Romano Germánico. Pero ya desde 1250 era un fantasma que vagaba por una Europa distinta. El Emperador era una sombra que se proyectaba desde el pasado. La evanescencia del sueño de Carlomagno no pudo resistir la imperiosa fuerza de los nacientes nuevos reinos.

Desde 313, vigente aún el Imperio Romano, en tiempos de Constantino, la Iglesia Universal fue una fuerza cultural irrefragable con un contenido ideológico anexo al Poder, como un soporte del Poder. Pero su carácter religioso la convirtió en un nuevo y distinto Poder. Fue precisamente este carácter de estar unida al poder, ejercido por quien dispusiera de la fuerza necesaria y suficiente, lo que propició la imposibilidad de que la Iglesia de asumir la parcela terrenal, limitándose al plano espiritual y religioso. Fue un Poder, pero un poder distinto. La Iglesia no pudo aspirar a heredar la idea del Imperio. Las monarquías asumieron la herencia del poder imperial, pero de una manera distinta. Pronto este hecho fue asumido por la Iglesia definiendo las líneas delimitadoras. Ya en las Decretales del Gregorio IX⁴¹², en *Novit*, libro II, título I, capítulo XIII, se afirmaba que nadie debe pensar que el Papa pueda cambiar ni disminuir las jurisdicciones del Rey de Francia, así como el Rey no quiere embargar al Papa, cuando éste se dirige a los Prelados franceses.

⁴¹² Mans Puigarnau, Jaime M. *Decretales de Gregorio IX. Versión medieval española*. Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho. Barcelona, 1939.

El Papa Alejandro III, en *Verum*, (Libro II, título II, capítulo VII) señaló que en la demanda ejercida sobre unos feudos contra un *preste*, sobre la que manda en Papa que sea deliberada por el Obispo que fuere consagrado en aquella Iglesia, si tal demanda perteneciere al fuero de la Santa Iglesia; si no fuere así, déjenla a juicio y placer del Emperador así como a su derecho. De este decreto de la Santa Sede se deducen conclusiones de interés como es la delicada línea que marca la separación de las funciones judiciales entre el poder terrenal y el eclesial y también se puede apreciar que la Iglesia vive en un mundo feudalizado y se ha adaptado plenamente a él.

Sobre un fondo básico del Derecho Romano Vulgar, sobre las concepciones de derecho germánico de la *Gewere* y de la *saisine* franca como títulos legitimadores socialmente aceptados en cuanto respecta a la propiedad-posesión, con la finalidad de evitar cualquier situación de violencia buscando la paz social, en estos tiempos tan convulsos, la preocupación de príncipes, reyes y la jerarquía eclesiástica, por todas partes, se esforzaba en proteger la posesión de las cosas.

Sin disponer de la capacidad necesaria para desprenderse del invasivo contexto medieval, el Derecho Canónico procuró articular los mecanismos precisos en defensa de los derechos y oficios eclesiásticos frente a los voraces ataques de los señores feudales, muchas veces entrelazados familiarmente, mediante la protección de los derechos⁴¹³ posesorios a través de la *actio spoli*. Graciano y Gregorio IX articularon determinados instrumentos jurídicos para tal fin. En estos momentos históricos ya se conoce el Derecho Justiniano en la Europa Occidental. Aunque el evento de recopilación del Digesto data del siglo VI, en el mundo occidental, con rigor debe afirmarse que fue un derecho desconocido hasta su laboriosa Recepción. La notoriedad jurídica del Derecho Canónico es su contribución a la laboriosa creación del *Usus modernus*. Será el Derecho Común.

En el Derecho europeo medieval, al Derecho de Propiedad se le conoce como *dominium* o *proprietas*, bien entendido que *dominium* tiene un sentido mucho más amplio, pues comprende cualquier género de derecho sobre los que se manifiesta a través de los denominados *iura in re aliena*. En cambio, en el Derecho Común Europeo se conocen las instituciones jurídicas relacionadas con la propiedad-posesión de las

⁴¹³ Helmut Coing. *Derecho Privado Europeo, Tomo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, págs. 63 y ss. y 711 y ss. Traducción y notas de Antonio Pérez Martín. Fondo de Cultura del Notariado. Madrid, 1996.

cosas como dominio directo o eminente y dominio útil. Tal distinción es la base del Derecho Feudal que sobrevalora la posición social del señor ante el vasallo. El dominio útil tiene sus primitivas raíces en el Derecho Romano Vulgar.

No será prudente tener la creencia de que, cuando nos estamos refiriendo a *dominium directum* y al *utile*, estamos jugando con sombras del pasado. Es suficiente detenerse en el art. 1.636 del C.c. que dice así: “*Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto...*”.

Ya en 434 los Emperadores Teodosio y Valentiniano autorizan a poseedores y enfiteutas patrimoniales, que hasta ese momento no hubieren comprado los fundos y que conserven intactos sus derechos sobre los predios de su cultivo, poseídos de cualquier modo, concediéndoles la facultad de dar la libertad a sus esclavos puesto que son dueños de los fundos⁴¹⁴. Ambas formas de manifestarse el *dominium*, se defienden, como en el Derecho Romano, mediante el ejercicio de la *actio reivindicatoria* y la *actio negatoria*. La articulación de ambas formas de *dominium* entre sí presupone que ambos titulares tienen poder dispositivo sobre sus derechos, sin olvidar el superior derecho del titular del *dominium* directo, del que dimana el dominio útil. La correlación entre ambos titulares suele verse mediatizada por los *usus terrae*. Sobre todo este mundo sobrevolaba el sistema feudal.

En rigor, en la Edad Media, ha desaparecido el concepto romano de propiedad como derecho absoluto, oponible *erga omnes*. Se han variado los ejes definitorios. No solo se trata de que el Derecho Romano Clásico haya sido eclipsado, oscurecido, por una nueva realidad y que en su lugar se mueve con soltura el Derecho Romano Vulgar. Por otra parte los derechos germánicos introducen otros criterios en la forma de ver la relación con las cosas. Esta nueva realidad social es sustentada sobre la introducción del Sistema Feudal, como sistema organizativo de la sociedad, y el Derecho Feudal como régimen jurídico que involuciona la relación con los bienes sobre la base de unas relaciones personales que difuminan y diluyen el carácter del derecho absoluto de la propiedad, relativizando este derecho de manera tal que el eje de los derechos reales revierte nuevamente para revalorizar el concepto de posesión. El derecho sobre los bienes se relativiza. La propiedad queda identificada con la Soberanía estatal, base territorial de los nuevos reinos, como organización política en cuya cúspide piramidal

⁴¹⁴ Justiniano. *Codex*, 11, 51, 12: “*Possessores vel emphyteuticarii patrimoniales, qui fundus minime nunc usque compareverunt...aut nostri numinis liberalitate aut quocunque modo possedit...licentia eis concedenda eiam libertates mancipiis ex fundis patrimonialibus atque emphyteucariis, quum fundorum sint domini, praestare*”.

está el Monarca. Es su Señorío. La soberanía, con los derechos inherentes a dicho poder, aparece fragmentada y delegada. La relación del hombre con la tierra y las cosas viene mediatizada por las cesiones de su uso posesorio, basada en relaciones personales de dependencia con respecto a una cadena de poderes intermedios. Es la trabazón social feudal contractualizada creadora de un *status* adornado de un concepto de lealtad que encubre la obligatoriedad de una serie de deberes. El carácter absoluto de la *proprietatis* romana, en definitiva, ha perdido su esencia y se convierte, en el mundo feudal, en un simple derecho relativo a poseer, derecho que se puede defender alegando un mejor derecho de la tenencia de las cosas para evitar interferencias en referido derecho. Podrá aducirse, en efecto, la permanencia, en este contexto social, de residuos testimoniales de *dominium* en los *alodios* o tierras al margen jurídico del sistema feudal, o en el *alleu* de Cataluña o en las denominadas *hereditates* del reino de León.

En todo este contexto histórico, político y cultural, la Iglesia Universal elaboró un sistema de normas jurídicas que fueron recogidas en el *Corpus Iuris Canonici*, cuya vigencia se extendió hasta 1917, poco más de tres lustros después de la entrada en vigor el *BGB* alemán. Aunque la *Concordia discordantium canonum*, nombre original de lo que será denominado como el *Decretum Gratianii*, escrito en torno a 1140, no fuera promulgada, como señala Luis Pablo Tarín⁴¹⁵, el texto del boloñés, tras su aparición a mediados del Siglo XII, mereció una pronta y amplia acogida. El *Decretum* de Graciano quedó integrado en el *Corpus Iuris Canonici*.

Seguidamente en el citado *Corpus* se recogen las Decretales de Gregorio IX, cuya promulgación tuvo lugar en 1234. Este Papa ocupó el solio de 1227 a 1241. Emanadas las Decretales de la cancillería pontificia, contribuyó a robustecer la autoridad del Papa. Ambos, el citado *Decretum* y las *Decretales*, contribuyeron a la implantación y consolidación del Derecho Canónico. Se incorporaron al *Corpus Iuris Canonici* integrando el contenido del mismo, el *Liber Sextus*, de Bonifacio VIII, en 1298; las *Constitutiones clementinae* de Clemente V, en 1317; las denominadas Extravagantes de Juan XXII y las llamadas *comunes* que recogen textos hasta el año 1484.

⁴¹⁵ Luis Pablo Tarín. *Graciano de Bolonia y la literatura latina. La distinción 17 del Decreto*, pág 15 y ss. Fundación Pastor de Estudios Clásicos. Madrid, 2008.

El *Corpus iuris canonici* asumió carácter legislativo oficial desde 1580. Es bastante distinta la manera de ser citado el *Decretum*, pues el texto está salpicado de *canones, distinctio, causa y questiones*⁴¹⁶.

Inicia el *Decretum* su *Prima Pars, Distinctio Prima* con una cita del Libro V de las *Ethimologías* de San Isidoro, estableciendo que la humanidad se rige de dos maneras, por el derecho natural y las costumbres⁴¹⁷. En los primeros cánones de esta Distinción Primera se realizan una serie de definiciones de cuestiones generales. Es marcada la influencia del citado San Isidoro. Así se define el *ius publicum*, definiendo el sentido del derecho canónico, como el derecho de las cosas sagradas y de los sacerdotes y magistrados⁴¹⁸. El *Decretum* conoce el Derecho Romano. Así, define el *Ius Quiritium* como el Derecho propio de los Romanos⁴¹⁹. Son constantes las citas referidas a las *Novelas* de Justiniano⁴²⁰. La influencia de los Concilios de Toledo es notoria y así puede leerse no se puede reclamar lo que durante treinta años se poseyó pacíficamente⁴²¹. El hecho de que la Iglesia adapta la terminología feudal, en concreto en el vocablo *beneficium*, se observa igualmente⁴²². Y al acoger la investidura como forma de transmitir los derechos eclesiales⁴²³.

Una cuestión del máximo interés en la aportación del Derecho Canónico al tratamiento del concepto de posesión, en su acepción feudal, es la elaboración del principio general del derecho canónico contenido bajo la máxima jurídica *spoliatus ante omnia restituendus*. Ciertamente es que la razón histórica del mismo está justificada porque la Iglesia se comporta como celosa guardiana de su competencia y legítimos derechos, ante la embestida de la violencia generalizada que ejercen los señores feudales, reforzándose por el Derecho Canónico cualquier género de violencia *por potencia*. Ya en el Derecho Romano Vulgar se observó una ampliación de los mecanismos jurídicos

⁴¹⁶ Gerhard Wesenberg y Gunter Wesener. *Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y en Europa*, págs. 49 y 50. Traducción de José Javier de los Mozos Touya. Editorial Lex Nova. Valladolid, 1998.

⁴¹⁷ *Corpus Iuris Canonici*. “*Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet iure et moribus*”. Edición de Aemilius Friedberg. Graz, 1959.

⁴¹⁸ C.11, Dist. I: “*Ius publicum est in sacris et sacerdotibus et magistratibus*”.

⁴¹⁹ C. 12, Dist. I: “*Ius Quiritium est proprie Romanorum, quod nulli tenent, nisi Quirites, id est Romani*”.

⁴²⁰ *Pars secunda*, C 3, causa XVI, qu. 4, en que se cita la Novella CXXXI.

⁴²¹ *Pars secunda*, C 9, causa XVI, qu. 3. “*Repeti non possunt que XXX annis quiete possidentur*”.

Seguimos la manera de citar el *Decretum* señalada por G. Wesenberg y G. Wesener.

⁴²² *Pars secunda*, C 11, causa XVI, qu. 3: “*Qui in beneficiis possidentur prescribi non possunt*”.

⁴²³ *Pars secunda*, C 13, causa XVI, qu. 7: “*Quod si presumserit, recognoscat investituram illam apostolica auctoritate irritum esse,...*”.

en defensa de las situaciones posesorias, pero como observa el civilista Profesor José Luis De los Mozos⁴²⁴ la Iglesia lo elevó a sus últimos límites.

Del influyente contagio del Derecho Justiniano y de la inyección de los principios éticos del Derecho Canónico, el hecho posesorio será elevado a la categoría de un derecho y se acuñará el *ius possessionis*. Ya a mediados del siglo XII Graciano acoge el canon *Redintegranda. Expoliatis vel eiectis omnis sunt redintegranda*⁴²⁵. Se refiere al hecho de que un Obispo se haya visto expoliado de sus cosas y expulsado de todas las cosas propias de su sede. No se trata solo de la defensa de las cosas de la Iglesia, sino también de los bienes propios del Obispo. Se relatan supuestos basados en variadas causas, como dolo, cautividad o violencia, todas ellas injustas causas. Insiste en lo mismo citado el canon 3 de la misma causa y cuestión. En las Decretales de Gregorio IX este tema *De restitutione Spoliatorum* cap 7 se trata bajo *Spoliatus etiam a iudice, iuris ordine praetermisso, ante omnia restituatur*. Las normas procedimentales contenidas en el *caput* 1 son de tal rigor que no se admite la audiencia del reo-demandado, que opone su derecho de propiedad, ni aunque ello lo consistiere el reclamante que pide la reintegración o restitución⁴²⁶ de sus derechos. Se refiere a un caso en el que existía un campo con su viña de vuestra iglesia ocupada por hombres de forma irracional. Si dicho campo fuese del derecho de vuestra iglesia, si investigará la verdad y si tal se probare, ante toda contienda debe devolverse campo y su viña que fuera arrebatada. Como puede deducirse, este principio de legítima reintegración posesoria no se remite en exclusividad a los cargos eclesiales sino a los beneficios⁴²⁷ y a los bienes de la Iglesia.

⁴²⁴ De los Mozos de los Mozos, José Luis. *Tutela interdictal de la Posesión*, págs. 32 y ss. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1962.

⁴²⁵ *Decretum* de Graciano. C. 1, causa III, qu 1. : “*Episcopis suis rebus expoliatis vel a propriis sedibus eiectis omnis, que eis ablata sunt, legibus sunt redintegranda, quia priusquam factum fuerit hoc, nullum crimem eis obici potest*”. Y en el c. 3 de la citada *causa* y *questio* puede leerse: “*Redintegranda sunt omnia expoliatis vel eiectis episcopis presentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda, quacumque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, et quascumque iniustas causas res ecclesiae, vel propias, id est, suas substantias perdidisse noscuntur*”.

⁴²⁶ *Decretales* de Gregorio IX cap 1, del título XIII del Libro II: “*Adversus restitutionem petentem, non est audiendus reus de proprietate opponens, nisi actore consentiente*”. Añade el supuesto de hecho y lo ordenado por Gregorio IX: “*Licet...dictum campum eiusdem ecclesiae iuris esse, ideoque veritatem inquire, et, si hoc probatum fuerit, ... alioquin ante omnem contentionem res ei ablata reddatur*”.

⁴²⁷ *Decretales* de Gregorio IX cap 5, -resto como en la anterior nota-: “*Petenti restitutionem beneficii quaestio institutionis non canonicae referri non potest*” y la respuesta papal es: “*In literis tuis. Super illa quaestione, videlicet quum quis dicit, se de possessione violenter eiectum esse, et adversis dicit,*

Las Decretales de Gregorio IX, al tratar de la restitución de los derechos expoliados, incluyen también las reclamaciones de la restitución de la mujer a las obligaciones del matrimonio, instada por el esposo. Así, en un caso en que la esposa alegó consanguinidad en grado prohibido se denegará la *restitutio*; si tales datos no se probaren, se hará la plena restitución al hogar⁴²⁸. Como puede apreciarse las Decretales acogen la terminología del derecho medieval franco germano del revestimiento como manera de entrar en posesión de un derecho y justificar el uso del mismo. Es la institución de la *investitura*.

En el Derecho Canónico se aprecia la influencia del Derecho Romano, entre el tratamiento de otras instituciones, en la distinción de la *possessio* y la *proprietas*. El Libro II Título XII trata de los juicios sobre la *causa possessionis et proprietatis*. Establece un principio jurídico general que reza que los juicios posesorios y los de propiedad deben ser vistos y terminados por el mismo juez, pero no cabe pronunciamiento contra el ausente. El hecho posesorio es denominado *momentum* lo cual nos remite al uso de la terminología del Derecho Romano Vulgar⁴²⁹. El derecho a la defensa procesal como salvaguarda de derechos, evitando atropellos, impide pronunciamiento judicial contra los ausentes.

Cabe en el Derecho Canónico el ejercicio de acciones posesorias y sobre la propiedad en un mismo acto procesal, permitiendo la acumulación de acciones. Es el proceso posesorio previo para determinar los derechos, como cuestión preliminar, antes

eum non fuisse canonice institutum, respondemus, prius de violenta eiectione, quam de canonica institutione agi debere quia praedo etiam est secundum rigorem iuris restituendus".

⁴²⁸ Decretales de Gregorio IX, cap 13, título XIII, libro II: "Si contra petentem restitutionem coniugis opponitur consanguinitas in gradu prohibito, et offerentur probationes paratae, recepto ab oponente iuramento de malitia, negabitur restitutio quoad torum, et fiet quoad reliqua. Si vero probationem promptae non sint, fiet plena restitutio, nisi sit magna viri saevitia". En las notas a esta Decretal, apuntadas por Jaime Mans Puigarnau en la versión española medieval, cit., págs., 63 y 64, se resumen las cuestiones de derecho debatidas: "...si tanta es la crueldad del marido por que la mujer non se osa creer en el por ninguna seguridad que el faga, non deve ser revestido el marido, mas devenla partir del, si con el esta; en otra manera deve ser reçebida del bona seguridad, desent devenla tornar a su marido ante que anden en el pleito". "Que si la mujer se partio por su locura del marido e se fue e el marido la demanda que la fagan tornar a el, deve ser fecho si ella non probar luego que ay parentesco entre el e ella por grado devedado de la ley de Dios. En aqueste caso deven revestir al marido quanto a las otras cosas, non quanto al debdo carnal; mas si luego no lo quisiere probar e demandare plazo, deven revestir al marido en todo". "Que si el marido o la mujer sabe el parentesco non debe demandar el debdo carnal ni darle, ante devcen sufrir descovulgamiento". "Que toda cosa que no es de fe, es pecado". "Que por crueldad del marido cessa el revestimiento, si la crudelidad del marido es tanta que la mujer non se pueda creer en el por seguridad ninguna quel faga".

⁴²⁹ Decretales de Gregorio IX. Cap 1, título XII, del Libro II: "Legali provisione decretum est, tam momenti, quam proprietatis causam sub uno eodemque iudice debere cognosci, nec nos contra auditam partem aliquid possumus deffinire".

de entrar a examinar la propiedad. Faculta al *iudex* a para recibir los medios de prueba sobre la posesión y, hecho esto, concluirlo⁴³⁰. No obstante, si se acumulasen ambas acciones, cabe la posibilidad de que el juez estime probado el despojo de la posesión pero no el dominio o la propiedad, obtiene la reintegración de la posesión, pero sucumbe en el proceso petitorio⁴³¹. Acumuladas ambas acciones, posesoria y petitoria, recaerá una sola sentencia. Pero en el trámite de ejecución prevalece de ambas la sentencia recaída en en juicio petitorio⁴³².

Se observan diferencias entre la versión medieval española de las *Decretales de Gregorio IX*, versionadas por Mans Puigarnau en el Libro II, Título XIII, cap. 9⁴³³ y la recogida en el tenor literal de la versión de Aemilius Friedberg del *Decretum Gratiani*, en *Corpus Iuris Canonici*. En ésta, *Quum venisset*, en el encabezamiento previo, se hace una expresa referencia a la posibilidad de poder accionar por el interdicto de recuperar la cosa donada, hecha la donación bajo la autoridad del donante y adquirida la posesión de la cosa donada si de tal cosa fue expoliado⁴³⁴. Esta versión del *Decretum Gratiani* es plenamente coincidente con la ofrecida por Antonio Demochare, colega de la Academia de la Sorbona, publicada en Paris, 1552⁴³⁵. De los textos examinados aparece reflejada una equivalencia conceptual de posesión y tenencia. Además se acoge la herencia consuetudinaria del tiempo, imperante en toda Europa, del año, pues tal tenencia

⁴³⁰ *Decretales de Gregorio IX*. Cap 2, título XII del Libro II. “*Si actum est possessorio et petitorio, potest iudex receptis probationibus super utroque prius discutire probationes super possessorio, et illud terminare*”.

⁴³¹ *Decretales de Gregorio IX*. Cap 3, título XII del Libro II. “*Si spoliatus possessorio et petitorio simul agens possessionem et spoliationem probat, sed non dominium seu proprietatem, obtinet in possessorio, sed succumbet in petitorio*”.

⁴³² *Decretales de Gregorio IX*. Cap 6, tit. XII, Libro II. “*Quum dilectus....respondemus, quod, quum super possessorio et petitorio simul es actum, utrumque una sententia debet terminari. Sed licet in pronunciatione sit possessio praemittenda, in executione tamen debet proprietas praevalere*”

⁴³³ Mans Puigarnau, Jaime M. *Decretales de Gregorio IX, volumen II primera parte*, págs. 58 y 59. Universidad de Barcelona. Barcelona, 1942. “*Cum venissent. ...Desent, muerto el clérigo, los canonigos sin auctoritat del arçobispo, entraron aquella iglesia. Onde fue demandado al papa si entraran aquellos canonigos la possession de aquella iglesia mala miente, e responde el papa que non, si los canonigos recibieron renta cada anno daquela iglesia en vida daquel clérigo por auctoritat del arçobispo; ca escripto es que aquel esta en possession e en la tenencia dela cosa por cuyo nombre otro la tiene. Onde manda el papa al arçobispo escripto que los revista daquela iglesia e de las otras cosas que les forço*”.

⁴³⁴ *Corpus Iuris Canonici. Pars Prior, Decretum Magistri Gratiani*, cit. págs. 283-284. Graz, 1959. Encabeza el cap. 9 *Quum venisset*, así: “*per solutionem pensionis rei donatae, factam donatorio cum auctoritate donatoris, acquiritur illi donatorio rei donatae possessio. adeo, quod, si ab illa expellitur, per interdictum recuperandae agere poterit*”.

⁴³⁵ *Decretum Gratiani*. Versión del profesor de la Sorbona Antonio Demochare. Paris, 1552. En este caso, la respuesta papal es la siguiente: “*Respondemus que si praefati canonici a praedicta ecclesia auctoritate eiusdem archiepiscopi vivente clericó perceperunt annuam pensionem: eo morto, quamvis auctoritatem eiusdem archiepiscopi non quaesierunt, vitiose tamen non sunt possessionem ingresi: sum (sicut cautum est) is possideat, cuius nomine possidetur*”.

posesoria viene acreditada por un hecho más, como es la percepción de una renta cada año. La legitimidad posesoria del clérigo fallecido fue por éste recibida de la autoridad del arzobispo, de donde el título posesorio procede. Nada tiene, pues, de extraño que el encabezamiento del cap. 9 se refiera a la posibilidad procesal de poder accionar mediante la invocación del interdicto de recuperar la posesión.

De un examen desapasionado de las normas referenciadas tanto del *Decretum* como de las *Decretales* de Gregorio IX, cabe deducir que la aportación doctrinal respecto de la posesión y la propiedad desde el punto de vista del Derecho Canónico, poca innovación supuso⁴³⁶ respecto del Derecho Romano excepto en la protección de la posesión ante cualquier acto de despojo *por potencia* o violencia. Se trata en el fondo de una especial consideración defensiva ante la prepotencia del poder civil feudal. Como cuestión previa de procedibilidad, todo expoliado de su cargo eclesiástico y sus bienes y derechos, debe ser reintegrado en ellos.

III. 3. – Y en la Hispania romana, el *Liber Iudiciorum*.

El *Liber* es el eslabón de unión jurídica del desaparecido reino visigodo con la nueva sociedad ubicada en el solar de la antigua Hispania. Entre los visigodos estaba en vigor el *Liber Iudiciorum* según redacción dada por Recesvinto, en torno a 654. El Rey recoge y compila toda una serie de disposiciones ya redactadas con anterioridad. Eurico es autor de un Código; Alarico II, en su Breviario, recopila el Derecho Romano vulgarizado, que fue revisado por Ervigio, hacia el 681.

El *Liber* es el principal legado jurídico del reino visigodo. Desaparecerá éste, pero aquél continuará vigente, a pesar de que en la antigua Hispania, en este largo espacio de tiempo, sucedieron muchas cosas. Los refugiados establecidos en las montañas de Asturias y Cantabria admitían la vigencia del *Liber* y éste servía de cauce para resolver sus conflictos. También la comunidad de origen visigodo, que permaneció en convivencia, más o menos pacífica, con la comunidad musulmana en los amplios territorios ocupados, tenía el *Liber* como testimonio escrito de su propio derecho. Muchos de estos mozárabes, para liberarse de la opresión dominante, huyeron, refugiándose en el norte, y llevaron consigo este derecho. Este monumento legado por el reino visigodo no es la exclusiva fuente del derecho. Con ello no nos referimos al

⁴³⁶ Ourliac, Paul. *La Période Post-classique*, cit. pág. 67: “*Le droit canonique du XV siècle imite beaucoup et invente fort peu*”.

alcance de lo dispuesto en el *Liber*, 2, 1, 9⁴³⁷, donde Recesvinto se inclina por no sufrir más las leyes de los romanos o de las instituciones extrañas, prohibiendo las leyes de otros pueblos, aunque fuere de utilidad su estudio, expresión de la cual García Gallo⁴³⁸ deduce que el Rey visigodo se pueda estar refiriendo al Derecho bizantino de Justiniano. Sin embargo no hay referencia alguna en las fuentes a que la labor compilatoria justiniana sea conocida en la Península, como consecuencia de la presencia bizantina en el sureste. Cuando Recesvinto habla de “*las leyes de los romanos*” puede estar refiriéndose a las leyes que practican los hispanorromanos, es decir, la legislación de Derecho Romano Vulgar, integrado en las propias costumbres de la población hispanorromana, sin que pueda ni siquiera intuirse que el Rey pueda estar pensando en el derecho que ha recogido el Emperador Justiniano.

El *Liber* no pudo ir con absoluta eficacia contra la corriente de aquellos tiempos en que la costumbre, el derecho consuetudinario, campaba a sus anchas en el contexto de una sociedad cada vez aislada, más refugiada en las defensas que la muralla brindaba. Así, en efecto, en el *Liber* hay constantes referencias al Derecho Romano, cuando señala “*según hacen los ciudadanos de Roma*”⁴³⁹. Muchas de esas costumbres visigodas reaparecerán con fuerza social en el Derecho Medieval Hispánico a través de la legislación foral, aunque tampoco puede descartarse que esas mismas costumbres estuvieran arraigadas en la población hispanorromana peninsular.

Vamos a centrarnos en el análisis del *Liber* en algunos aspectos que pongan de manifiesto la evolución de la legislación en lo que respecta a la propiedad y la posesión. En el Derecho Visigodo sigue manteniéndose el término *dominium* para significar el pleno derecho sobre una cosa⁴⁴⁰. Son numerosos los textos del *Liber* en tal sentido⁴⁴¹. También se emplea el vocablo *proprietas*⁴⁴². En la versión romanceada del *Fuero Juzgo*

⁴³⁷ *Liber Iudiciorum*, 2, 1, 8: “...*nolumus sive romanis legibus, seu alienis institutionibus amodo amplius convexari*.” *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, Tomo I. Madrid, 1847.

⁴³⁸ García Gallo y de Diego, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho Español*, I. pág. 346. Madrid, 1977.

⁴³⁹ *Liber Iudiciorum*, 12, 2, 13: “...*seu forte ad libertatem non fuissent perducta, ad civium romanorum privilegia, ad civium romanorum iuxta nostra legis...*” y en 12, 2, 14: “*Liberare vero servum christianorum iudaeus si maluerit, ad civium dignitatem eundem mendumittere debet*”.

⁴⁴⁰ García Gallo y de Diego, Alfonso. *Bienes propios y Derecho de Propiedad en la Alta Edad Media Española*, pág. 365. *AHDE*. Madrid, 1959.

⁴⁴¹ *Liber Iudiciorum*, 2, 1, 6: “*etiam et ipsa quae fraudulentè in dominio alieno contulerant*” y en el encabezamiento de 5, 4, 12 se lee: “*Non liceat parentibus filio suos quocumque contractu alterius dominio subiugare*”.

⁴⁴² *Liber Iudiciorum*, 10, 3, 5: “*Quum autem proprietas fundi nullis certissimis signis, aut limitibus probatur...*”.

se traduce por *hereditas*, término utilizado como sinónimo de propiedad en el Altomedievo. *Hereditas* está empleada en un contexto de toma de una parte de propiedad de su vecino, es decir, un supuesto de autoatribución de *dominium* a un hombre⁴⁴³.

En cuanto a la materialización de los actos de trascendencia jurídica, sobre todo en cuanto afecta a la atención que los jueces deben prestar a las manifestaciones de la voluntad de las partes, el texto examinado del *Liber*, cierto que en su versión del *Fuero Juzgo*, prosigue señalando que si los testigos no pueden hacer prueba respecto de a quien corresponde el dominio, ni existe escrito alguno, por lo cual es cosa dudosa, en esos casos quien lo tuvo primeramente, cada parte tenga lo que tenía, salvo que el otro pudiere probar que lo tuvo con anterioridad. Se remite a la aplicación del principio general del derecho “*prior in tempus, potior in ius*”. Se excluyen de forma contundente los supuestos de ejercicio de fuerza o engaño. En este comentado precepto visigodo, el debate del controvertido dominio se dilucida por la prueba personal de testigos del vecindario que “*cataren los fitos*”, así como por la prueba de documentos. En el supuesto de inexistencia de estas pruebas, el debate sobre la propiedad queda en un plano de dudosa resolución. Y de forma subsidiaria, ante la ausencia de tales pruebas, se resuelve por acreditar quién la poseyó con anterioridad, la solución viene dada al “*mostrar que lo tovo á primas por fitos*”, pues la existencia de hitos o mojones señaladores, o por otra cosa, se puede concluir lo que la otra parte debe perder.⁴⁴⁴ Como puede, en cambio, deducir del texto del *Liber*, la *litis* se refiere tanto al hecho del dominio como a la posesión.

La ley visigoda detalla lo relativo a la constancia de una prueba documental. Se presume veracidad de por vida a los escritos realizados personalmente por su autor, con firma y fechados con día y año⁴⁴⁵, constando los testigos del acto. Si el autor no supiere escribir, que era lo más frecuente en la vida ordinaria, lo harían testigos a su ruego, con posibilidad posterior de ratificar la firmeza del escrito si se recuperare de la enfermedad.

⁴⁴³ *Fuero Juzgo*, 10, 3, 5: “*Si algún omne toma heredad de su vecino allende de los fitos, non seyendo el vecino en la tierra...debe perder luego lo que tomó demás...*”.

⁴⁴⁴ *Liber Iudiciorum*, 10, 3, 4: “*...cuius primum aut dominium aut possessio fuit: sed nec per testem, nec per scripturam potuerit postremus possessor ostendi, quia dubium primae possessionis constat iudicium; unusquisque quod possidet, inrevocabiliter possidebit. Verum ubi unus possessor sine alterius domini mansoribus publice possidens per evidentia signa locum ex integro vindicare videtur*”.

⁴⁴⁵ *Liber Iudiciorum*, 2, 5, 1: “*Scripturae, quae diem et annum habuerit evidenter expressum, atque secundum legis ordinem conscriptae noscuntur, seu conditoris, vel testium fuerint signis aut subcritionibus roboratae, omnes habeant stabilem firmitatem*”.

El testigo debe leer personalmente el escrito antes de estampar su signo; faltando este requisito, su testimonio respecto del contenido del acto carece de valor⁴⁴⁶. De ello cabe deducir que se da mayor valor al testimonio personal que al valor del contenido del documento, pues éste viene supeditado a la adverbación personal de los testigos presenciales. Podría afirmarse que el escrito, documentado conforme a ley, es un elemento probatorio de la existencia del acto jurídico, pero la ratificación personal, ante el juez, de los testigos es requisito esencial para determinar su validez y eficacia jurídica. Preocupación del legislador visigodo es el mandato directo al juez para que, en pleitos y avenencias subsiguientes al mismo que le daban fin, siendo las avenencias la general forma de concluir los litigios, conste la fecha, es decir el día y año en que fue hecho el documento⁴⁴⁷. Ello confiere seguridad jurídica a la realización de la justicia, fijando el acto judicial al tiempo correspondiente. Puede deducirse que es voluntad del legislador la vinculación de la validez del derecho y la realización de la justicia a la constancia de su escrituración documental con señalamiento de día y año en que el mismo se confeccionó, sin cuyo requisito carece de validez y eficacia. La intervención de los testigos, para su ratificación a presencia judicial, solo operaba en caso de litigio sobre la validez del documento.

El mismo tratamiento de exigencias legales, es decir, manuscrito, fechado y testificado, es dado a las mandas a medio de últimas voluntades⁴⁴⁸. Añade esta ley, que la veracidad de estas disposiciones testamentarias hay que acreditarlas pasado el plazo de seis meses ante el sacerdote. De ello se deduce el carácter que la ley confiere al estamento religioso como autoridad para adverbar, a manera de juez, toda la materia de sucesiones testamentarias. El plazo de seis meses fijaba la estabilidad familiar del patrimonio para llevar a cabo la partición y asignar de forma segura las mandas. Igual norma se contiene de forma reiterada en el *Liber*⁴⁴⁹. El sacerdote es un medio fundamental a la hora de publicitar el acto de la disposición testamentaria, con plena

⁴⁴⁶ *Liber Iudiciorum*, 2, 5, 2: “...si non aut per se antea legerit, aut coram se legentem audierit, subscribere penitus non audebit”.

⁴⁴⁷ *Liber Iudiciorum*, 2, 5, 3: “Pacta vel placita, quae per scripturam iustissime ac legitime facta sunt, dummodo in his dies vel annus sit evidenter expressus, nullatenus immutari permittimus”.

⁴⁴⁸ *Liber Iudiciorum*, 2, 5, 11: “Morientium extrema voluntatis, sive sit auctoris et testium manu subscripta, sive utrarumque partium signis aut subscriptionibus extiterit roborata, seu etiam etsi auctor subscribere, vel signum faceret non praevaleat, alium tamen cum legitimis testibus subscriptorem vel signatorem ordinationis suae instituat; ...sive quae auctoris et testium manu subscriptae, sive utrarumque partium signis extiterint roboratae, infra sex menses iuxta legem aliam sacerdote pateant publicandae”.

⁴⁴⁹ *Liber Iudiciorum*, 2, 5, 13: “Scripta voluntas defuncti ante sex menses coram quolibet sacerdote vel testibus publicetur”.

aceptación social. Un hecho significativo que viene a confirmar que el elemento clerical era de la máxima confianza pública entre los visigodos, se consigna en el *Liber*⁴⁵⁰, cuando se indica que en el supuesto de hacer testamento *in itinere*, sea el Obispo y el juez quienes determinen la buena fe de los testigos presenciales. Sin embargo, cuando siglos más tarde, el *Liber* pasa a texto romanceado, desaparece el juez, quedando solo el Obispo como autoridad que acredite dicha buena fe. También en el Fuero Juzgo, la expresión sacerdote desaparece y se confiere tal función del control de la publicidad de tales actos al Obispo⁴⁵¹. De cuanto se acaba de señalar, resulta que el Derecho Visigodo ha hecho suyo el Derecho Romano Vulgar respecto de la necesidad de la forma del acto mediante escrito. La escritura es elemento sustancial para la validez del acto jurídico. Y además resulta que el sacerdote, más tarde el Obispo, aparece como un medio de autenticidad y publicidad imprescindible y que viene a constituir una especie de registro público auténtico de tales actos.

Esta práctica consuetudinaria de otorgar validez a los documentos en que se donan o conceden derechos que afectan a la propiedad o a la posesión, en cuanto a la tenencia de bienes con reserva del dominio eminente en manos del *dominus*, es constante y permanente en el tiempo. Así, en documento fechado a 1251 un diploma de la Iglesia de Lugo⁴⁵², -la fecha aparece al inicio del diploma y al final del mismo-, sirviendo como carta que documenta al acto, se recogen nominativamente los datos de los testigos intervinientes que corroboran, -*roborant*- y confirman -*confirmant*- la veracidad del contenido. De todo ello da fe el notario, como fedatario público del acto. El registro del documento se hace en la Iglesia de Lugo. Este diploma, y otros muchos conservados, vienen a dar testimonio de la vigencia del *Liber Iudiciorum* en un momento muy posterior al mismo y no hace sino confirmar que las exigencias para la validez de los actos jurídicos dispositivos de bienes eran fielmente cumplimentados siglos más tarde. Así, en efecto, puede comprobarse en el diploma fechado a 1047⁴⁵³ que refleja en pleito

⁴⁵⁰ *Liber Iudiciorum*, 2, 5, 12: “...*quorum fidem episcopus atque iudex probare dedebunt*”.

⁴⁵¹ *Fuero Juzgo*, 2, 5, 10 y 12.

⁴⁵² De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la Historia de las Instituciones de León y Castilla (siglos X-XIII)*, cit. pág. 158: “*et presentem inde cartam per alphabeticum divisam inter se roborant et confirmant. Qui presentes fuerunt: frater Iohannis archidiaconus testis. Nuno Iohannis miles frater eius testis; R. Ferdinandi archidiaconus testis; G. Ruderici archidiaconus testis; S...Petri iudex testis; Alvarus Petri miles testis; Fernandus Pelagii notarius Lucensis notuit*”.

⁴⁵³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I. Lisboa, 1867. Kraus Reprint Ltd. Leichtenstein, 1967. Pág. 219: “*et ante aliorum multorum et ante iudices qui lex gutorum solent conprobare...*”.

habido en la villa portuguesa de Banhos, en tiempos del Rey Fernando en que la *intentio* se desarrolló, a presencia de García Moneoniz, entre el presbítero Sindila y sus herederos contra Zeidon y contra su hijo García, presbítero, y sus herederos, por *hereditas* existente entre el Duero y el Tamize. Lo interesante de este diploma no es el desarrollo del juicio en sí y su resultado, sino que las partes acudieron al llamamiento del *placitum* o plazo judicial y que las partes aceptaron la asistencia al *concilium*, que funcionaba a manera de Asamblea judicial, con sus *mandatores* y *suas voces escriptas*, ante la justicia, es decir, ante los jueces que de conformidad a la *Ley de los Godos* quienes suelen comprobar las alegaciones y pruebas de las partes. Los litigantes, con espontáneo consenso, impusieron el fin del litigio. A mediados del siglo XI, en una lejana y oscura villa portuguesa los jueces aplicaban el *Liber Iudiciorum*. Es una prueba más de que por vía de la costumbre observada por todos, el *Liber* estaba integrado socialmente como el portador del derecho consuetudinario. Puede afirmarse que en la Alta Edad Media, el *Liber* contenía el *ius commune* hispánico, era el derecho común de las tierras hispánicas.

Práctica procedimental que de igual manera se observa en diploma *fecho* a 1050 en tiempos del Rey Fernando y la Reina Sancha, que recoge una *karta agnitio* en juicio o *intentio* en presencia de Gomice Eitaz que dominaba en la tierra bajo el imperio de su Rey y su Reina, así como otros varios personajes, citando entre otros al “*tiufaudus*”; eligieron *iudex* a Pelagio Sagatiz, que era constituido juez en aquella tierra, a quien los comparecientes le pidieron que juzgase entre ellos la verdad. Y así, celebrado el juicio en la villa de Matamala, levantó acta actuando como notario el presbítero Fredenando.

En otro litigio suscitado entre los hijos de Egas Erotiz y sus consobrinos, hijos de Adosinda, que viene recogido en el diploma *fecho* a 1053⁴⁵⁴ en que discutían el derecho posesorio de la villa de Viariz, en *terram* portugalense, respecto de la cual alegaba la *gens* de Egas, se describe con amplitud la procedencia de expresados derechos posesorios discutidos. Se señala que dichas tierras habían sido de los hijos de los ismaelitas y que a éstos se lo compró Adosinda. Dicha villa la compraron en el precio que establecieron. Los descendientes de Egas la tuvieron por muchos años, y cuando

⁴⁵⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, cit. pág. 234: “*et querellavit se ipse domno guntdisalbo ad ipse rex pro illa villa Viariz ille vero Rex motus ad misericordiam exquisivit veritate de ipsa villa et viderunt quia erat veritate de Guntdisalbo iben Egas mandavit ipse rex et eorum iudices tu consignassent illa villa ad ipse domno...et assignarunt per manu maiorino...et fecisse inde agnitio ante ille Rex et eorum iudices...*”.

Egas volvió a su tierra de la que se había ausentado, la posesión estuvo en manos de Egas y sus hijos de manera sana, intemerada y sin calumnia. Pasado mucho tiempo los hijos de Adosinda se alzaron y presaron esa villa por violencia mala. Tras la muerte de Egas, su hijo Guntsalbo iben Egas, como querellante, acudió ante el *dux* de aquella villa quien ordenó a su *sayón* que ejecutase el derecho de Guntsalbo sin necesidad de esperar a la discusión del juicio. Quedó probada la ausencia de Egea y la violencia ejercida por los sobrinos de éste. La misericordia removió al Rey Don Fernando y por la pesquisa vio que la verdad era de Guntsalbo y mandó el Rey que sus jueces, que así ejecutaran el mandato regio, le hicieran consignación de la villa y además que hiciese *agnitio* allí ante el Rey Don Fernando y su esposa Doña Sancha y sus jueces, por mano del *maiorino* llamado Guntsalbo Raupariz, otorgándole a Guntsalbo iben Egas y a la esposa de éste llamada Flamula el “*iure quiedo temporibus seculorum*”. El argumento jurídico que convenció tanto al Rey, sobre todo al Rey, como a sus jueces fue la evidencia de que los hijos de Adosinda habían ejercido la violencia mala apoderándose mediante *presura* injustificada sobre la villa que fuera de su fallecido tío Egas. Se puede deducir, con respecto a la *presura* efectuada por los hijos de Adosinda que no fue en absoluto pacífica, sino que medió el empleo de la violencia. En absoluto por los jueces regios se examinó la cuestión de la adquisición prescriptiva por el largo tiempo del uso de dicha villa. El Rey Don Fernando en persona confirmó esta *agnitio*, así como la Reina Doña Sancha. Con sus Condes, que son nominativamente designados, más los testigos presenciales, de todo lo cual levantó acta Randulfo como notario. Constituye el presente diploma, de que hemos hecho una apretada síntesis, todo un ejemplo de cómo se administraba la justicia, directamente por el Rey y su comitiva, con los jueces regios, y restantes funcionarios encargados de tramitar la ejecución de las decisiones judiciales. En esa época la Justicia era competencia exclusiva e indepartible del Rey, y la misma se hacía en su nombre, aunque muchas veces se puede apreciar la intervención de la mano justiciera del Rey personalmente. La Justicia del Rey disponía de un mayor margen de libertad en cuanto a las pruebas admisión y valoración de las pruebas, que cuando la obligación de hacer justicia estaba en la mano de los jueces, como tendremos ocasión de ver.

Como mecanismo legal para transmitir la propiedad, el *Liber* equipara el mismo tratamiento a las ventas y a los trueques⁴⁵⁵. Y también aquí aparece regulado como elemento esencial de validez jurídica la forma escrita añadiendo seguidamente que también es válida la venta no recogida por escrito siempre que el precio sea pagado ante testigos⁴⁵⁶. La venta en que medió fuerza o miedo, carece de validez. El mismo tratamiento es dado para las particiones hereditarias, ya que lo que es hecho una vez, no se debe deshacer en adelante. Y la partición hecha entre hermanos, aunque no se haya hecho por escrito, manda el Rey que sea firme si se pudiere probar con testigos⁴⁵⁷. Aquí aparece con fuerza propia la prueba testifical, como instrumento que justifica la firmeza del acto.

La legislación contenida en el *Liber* ofrece un tratamiento peculiar, que se separa del criterio del Derecho Romano, respecto de la situación legal de la casa o viña edificada o plantada en propiedad ajena perteneciente a otro, no sabiéndolo ninguno de ellos o, incluso a sabiendas, si por testigos pudiere probar que tal edificación de nueva planta o nueva viña plantada, la hizo a sus expensas, en cuyo caso tal propiedad pasa a ser suya con la contrapartida de ceder otro tanto de tierra a quien fuera legítimo propietario de la finca invadida. Si hubiere prohibición expresa del legítimo dueño de la tierra, perderá edificación y viña nueva. Un cambio legal se ofrece a favor de quien recibió por trueque o venta una tierra de quien no fuere su legítimo dueño y que jamás estuvo en su poder, y el dueño legítimo omitió deshacer tal negocio con la esperanza de beneficiarse con el trabajo de quien de buena fe edificó o plantó, o incluso desconocía estos hechos por estar lejos de su legítima propiedad o estaba ignorante de este hecho, si quien de buena fe actuó y lo pudiere probar ante el alcalde, no debe perder cuanto hizo en esa tierra y el transmisor de esa propiedad mejorada por el dueño de buena fe, debe indemnizar al despojado de la tierra pechando como compensación, el doble de tierra⁴⁵⁸. Esta situación es para el supuesto de confusión entre las suertes de los repartos entre comuneros. Porque cuando se plantase viña en propiedad ajena en que el plantador careciere de

⁴⁵⁵ *Liber Iudiciorum*, 5, 4, 1: “*Commutatio, si non fuerit per vim et metum extorta, talem qualem et emptio habeat firmitatem*”.

⁴⁵⁶ *Liber Iudiciorum*, 5, 4, 3: “*Venditio facta per scripturam plenam habeat firmitatem. Caeterum si etiam scriptura facta non fuerit, et datum pretium praesentibus testibus conroboretur, et plenun habeat emptio robur. Venditio vero, si fuerit violenter et per metum extorta, nulla valeat ratione*”.

⁴⁵⁷ *Liber Iudiciorum*, 10, 1, 1 y 2: “*Valeat semel facta divisio iusta, et nulla postmodum immutandi admittatur occasio*”. Y “*Divissionem factam inter fratres, etiam si sine scriptura inter eos convenerit, permanere iubemus, dummodo testibus idoneis comprobetur; et divisio esta plenam habeat firmitatem*”.

⁴⁵⁸ *Liber Iudiciorum*, 10, 1, 6 y 7.

suerte o parte alguna, perderá la labor cuando careciere de permiso del dueño o actuase evidenciando fuerza en tal hecho. La suerte mediante sorteo es un medio de procurar los repartos de la tierra.

El *Liber* recoge una ley antigua reflejando el reparto de tierras hecho entre godos y romanos. Estimo que la proporción de dos tercios para los godos y la *tertia* para los romanos no fue norma generalizada para la Hispania sino aplicada exclusivamente a los territorios en que se asentó el pueblo godo. Se trata del reparto hecho, que debe entenderse allí donde efectivamente se hizo tal reparto, allí donde se pruebe hecha tal división⁴⁵⁹. Añade algo más, al decir que dicha división debe ser respetada, sin posibilidad de que ninguno de ambos pueblos reclame nada al otro sobre el reparto hecho, ordenando que dicha proporción no sea quebrantada en absoluto cuando los padres partieren entre sus hijos la heredad. Y también aparece un precepto en que el Rey visigodo se reserva, como heredero del Poder del emperador romano, la posibilidad de hacer a manera de donaciones mediante las *largitates* imperiales, haciendo valer sus privilegios regios.

Bien podríamos estar ante un principio de afirmación del poder real en una nueva monarquía, que presupone el embrión de una cierta soberanía territorial, desgajando de la Soberanía el objeto físico sobre el que ésta recae mediante la posibilidad de conferir la propiedad o su uso privado a terceros⁴⁶⁰. También puede ser vista esta facultad regia como posibilitar adeptos sumisos a su poder, ampliando las bases sociales del nuevo régimen político, con la creación de sumisas clientelas.

Es objeto de preocupación legal el pago de los tributos de las tierras, el impuesto territorial de los romanos. Así, si se da en renta una tierra de las catalogadas como *tertia*, es decir, de atribución a la parte de la población hispanorromana, para que la labre, permanece la obligación del pago del impuesto según la parte de ellos que tiene la tierra laborada⁴⁶¹. Y añade el *Liber*⁴⁶² que si un godo toma alguna tierra de la parte de los

⁴⁵⁹ *Liber Iudiciorum*, 10, 1, 8: “*Divisio inter gotum et romanum facta de portione terrum sive silvarum, nulla ratione turbetur, si tamen probetur celebrata divisio;*”

⁴⁶⁰ *Liber Iudiciorum*, 10, 1, 8: “*...nisi quod a nostra forsitan ei fuerit largitate donatum*”.

⁴⁶¹ *Liber Iudiciorum*, 10, 1, 15: “*Qui accolam in terra sua susceperit, et postmodum contingat, ut ille qui susceperat, cuicumque tertiam redat; similiter sint et illi suscepti sunt, sicut et patroni eorum qualiter unumquemque contigerit*”.

⁴⁶² *Liber Iudiciorum*, 10, 1, 16: “*Iudices singulorum civitatum, villici atque praepositi terras romanorum ab illis qui occupatas tenent auferant, et romanis sua exsequutione sine aliqua dilatione restituant, ut nihil fisco debeat deperire: si tamen eos quinquaginta annorum numerus aut tempus non excluserit*”.

romanos, es decir, de la *tertia*, los jueces deben deshacer tal hecho, pues el rey no debe perder nada de su derecho, es decir, sus tributos. Parece deducirse de ello que la población visigoda estaba exenta del pago de impuestos o contribuciones territoriales.

Se introducen en este texto del *Liber* dos ideas innovadoras, a saber, la imprescriptibilidad de los lotes de los repartos de tierras hechas, el carácter definitivo, para siempre, de los repartos, lo cual evidencia la voluntad regia del monarca godo, como una barrera de protección ante la evidencia de la superioridad numérica de la población hispanorromana, evitando conflictos en lo sucesivo, sirviendo de protección, en todo caso, de los derechos del fisco. Los jueces no pueden amparar el argumento de que la tierra se tuvo y mantuvo durante el prolongado plazo de cincuenta años. La razón final es la protección de los derechos del Rey, es decir, la percepción de sus tributos como manifestación última de su poder que le reportan sustanciosos beneficios, no siempre admitido de buen grado por algunos poderosos personajes. Derechos regios y derechos soberanos; patrimoniales aquéllos, éstos apuntalados en el Poder.

En la legislación goda existe el plazo de prescripción mediante *usucapio* de cincuenta años. Para el arrendamiento de tierras, la demora en el pago de la renta impone el pago o *pecho* del doble de lo prometido. Y se contempla un supuesto de impago de la renta de hasta cinco años, mediando engaño, hecho con la intención o pretensión de lograr la prescripción de cincuenta años en perjuicio del dueño, en cuyo caso pierde la cosa y cuanto allí metió⁴⁶³.

En el título II del Libro X del comentado *Liber*, se regulan los plazos para poder reclamar, que es tanto como decir los plazos a partir de los cuales decaen los derechos. Las suertes o tierras de los godos obtenidas en el reparto hecho y la *tertia* de los hispanorromanos, que antes del transcurso de cincuenta años no fueron revocadas, pasado ese plazo ya no se pueden demandar⁴⁶⁴. Plazo de medio siglo que permite que los esclavos fugitivos, que no han vuelto, no puedan ser llamados de nuevo al servicio⁴⁶⁵. La razón de establecer este plazo prescriptivo de medio siglo, aunque la ley

⁴⁶³ *Liber Iudiciorum*, 10, 1, 19: “*Nam si ita reddere promissum aut consuetum dissimulet, ut dominum rei legum tempus excludat, usque ad L. annos rem cum augmmento solius laboris quod illic fecit amittat*”.

⁴⁶⁴ *Liber Iudiciorum*, 10, 2, 1: “*Sortes goticae et tertia romanorum, quae infra quinquaginta annos non fuerint revocatae, nullo modo repetantur*”.

⁴⁶⁵ *Liber Iudiciorum*, 10, 2, 2: “*Mancipia fugitiva quae infra quinquaginta annos inventa non fuerint, non liceat ad servitium revocare*”. Conviene destacar la expresión “*mancipia*” de tan rancio sabor

no se refiera a ella, puede ser que se acuda a la presunción de muerte del esclavo fugitivo y por ello es inviable el llamarle de nuevo al servicio.

Además del plazo de medio siglo, que no existía ni en el Derecho Romano Clásico ni en el Vulgar, por otra parte en el Derecho Visigodo se contempla como una causa de caducidad de instancia o de fenecimiento del litigio, mediante el transcurso del plazo de treinta años sin resolución definitiva de la causa⁴⁶⁶. La sanción regia a quien esta norma conculcare consiste en el pago, al Rey, de una libra de oro.

Señala el *Liber* el plazo de treinta años para prescripción de las cosas por el mero uso o su tenencia en paz, incluso de las cosas del Rey, derecho aplicable a cualquier persona, libre o no, sabiéndolo el Rey, de modo tal que, cerrado dicho plazo, no se pueden demandar. Derecho del que son exceptuados los siervos fiscales, cuya concesión corresponde al Rey⁴⁶⁷. Sin embargo, el siervo del rey que viviere como libre durante cincuenta años, o en el periodo de treinta años, gana libertad y esta ley obliga incluso al rey, ley que se declara obligatoria de guardar a sus pueblos⁴⁶⁸.

La confusión conceptual entre propiedad y posesión, como se atisbaba en el Derecho Romano Vulgar, reaparece también en el Derecho Visigodo⁴⁶⁹. Y por el hecho de poseer durante treinta años, nadie está legitimado para realizar cualquier reclamación, pues por aplicación del transcurso del citado plazo, el legislador presupone la existencia de un derecho inatacable⁴⁷⁰, derecho que no es señaladamente distinguido acerca de si se trata de la propiedad o de la mera posesión. Tal confusión es proseguida en la citada anotada ley al expresar “*absentem possessorem*”, esto es, a causa de estar en otra provincia o en expedición pública, que el *Fuero Juzgo* romanceado interpreta como “*estar en hueste del Rey*”. Esta ausencia del *possessor* por el hecho de estar en expedición bélica al servicio del Rey es aplicable al supuesto de posesión de más de veinticinco años y menos de treinta años, confiere un privilegio de este visigodo y la legislación introduce un juicio de consignación del objeto litigioso, en que el *iudex* a

romano, conservada en el *Liber*, carece de relación con la *res Mancipi* ya hacía siglos desaparecidas. *Mancipia* es una esclava.

⁴⁶⁶ *Liber Iudiciorum*, 10, 2, 3: “*Omnes causae...aut etiam criminales, quae infra XXX annos definitae non fuerint...nullo modo repetantur*”.

⁴⁶⁷ *Liber Iudiciorum*, 10, 2, 4.

⁴⁶⁸ *Liber Iudiciorum*, 10, 2, 4, in fine: “*Servi vero fisci...ab huius sententia legis illis tantummodo segregatis, qui percipere valuerint regia conlatione remedia libertatis*”.

⁴⁶⁹ *Liber Iudiciorum*, 10, 2, 5: “*Saepe propium ius alteruis longinqua possessio in ius transmittit alterius*”.

⁴⁷⁰ *Liber Iudiciorum*, 10, 2, 5: “*...nam quod quisque XXX annis expletis absque interruptione temporis possidet, nequaquam ulterius per repetendis calumnian amittere potest*”.

través del “*sagio*” -sayón-, como agente al servicio de la justicia, con la preceptiva presencia de dos o tres testigos, dispone consignar el bien durante el plazo de ocho días en lugar a puerta cerrada y sellada, a disposición de quien la reclama sin perjudicar la misma. Pasados estos ocho días, vuelva el bien a quien tenía la cosa con anterioridad para que pueda demostrar que cumplido fue el plazo de treinta años y que la cosa debe ser suya. En adelante ya no se puede volver a plantear reclamación sobre ello⁴⁷¹. La confusión de posesión con propiedad es constante en esta ley. Ambos contendientes son *possessores*. Pero la *litis* no se refiere en exclusiva sobre la pugna sobre la posesión o la propiedad relativizada, sino además sobre cualquier otro derecho⁴⁷².

Es discutible si esta Ley citada, de Chindasvinto, es aplicable en beneficio de los godos al servicio del Rey, estando en hueste, para que el elemento poblacional hispanorromano no perjudique en sus derechos al pueblo dominante. Más bien me inclino por pensar en que el peligro de usucapir inmuebles habiendo transcurrido veinticinco años en el uso de la tierra y ante la negativa de pagar la renta en los cinco años que faltan para llegar al plazo fatal de los treinta años, discutiendo el hecho posesorio como medio para acceder a derechos definitivos, pudiera referirse a relaciones locaticias en que intervinieran y fueran parte los hispanorromanos como meros tenedores o poseedores de la tierra. Hay base para llegar a esta conclusión al relacionar esta ley con la 10, 2, 1, referente a las suertes góticas y las “*tertiaie romanorum*” propiedades o posesiones para las que se establece un plazo de cincuenta años para determinar la posibilidad de su revocación. Plazo que es el mismo, como hemos visto, para los “*mancipia fugitiva*” o esclavos.

No es esta Ley 10, 2, 5, del *Liber* la única que presenta diferencias notables con la versión romanceada que nos ofrece el Fuero Juzgo, como tendremos ocasión de ver. En cualquier caso, debemos concluir este sucinto comentario del *Liber* dejando constancia de una disposición que viene a paliar las situaciones de injusticia ocasionadas en tiempos turbulentos. Así, al plazo de usucapión de treinta años no entra en vigor para que quien haya estado sufriendo prisión o sometido a destierro, el cual puede reclamar lo suyo; plazo que se amplía hasta cincuenta años en el caso de siervos⁴⁷³.

⁴⁷¹ *Liber Iudiciorum*, 10, 2, 6.

⁴⁷² “*Tunc iudex id quod reposcitur, id est, seu possessio sive quodcumque fuerit*”,

⁴⁷³ *Liber Iudiciorum*, 10, 2, 7.

También se aprecia una diferencia entre el *Liber Iudiciorum* y el *Fuero Juzgo* cuando el primero habla de los *leudes*⁴⁷⁴, mientras en la versión romanceada se habla de “hijos”⁴⁷⁵. Muchos interrogantes suscita este cambio para desentrañar qué y quiénes son estos *leudes*. Realmente lo decisivo es ¿ser hijo en convivencia con su padre, para que éste obtenga la *tertia* de lo obtenido por el *leudes* en hueste regia?; puede intuirse que se trata del pago o premio por los servicios al Rey como la percepción de un beneficio regio, pero al mismo tiempo en el hecho de beneficiarse el padre con un tercio de ese *beneficium*, puede entreverse una reminiscencia de la institución germánica de la *sippe*. O en una antigua institución del Derecho Romano Vulgar, conservada en el seno de la *gens* romana. En efecto, hay sustancial diferencia en este contexto del *Liber* y del *Fuero Juzgo*.

La razón es que en este tiempo, desde que el primero es compilado en tiempo godo, hasta el momento en que se ofrece una versión romanceada, han cambiado muchas cosas. La Hispania visigoda no es la misma que la que detalla la sociedad de la Hispania de la Repoblación o Reconquista. Cuando se vierte el *Liber* al castellano, en tiempos de Fernando III, el traductor no tiene idea, ni siquiera confusa, de qué sea ese *leudes*. Sin embargo, el copista que escribe, tiempo más tarde, el *Liber Consuetudine Palentina Civitate* en la soledad de su *scriptorium* carrionés copiando el *Liber Iudiciorum* sigue fiel a conservar en el texto el término *leudes*, aunque posiblemente no sepa de qué se trata. Voz de uso frecuente en la Galia Merovingia, los *leudes* nutrían el *comitatus*, esto es, la comitiva regia, institución común a francos, germanos y visigodos⁴⁷⁶. Un elemento significativo es la convivencia con su padre, lo que presupone una juventud o conjunto de jóvenes, aún no independientes, aunque hay que pensar en la posibilidad de la existencia de *leudes* no dependientes del padre. Y cuyo cometido fundamental consistiría en la asistencia militar al Rey, a veces en su convivencia como personaje dependiente de él, al igual que los *gardingos*. Alvaro D’Ors⁴⁷⁷ matiza esta disposición del *Liber*, 4, 5, 5, poniendo en relación sus dos párrafos, siendo el primero para el

⁴⁷⁴ *Liber Iudiciorum*, 4, 5, 5: “...*Quod si inter leudes quicumque nec regis beneficiis aliquid fuerit consequutus, sed in expeditionibus constitutus de labore suo aliquid adquisierit, si communis illi victus cum patre est, tertia pars exinde ad patrem perveniat, duas autem filius, qui laboravit, obtineat*”.

⁴⁷⁵ *Fuero Juzgo*, 4, 5, 5: “...*E si alguna cosa ganar el fiio en hueste o por su trabajo, si bive con el padre de so uno, la tertia parte deve haver el padre, e las dos partes debe haver el fiio por su trabajo*”.

⁴⁷⁶ Sánchez-Albornoz y Menduina, Claudio. *En torno a los orígenes del Feudalismo. Libro I, tomo I: Fideles y gardingos en la monarquía visigoda. Raíces del vasallaje y del beneficio hispanos*, pág. 18. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, 1974.

⁴⁷⁷ D’Ors, Alvaro. *Dudas sobre “leudes”*. AHDE. Madrid, 1960.

supuesto de que, viviendo el padre o la madre, el hijo recibiere o mereciere un beneficio del rey o de un patrono, adquiriendo plenamente lo recibido. El segundo, ya comentado, confiere al padre, con quien el *leudes* conviviere, un tercio del beneficio regio recibido. Ve en este segundo párrafo una especialidad frente a la norma general, consistiendo tal especialidad en la ocasión de la adquisición. Para D'Ors el *leudes* es un personaje libre vulgar, no incluido en grupo social de privilegio, relacionando tal personaje en tal categoría social al amparo de la actual palabra alemana *Leute*, pluralidad de jóvenes, gente, por oposición a los *seniores* u *optimi*.

Sobre esta cuestión de la figura del *leudes*, escribió Paulo Merêa tratando del problema de la *tertia* paterna sobre el beneficio del *leudes* obtenido por servicio militar al rey, discrepando de D'Ors, pues Merêa veía en ello una liquidación del usufructo paterno sobre el *peculio castrense*, al matizar tal derecho como una creación del Derecho Vulgar, ya que no aparece en ninguna fuente antejustiniana ni en las Constituciones de éste⁴⁷⁸. Ya Augusto, argumenta Merêa, había establecido el *peculium castrense* en que sus bienes eran de su libre disposición, y en caso de morir sin testar, ellos quedarían en poder del padre, *iure peculii*. Pero el Derecho Visigodo adoptó una solución jurídica diferente confirmando al padre el derecho sobre una *tertia* de lo obtenido por el *leudes*, hijo suyo y en su convivencia. En perfecta coherencia con el derecho del padre a la *tertia* de estos bienes del *leudes*, que estimamos tal derecho limitado a un usufructo de los mismos, y no a un derecho de dominio sobre los mismos, el propio *Liber*⁴⁷⁹ ofrece este mismo título posesorio respecto de los *bona materna* que deben ser del hijo al fallecimiento de su madre. En todo caso, cumplidos los veinte años, el hijo o hija deben recibir la mitad de los *bona materna* quedando el padre vitaliciamente con la otra mitad en usufructo y al fallecimiento de éste, volverá a los hijos a gozar del pleno dominio de estos *bona materna*. Se aprecia, por tanto, un cierto paralelismo en la solución legislativa del tratamiento de la *tertia* paterna sobre los

⁴⁷⁸ Paulo Merêa. *A lei IV, 5, 5, da Lex Visigothorum e o poder paternal do Direito Visigótico*, en *História e Direito* (Escritos dispersos), Tomo I, pág. 40 nota 18, *in fine*. Universidade de Coimbra, 1967.

⁴⁷⁹ *Liber Iudiciorum*, 4, 2, 13: "...*Quum vero filius uxerit uxorem, aut filia maritum acceperit, statim a patre de rebus matris suam percipiat portionem, ita ut usufructuario iure patri tertia relinquatur*". Poco más adelante puede leerse: "*Patre autem, tam filio quam filiae, quum XX annos impleverint aetatis, mediam ex eadem, quam ununquemque contigerit de rebus matris restituat portionem, etiam si nullis fuerint nuptiis copulati. Medietatem vero dum vixerit pater sibi vindicet, filius post obitum relinquendam*".

bienes obtenidos por el *leudes*, como un mero usufructo vitalicia del padre, y los *bona materna*.

De pasada y como de un personaje de similares características al *Leudes*, hemos señalado al *gardingo*. La figura de este personaje de estirpe goda tuvo tratamiento legislativo y accedió al *Liber Iudiciorum* de la mano del Rey Wamba. Al comienzo de su reinado unos nobles y clérigos de la Narbonense se sublevaron. Para sofocar la insurrección envió a Paulo, que aparece roborando las actas de los VIII y IX Concilios toledanos. Pronto apreciaron posibilidades de obtener pingües beneficios en el calor de la revuelta determinados altos cargos de noroeste peninsular, ante las dádidas concedidas por Paulo y las prometedoras ofertas. Sofocado el conflicto, la reacción legislativa de Wamba no se hizo esperar. En primero de noviembre de 673 promulgó una ley militar para garantizar la seguridad del reino, ante ataque exterior o un intento de usurpación del poder en las fronteras del reino. Está recogida en el *Liber* dicha ley⁴⁸⁰. Aparece el *gardingo* justo al mismo nivel de poder que el *dux* y el *comes*. Sin embargo, la versión al castellano del *Liber omite* al *gardingo* y se refiere a “*Obispo, Clérigo, conde, duque, rico hombre, infanzón*”, como personajes que serán considerados enemigos si se alzaren contra nuestro Reino, dice Wamba.

Pero, de golpe, en 711 todo cambió. Fue suficiente una derrota bélica en Guadalete para barrer de la Península un Reino. Desaparece la forma política del mismo, pero permanecen sus leyes y la observancia de las mismas entre sus pobladores derrotados. Unos, arriscados en el Norte montañoso; otros, sometidos políticamente al nuevo poder económico y militar musulmán. Todos mantienen viva la vigencia del *Liber*.

Y desde la base del derecho emanado de los reyes godos, contenida en el *Liber*, en que persiste el Derecho Romano Vulgar, entre sus entresijos van apareciendo unos criterios jurídicos distintos, que serán identificados más tarde con determinados principios que son atribuidos al Derecho Germánico, aunque también pudieran responder a derecho consuetudinario subsistente en los usos o prácticas arraigadas en la misma sociedad. Esta posible mezcolanza de principios será el fundamento o la esencia del Derecho Medieval de la península Ibérica.

⁴⁸⁰ *Liber Iudiciorum*, 9, 2, 9: “...si maioris loci persona fuerit, id est dux, comes seu etiam gardingus...” y más adelante prosigue: “Et ideo id decreto speciali discernimus ut quisque ille est, sive sit dux sive comes atque gardingus, seu sit Gotus sive Romanus...”.

La antigua Hispania ha cambiado. Ya nada es igual a lo vivido en el pasado pues la sociedad es distinta y atraviesa una situación inédita en la Historia. Así se aprecia en que carecen los reyes, el nuevo Poder, del monopolio de la creación del Derecho. La nueva realidad social es que ha visto la aparición de la confusión de los hechos y el derecho. Y esta exigencia permite a la sociedad ser el hilo conductor por donde circula el mundo jurídico, tanto en la creación del derecho como en la aplicación del mismo. Es el derecho consuetudinario. El mundo de lo jurídico está inserto en la sociedad.

La Edad Media, tras el derrumbe de toda una civilización, aparece como ejemplo de una experiencia social con multiplicidad de ordenamientos jurídicos, consecuencia directa de los localismos en que la nueva sociedad se organiza, y en ellos será la costumbre aplicada preponderante sobre la ley, pues la costumbre se convierte ley. La realidad del nuevo derecho consuetudinario le hace resistente a cualquier anquilosamiento o fijeza de la norma o ley escrita. Exento de reflexión doctrinal, este derecho costumbrista se fija en torno a la sociedad, que le da vida y que a su vez articula a ésta. Es la práctica la que le consolida día a día y este nuevo sistema jurídico se aferra a las exigencias sociales de tiempo y lugar.

Es cierto que, al paso de los tiempos, tras la pérdida de “*España*” ante el embate musulmán, aparecen y se consolidan los nuevos reinos cristianos, y el Rey, la mayoría de las veces a requerimiento de las ciudades y villas, o de los señores y poderosos, otorga documentos que recogen este derecho localista consuetudinario. El poder político se limita a reconocer la existencia de un derecho que existe y tiene vida propia, al margen del poder regio o de sus representantes. La autoridad, el Poder, se limita a ser simple notario y fedatario de una realidad viva creada al margen de dicho poder, pues el poder creador del derecho radica en la sociedad misma. La razón de esta actividad pasiva del poder, ante la pujante realidad social, tiene su causa en la debilidad del Poder. Es un vacío de poder que afanosamente se va rellenando, consolidando su vacilante situación, mediante la fuerza de las armas frente a una nobleza con la cual compite y a la que necesita para aglutinar todas las fuerzas con las que dirigir la difícil tarea de repoblar y reconquistar territorios que siente como perdidos, apoyándose para ello en la población diseminada en ciudades, villas y aldeas, cuya pujanza se manifiesta en cuanto un reino naciente necesita de población y de medios económicos suficientes para sostener una política militar expansiva. De ahí que este derecho consuetudinario surgido

y consolidado en los citados núcleos de población sea aceptado y respetado por el Rey. La realidad es que éste no podía hacer otra cosa.

Otro hecho histórico significativo es la aparición, en la Europa Occidental, de las Monarquías nacionales, cuya consolidación va domeñando la preeminencia jurídico-social de la costumbre como fuente de producción del derecho, cegando su futuro en beneficio del poder del Rey, de su voluntad, como fuente generadora de las normas, confiere al sistema normativo un innegable carácter nacional al Derecho. Es el Derecho Real o de origen regio, fruto deseado de consolidación del poder de las nuevas Monarquías. Se trata de un Derecho propio que se desgaja y distancia de un *ius commune* europeo. Todo Poder necesita institucionalizarse: nada mejor que mediante su Derecho.

Y en este sentido, el Derecho nacional se ofrece a nuestros ojos como una manifestación de la evolución normativa que va adaptando las instituciones jurídicas a las necesidades sociales del momento y lugar. Instituciones jurídicas que permanecen a lo largo del tiempo, aunque vayan siendo perfiladas en sus contornos a tenor de las circunstancias económicas y sociales. Desde este punto de vista, este Derecho nacional es Historia, es parte de la Historia nacional, es una manifestación de la Historia de una nación y va unido inseparablemente a ésta.

La Historia del Derecho español se ha debatido, para buscar las raíces del Derecho Medieval peninsular, en tratar de señalar criterios, ya basados en el Derecho Romano vulgarizado, ya en el afán de localizar datos histórico-sociales que lo hiciesen engarzar con una cierta inspiración germánica. No obstante ello, aun siendo cierto el poso consolidado del Derecho Romano vulgar, se aprecian algunas novedades que conviene sean examinadas.

Este derecho localizado en la población de un determinado entorno geográfico y aceptado por la común y cotidiana observancia, no surge de la nada. Tales raíces están en el Derecho Romano vulgar. Y al entorno de este sustrato romano, observado como costumbre, se van adhiriendo otras costumbres a las que se han atribuido unas posibles raíces germánicas. Ya aportadas por los pueblos que, por invasión, están ocupando unos territorios, como fuerza militar, ya latentes en la sociedad y que afloran de forma espontánea. En el primer supuesto, el renacimiento de este derecho consuetudinario resurge a pesar del empeño en los poderes de estos pueblos de ocupación en borrar estas

costumbres en los textos que sus reyes van recomponiendo. En otro supuesto, son ancestrales normas de convivencia que permanecen en unos pueblos que no tuvieron una influencia directa del poder romano, pese a la propaganda con que la aureola de Octavio Augusto trató de adornarse mediante campañas bélicas en el norte de Hispania, justo en el entorno geográfico de donde parte la oposición al nuevo Poder de ocupación militar musulmán.

En esta nueva situación, se ha especulado con el hecho de que el pueblo visigodo ocupara villas, campo y tierras, es decir, sus dos tercios de los repartos o suertes, y se dejó la habitabilidad de las ciudades en manos de la población hispanorromana. La dualidad ocupacional del espacio permitiría concluir que el derecho local siguió las pautas del Derecho germánico en el primer caso, y en el segundo, el derecho consuetudinario romano vulgar. Sin embargo del examen del Derecho Hispánico Medieval puede deducirse que confluyen en su desarrollo ambos criterios.

No solo esto, porque además aparecen otras explicaciones posibles. Se ha acudido al expediente de entender como derecho franco lo que no es ni visigodo ni autóctono, sin reparar en la idea de que este derecho medieval consuetudinario tiene raíces comunes en toda la Europa occidental y que, en tal sentido, puede entenderse que forma parte de un Derecho Europeo común. Así, cuando se recoge en el Fuero de Jaca, 1062, la costumbre del año y día como forma de relacionarse el hombre con la tierra y con el paso de este lapso de tiempo fundar un derecho sobre a la tierra que justifique el derecho a usarla, a este hecho consuetudinario se le atribuya un origen de derecho franco. Criterio reforzado por su reaparición y desarrollo a los largo de poblaciones en los entornos del Camino Francés. Logroño no es más que un ejemplo. Pero conviene no olvidar que los visigodos permanecieron en buena parte del sur de Francia durante mucho tiempo. Pudo haber sido derecho consuetudinario común a los pueblos franco-germánicos, participado por el pueblo visigodo. Tampoco puede negarse que este derecho consuetudinario estuviera en la esencia del pueblo visigodo. Este hecho no debe ensombrecer la generalización, en toda Europa, de la institución del año y día. No solo en lo relativo a la relación hombre-tierra, sino a la más importante relación hombre-libertad.

En apretado resumen de cuanto se ha dicho sobre el *Liber Iudiciorum*, la espina dorsal del Derecho Visigodo, vigente tanto en el Reino de Tolosa, como con

posterioridad a su época peninsular con capitalidad en Toledo, el *Liber* integra elementos jurídicos de variado origen, destino y naturaleza, al decir de Pérez-Prendes⁴⁸¹, incluyendo no solamente un derecho de las personas de origen visigodo, sino además del pueblo hispanorromano, que tras la mutua integración, constituyeron el pueblo hispanogodo. En el Derecho Hispano visigodo aparecen el Derecho Romano Vulgar, conocido en la antigua Hispania por los hispanorromanos, así como por el pueblo godo por su contacto y estancia en el Imperio Romano, y que fue objeto de devoción y acogimiento por los Reyes a través del *Liber*; el Derecho Canónico de la Iglesia Universal, cuya influencia sobre el mundo visigodo se destaca por la acogida de la doctrina emanada de los Concilios de Toledo, que fueron los pilares políticos del Reino; y finalmente por el denominado Derecho consuetudinario del pueblo visigodo, por cuyas venas circulaban las costumbres de raíces ancestrales de origen germánico. Todo ello conjuntado en el entorno de un ambiente social feudalizante.

III. 4. La transmisión de la tierra en el *Liber*.

Conviene no perder de vista que en el Medievo se ha olvidado casi totalmente el concepto romano de la *proprietas*. No existe la propiedad, en el sentido que de ella se tenía de la mano de los creadores de la *Jurisprudencia* Clásica. La propiedad medieval, como una manifestación de derecho, aparece difuminada en los hechos, primando las relaciones personales para fundamentar la tenencia. Y es que en la Edad Media hay confusión entre ambos mundos, el fáctico y el jurídico. En la Alta Edad Media, en la Península Ibérica, la referencia en materia jurídica sigue siendo, en términos generales, el *Liber*. Aunque en el Derecho de tradición visigoda no se ignora la distinción entre bienes muebles e inmuebles, siguiendo la inspiración del Derecho Romano Vulgar, no se la concede mayores consecuencias jurídicas. Sin embargo, en el Derecho Hispánico Medieval anterior a la Recepción se abraza de manera indudable la división de las cosas en muebles e inmuebles. En el Derecho de Cosas, o sobre las cosas, la movilidad o transportabilidad de éstas marca la distinción. De manera insensible se ha acogido una característica distintiva del Derecho Germánico. Es inmueble la tierra o cuanto a la misma está implantada, como es el arbolado, de ahí que muchos documentos hablen de bienes raíces. Un criterio de asimilación al concepto de bienes inmuebles es la asignación de cosas muebles a una función relacionada con la tierra o su explotación,

⁴⁸¹ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Curso de Historia del Derecho Español*, cit. pág. 420.

por propia naturaleza inmueble, pues los siervos ubicados en un fundo, al que están vinculados, se consideran cosas inmuebles como cosas inseparables del fundo.

Los bienes muebles tienen una consideración jurídica de cosas sobre las que recae un derecho personalísimo de un individuo. Ejemplos de ello son el *atondo*, las armas, el caballo. En el Derecho Hispánico Medieval el *iunior de heredad* cuando se desplaza en el ejercicio de su reconocida libertad de movimiento, los lleva consigo. Y en el Fuero de Cuenca⁴⁸² cuando un individuo entra en orden o comunidad religiosa, se puede llevar la quinta parte de sus objetos personales- sus bienes muebles-, dejando el resto de muebles y la totalidad de la tierra y bienes raíz a los herederos. El criterio seguido o justificación de ello está en que nadie puede desheredar a sus hijos porque esto es fuero. Sin embargo, en el fondo en el que se desenvuelve esta respuesta legal está inserto en el derecho hereditario, que concede solamente la quinta parte de los muebles; más adelante se verá que los bienes raíces o inmuebles están soportados en unos derechos familiares, sobre los que pesa un derecho de troncalidad. En cambio, un bien inmueble como es la casa, que así era conceptuado por el Derecho Romano, por contraposición, en el Derecho germánico, franco y también en el Derecho Hispánico Medieval, gozaba la característica de bien mueble o transportable. Es la *kasa tabulata*, de reducidas dimensiones, construida por maderos y tablones. Decidido a cambiar de ubicación territorial, el colono podía llevar consigo las maderas⁴⁸³.

En la antigua Hispania, sobre todo en el valle del Duero, se ha configurado un desierto estratégico desde el punto de vista militar, con una abundante tierra de nadie, desorganizada políticamente, tierras incultas y abandonadas, de cuyo antiguo dueño nada se sabe. Identificadas con los Campos Góticos, cuando tiene lugar la lenta expansión poblacional hacia el sur, estos repobladores ya carecen de la noticia de la “*goticidad*” de estos campos.

El primer fuero o carta de población de que se tiene noticia escrita es el de Brañosera⁴⁸⁴, en cuya virtud el Conde Monnio Nunniz y su esposa Argilo, conceden

⁴⁸² De Ureña y Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*. Pág. 258. Forma sistemática, Capítulo X, 4: “*Quicumque vestrum in ordinem intraverit, Portet secum quintum de mobili solummodo, et residuum cun tota radice remaneat heredibus suis; iniustum enim et iniquum videtur, ut quis exheredet filios suos, dando monachis mobile vel radicem, quia fórum est, ut nullus exheredet filios suos*”.

⁴⁸³ García de Valdeavellano, Luis. *Bienes muebles e inmuebles en el Derecho Español Medieval*, en *Estudios Medievales de Derecho Privado*, pág. 16.

⁴⁸⁴ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra; coordinada y anotada*. Madrid, 1847. Edición facsímil,

para repoblar⁴⁸⁵ aquel lugar llamado Brannia Ossaria a cinco personas, designadas por los nombres de Valero, Félix, Zonio, Cristuebalo y Cervello y sus familias para facultarles a ocupar señalados valles y tierras dentro de amplios linderos que se detallan, tierras ocupadas sin ninguna obligación como contrapartida, y que bien pudieran estar en uso de las mismas con anterioridad a la fecha de concesión de este contrato de explotación agraria. Es el reconocimiento condal de una situación de hecho, en clara *precaria*⁴⁸⁶, carente dicha tenencia de tierras de la posibilidad de llegar a ser un título que permita acariciar la idea de llegar a ser de su propiedad en el tiempo futuro, salvo los derechos contenidos en el documento de su concesión. Cuando el Conde accede a que por *infurción* paguen lo que puedan, les está recordando a esos moradores que la tierra no les pertenece y que por aplicación del derecho consuetudinario, han de satisfacer un *canon* en cumplimiento de los *usus terrae*. Estos *usus terrae* son las costumbres observadas en una determinada demarcación comarcal. El Fuero o Carta de Población, contrato que faculta el uso de esas tierras, es comúnmente admitida su datación de 824. Puso en duda la carencia de existencia de prueba de existencia de un concejo, así como de calificarle de Fuero, Gama Barros⁴⁸⁷. Recoge además la duda de su legitimidad emitida por Barrau-Dihigo, así como el estudio, rebatiendo esta duda, efectuado por Sánchez Albornoz⁴⁸⁸, estimando a lo sumo errada su datación e interpoladas las palabras *anubda* e *infurción*, añadidas al texto primitivo sus vocablos sinónimos *vigilias de castello* y *tributum*. La Profesora Morán Martín⁴⁸⁹ en su estudio sobre el término *infurción* y sus diversas variantes sigue albergando la duda relativa a la fecha, sin que entre a dictaminar el dato concreto de la fecha. Sobre el sentido jurídico

págs. 16 y ss. Lex Nova. Valladolid, 1987. En el texto poblacional puede leerse: “...et aducimus ad populando Valero, et Felix, Zonio, et Cristuebalo, et Cervello, atque universa sua genealogía, et damus vobis ad populandum illum locum”, añadiendo “ipsos términos ad vos, vel ad eos qui venerint ad populandum ad villa Brania Ossoria, et omnes qui venerint de alteras villas cum sua pecora, vel cum sua rem causa pro pascere herbas inter ipsos términos, qui in ista scriptura resonnat...”.

⁴⁸⁵ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros Municipales*, cit. pág. 16: “et damus vobis ad populandum illum locum...”.

⁴⁸⁶ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 16. En el principio del Fuero de Brañosa, el antes citado Conde y su esposa señalan “paradisum quaerendo et mercedem accipiendo inter Ossibus et nevationes facimus populatione”.

⁴⁸⁷ Henrique da Gama Barros. *Historia da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV*. Tomo I, pág. 385, de la 2ª edição dirigida por Torquato de Sousa Soares. Livraria Sá da Costa. Lisboa, 1945

⁴⁸⁸ Sánchez Albornoz y Mendiña, Claudio. *Notas Críticas sobre el trabajo de L. Barrau-Dihigo Recherches sur l'histoire politique du royaume asturien (718-910)*, extracto de la “Revue Hispanique”. New York-Paris, 1921. *Notas Críticas* publicadas en AHDE. Madrid, 1925.

⁴⁸⁹ Morán Martín, Remedios. *Naturaleza jurídica de la Infurción*. I. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. Madrid, 1992.

del pago anual de la *infurción* aporta la idea de su significado dar firmeza al acto, reafirmando el contrato con la necesaria publicidad y la renovación anual de sus efectos. Publicidad del pago anual que significa que los pobladores, presentes y futuros, de Brañosa acceden al uso posesorio y disfrute, pero no a la propiedad.

La fórmula jurídica para poner en manos de un tercero la posesión de un bien, comúnmente utilizada, era la donación⁴⁹⁰. A mediados del siglo X, un documento recogido por Hinojosa refleja una donación que hace Fredinando Vermudiz a Vermudo Aboleze, con el consejo y la voluntad favorable del Rey Ordoño, en que tras reconocer la grandeza del título derivado de la donación, añade la firme voluntad de otorgarle una carta de donación de una heredad propia que ocupa el donatario. La referencia a la carta evidencia el cumplimiento de la necesidad legal de que el acto de cesión transmisivo tenga forma y constancia escrita. La descripción del bien donado destaca que venía ya siendo habitado por el donatario, es decir, que éste ya estaba en posesión o en el uso del mismo. La concurrencia de la voluntad y el consejo del Rey en tal donación hace posible emitir la opinión de que el concepto en que se dona el bien es en plena propiedad, pues la posesión ya la tenía. No puede donar la posesión o el mero uso puesto que ya dispone de ella, como refleja el documento cuando dice “*ipsa tua hereditate propria in quod habitas*” –esa tuya heredad propia en la cual habitas-. Añade una idea más el diploma comentado al decir que se hace la donación y se confirma a causa de los buenos servicios que al donante hizo y prometió hacer. Recoge la idea de que la donación como hecho con relevancia jurídica, venía precisada de una contraprestación de manera tal que borrara la idea de la gratuidad de la donación⁴⁹¹.

Añade una realidad que en modo alguno pudo darse en el mundo romano, como es la concesión de la libertad de convertirse en hombre de *benefactoría*. Finaliza el

⁴⁹⁰ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la Historia de las Instituciones de León y Castilla (siglos X-XIII)*. Junta para la ampliación de Estudios e investigaciones científicas. Centro de Estudios históricos, cit. pág. 3. Madrid, 1919. En documento de 951-957 puede leerse: “*Magnus est titulus donationis in qua nemo potest hactum largitatis inrumpere set quidquid bono animo...*”. Un poco más adelante reza el diploma: “*ut facerem tibi kartula donationis de ipsa tua hereditate propria in quod habitas in terreduno Rianguo locum vocabulo Gargallo. Damus et confirmamus propter mandaterias et servitios bonos que nobis feciste et promitis facere. Et facias que tua exinde voluntate extiterit, et servias cum ipsa hereditate qui tibi benefecerit in terra Legionense.*” En pág. 29 recoge Hinojosa un diploma de donación de 1073 que dice: “*ut facerent tibi Rodrico Michaeliz cartulan donationis...et ad corroborandum cartam istam, accepi de te uno caballo ruzio centum solidis apreciato que mihi bene complacuit...*”

⁴⁹¹ Sánchez Albornoz y Menduina, Claudio. *Una ciudad de la España cristiana de hace mil años*. Ediciones Rialp. Madrid, 1966. Eran contradonaciones para confirmar o roborar la carta de donación.

diploma con la expresión de que fue hecha la carta de donación al día que se expresa, constando la confirmación del Rey Ordoño, siendo la carta corroborada por las propias manos del donante y los testigos. De la intervención regia, confirmando la donación, puede deducirse que el Rey es la persona de quien el donante recibiera el pleno dominio, y que sin su concurso tal documento hubiera carecido de valor, por cuanto nadie puede dar lo que no tiene, y aquí lo que se dona es la *proprietas*. Se omite la referencia a la *traditio* del bien, toda vez que el donatario está en ella, donde vive, y por consiguiente, en este supuesto, la *traditio* es manifiestamente innecesaria. En el documento examinado aparece una referencia a “*ipsa tua hereditate propria*” que sugiere la necesidad de una breve explicación. En principio el vocablo “*propria*” significa tanto como ser cosa de pertenencia personal, exclusiva, de una persona. El medio jurídico transmisivo por el que se obtiene el bien es una donación. La expresión *propria* hace referencia a tener un derecho absoluto excluyendo cualquier dependencia de tercero, a la inexistencia del menor derecho señorial en manos de un tercero. *Hereditate*, con la apostilla de *propria*, equivale a derecho de propiedad absoluto, pleno⁴⁹².

Volviendo al tenor literal del Fuero de Brañoseira, es evidente el paralelismo incluso en los vocablos empleados en la *Constitutio* de Valentiniano y Valente donde se habla de la obligación de los *possessores* de *praestare mercedem* y la expresión *mercedem* usada en el texto de Brañoseira cuando el Conde hizo población entre huesos y venados. La expansión territorial de los foramontanos se produce como fenómeno personal, o de un grupo familiar mediante la *presura*. Es la puesta en explotación de estas tierras *eremas*. Otras veces es la gestión repobladora impulsada por los condes o nobles, o, directamente, por el Rey.

Esta explotación, personal y directa, de las nuevas tierras puestas en explotación durante un año y un día, que equivale a la expresión de un año agrícola, reconoce la existencia de un hecho de uso o tenencia. No es la propiedad. Se produce todo ello en el ambiente de una sociedad en estado de guerra frente a un enemigo común, con distinto credo religioso. Y al frente de las acciones bélicas está el Rey, con derecho a llamar en *apellido* o en *fonsado*, según aquéllas sean de carácter defensivo ante una agresión exterior o de naturaleza ofensiva. El ejército es una manifestación puramente medieval, es la hueste, formada por la mezcolanza de los ejércitos privados, de nobles o ricos-

⁴⁹² García Gallo y de Diego, Alfonso. *Bienes propios y derecho de propiedad en la Alta Edad Media española*, pág. 385. AHDE. Madrid, 1959.

hombres, con sus gentes vinculadas por lazos de dependencia, y cuando las ciudades adquieren pujanza económica y social, a la llamada del Rey acuden los Concejos, con su hueste ciudadana. En 1212 en la batalla de las Navas de Tolosa, acude en *fonsado* el Concejo de Madrid, tras su desplegado pendón, con siete estrellas, las de la Osa Mayor. De ahí que no se haya explicado por qué razón, en el escudo de la Villa se entienda que el animal del emblema sea un oso, cuando el símbolo son las siete estrellas de la Osa Mayor.

Es el Rey un señor feudal, es el Monarca Feudal o *suzerain*, según la terminología usada por los historiadores franceses, que comienza un largo peregrinaje hasta llegar a ser un Rey *souverain* o Soberano⁴⁹³. Como consecuencia de la asunción de esa función de jefe de la hueste, y dado que la guerra es un gran negocio, se reparte el botín obtenido. El efecto o consecuencia de ser el Rey quien dirige la acción bélica, es que las tierras conquistadas o tomadas al asalto pasan a ser de su propiedad, sin que nadie se atreva a discutir su derecho. Esta idea es el inicio del concepto del nuevo Estado en embrión como patrimonio del Reino, en que el Rey va ganando Soberanía, como manifestación de esa propiedad conquistada o ganada al enemigo, en la cual el Rey ejerce sus derechos soberanos, fusión de derechos públicos, es decir, fiscales, militares y de justicia, con un derecho de propiedad sobre los bienes conquistados.

En este contexto de una sociedad feudalizada, el poder regio se ve mediatizado por un entramado de relaciones personales de naturaleza jerárquica. Cuando en 865 en la Francia de Carlos el Calvo, el Rey obligó a todo hombre libre a estar bajo el amparo de un señor, estableció el Estado Feudal y cerró por el momento toda posibilidad de evolucionar hacia otro tipo de Estado. Señala Roland Mousnier⁴⁹⁴ que con este imperativo regio dirigido a los hombres libres, el Rey destruyó el Estado. Discrepamos de tan categórica afirmación, pues en tal época el Estado aún no existía. Lo que sucede es que sentó las bases del Sistema Feudal y lo que enterró es el Imperio Romano de Occidente.

La nueva situación política europea se debate entre dos ideas que evocan una situación con glorioso pasado. Una es la idea del Imperio que declina en 1250 con

⁴⁹³ Romain Tellez. *Les institutions de la France médiévale, XI-XV siècle*, págs. 54 y ss. Armand Colin. Paris, 2009. También en Sylvain Soleil, *Introduction historique aux institutions, IV-XVIII siècle*, págs. 106 y ss. Flammarion. Paris, 2005

⁴⁹⁴ Roland Mousnier. *La monarquía absoluta en Europa del siglo V a nuestros días*, pág. 25. Taurus. Madrid, 1986.

Federico II. Y otra es la posición espiritual superior de la Iglesia. Ni aquél ni ésta fueron capaces de ofrecer una solución política al vacío de poder creado. Más aún, cuando la idea del Imperio fue un fantasma que vagaba por Europa, la Iglesia se empeñó en querellas que no tenían viabilidad alguna, porque pretendía sustituir algo que, de *iure*, no existía. El delito de lesa majestad, que protegía a la persona del Emperador, fue traspasado a un nuevo naciente poder: eran los Reyes. Y éstos en sus territorios exigieron el homenaje a todos sus súbditos, sin que sobre el Monarca pesara la obligación de someterse a ningún homenaje. Este homenaje al poder regio era el homenaje *ligio* que excluía cualquiera otra dependencia o vinculación subordinada a otra persona. Y esta fue la nueva realidad política que se fue abriendo paso y conformando una nueva realidad política que arrancando del Monarca Feudal llegará al concepto de Monarca Soberano, Moderno o Absoluto. Este es el largo camino recorrido por las sociedades hasta la Edad Moderna.

Pero en la Hispania romana se configura un legado legislativo propio, un derecho común. Es el *Liber*, legado del Derecho Visigodo. En la Península Ibérica, el impacto del suceso de 711 tuvo consecuencias en todos los órdenes de la vida. Es difícil dar una explicación histórica a este hecho. Pero, aunque mucho se escrito sobre ello, las causas de tal evento deben ser entrevistas en unos entresijos sociales que pueden poner de manifiesto la división social entre los dos pueblos instalados en el solar ibérico, el visigodo y el hispanorromano. Y en el escaso poder aglutinador del pueblo visigodo a pesar de los intentos de unificar el derecho aplicable a todos los habitantes de la antigua Hispania. Y en la debilidad de un poder regio, en beneficio de los grandes señores que, para evitar un enfrentamiento bélico con el invasor musulmán, buscaron pactos o acuerdos que les permitiera no perder su situación económica preponderante, favoreciendo de este modo una expansión militar inexplicable por la reducida capacidad de fuerzas invasoras. Así, en abril de 713, el hijo de Muza suscribió un pacto con el Conde godo Teodomiro, éste con dominios en Murcia, más tarde conocido como Tudmir, por el que a cambio de su sometimiento, Teodomiro conservaba autonomía total y se respetaban a sus súbditos las libertades, posesiones y religión⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ Abellán Pérez, Juan. *La pérdida de Hispania y la formación de al-Andalus*. En *Historia de España de la Edad Media*. Vicente Angel Alvarez Palenzuela (Coord.), pág. 64. Ariel. Barcelona, 2012.

Muchas de las costumbres de la sociedad visigoda, sin que con esta atribución tratemos de excluir de la misma a la población hispanorromana, reaparecerán en el Derecho Medieval Hispánico a través de la legislación foral.

Una de esas costumbres, de que trataremos más adelante, es la del año y día. El hecho de que el primer vestigio conocido de la misma sea en el Fuero de Jaca, no permite concluir que proceda del derecho franco esta institución. Canfranc no es casa de francos, sino lugar o campo libre. Tampoco se puede olvidar la raigambre de lo visigodo, y su cultura, al otro lado de los Pirineos durante mucho tiempo. Por ello es lícito pensar que esta costumbre visigoda pudo ser traída a la Hispania visigoda por gentes que traspasaron las montañas hacia el sur, trayendo consigo esta costumbre visigoda, o en todo caso, practicada en toda Europa⁴⁹⁶.

Una fuente del derecho visigodo, que el Poder trató de silenciar, viene dada por su “*derecho consuetudinario*”. Mucho se ha escrito sobre el germanismo del Derecho Hispánico Medieval. Es asunto obligado y atractivo. Eduardo de Hinojosa⁴⁹⁷ dedicó algunas páginas a las Compilaciones visigodas y la evolución de sus sucesivas revisiones. En 1908 remitió una Memoria, redactada en francés, al Congreso Histórico Internacional de Berlín sobre *L'élément germanique dans le droit espagnol*, texto que en 1910 fue traducido al alemán y publicado con el título *Das germanische Element im spanischen Recht*. Galo Sánchez, discípulo suyo, elaboró la versión española que fue publicada en 1915 como *El Elemento germánico en el Derecho Español*⁴⁹⁸. En una ojeada general muestra diversas instituciones de derecho germánico que perviven en el derecho medieval español, para seguidamente profundizar en temas como la venganza de la sangre, la pérdida de la paz y la prenda extrajudicial. Y para no alargar más la cita de trabajos relativos a esta materia, en 1999, Javier Alvarado Planas⁴⁹⁹ publicó la monografía *El Problema del germanismo en el Derecho Español*. En el mismo, su autor aboga por la vigencia de diversas normas de derecho romano⁵⁰⁰ como por ejemplo la adscripción del colono a la tierra que habita (año 619, II Concilio de Sevilla); las normas conciliares que facilitan a la Iglesia la invocación del *ius postlimine* de los

⁴⁹⁶ Heinrich Brunner y Claudius von Schwerin. *Historia del Derecho Germánico*, pág. 200. Editorial Labor. Madrid, 1936.

⁴⁹⁷ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Historia General del Derecho español*, Tomo I. Madrid, 1887.

⁴⁹⁸ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *El elemento germánico en el Derecho Español*. Madrid, 1913.

⁴⁹⁹ Alvarado Planas, Javier. *El problema del germanismo en el Derecho español, siglos V-XI*. Marcial Pons. Madrid, 1997.

⁵⁰⁰ Alvarado Planas, Javier. *El problema del germanismo en el Derecho español*, cit. págs. 58 y ss.

prisioneros de guerra, para resolver las pugnas sobre las tierras arrebatadas a los bizantinos y su recuperación por la Iglesia, lo que demuestra que el derecho canónico, había adoptado instituciones del derecho romano que eran desconocidas por los visigodos, como es el indicado *ius postliminii* recogido en el Libro V, título 5 del Breviario de Alarico. Aunque Alvarado Planas señale que tal derecho o institución jurídica era desconocida por los visigodos, sin embargo en tal título del Breviario, “*de postliminio, id est, post captivitatem reversis*” acoge esta norma dada por los emperadores Valentiniano, Valens y Garciano Augusto y señala que “*si quos necessitas captivitatis abduxit, scient si non transierunt sed hostilis irruptionis necessitate transducti sunt, ad proprias terras festinare deberre, recepturus iure postlimini, ea quae in agris vel mancipis ante tenerunt...*”⁵⁰¹. Desde luego que los copistas, hombres de la Iglesia, conocían esta disposición romana. O el VI Concilio de Toledo, año 638, para autorizar a los privados de capacidad para postular en las acusaciones de lesa majestad.

Detecta Alvarado Planas que hasta 1017, fecha ya milenaria del Fuero de León, los textos forales muestran una tendencia a depender doctrinalmente del *Liber*, como síntesis del derecho romanizante y que a partir de esa fecha, en los fueros y textos de cartas de población se acentúa la presencia de elementos renovadores en nuestro derecho, que muchos estudiosos vinculan a un origen germanista.

III. 5. El Fuero de León.

El Fuero de León puede ser considerado como una adaptación del *Liber* a las necesidades sociales y políticas de los tiempos de principios del siglo XI, complementándole como legislación general del Reino. También contiene diversa normativa de Derecho Hispánico Medieval, a la que se viene atribuyendo un origen germánico. Principia el texto foral estableciendo los procedimientos judiciales, señalando una división en la forma de resolver los diversos pleitos o litigios, lo cual nos recuerda el goticismo heredado del Reino Visigodo. Así, en primer término se veían las cuestiones de la Iglesia⁵⁰², como en el recuerdo permaneciera, pues tal era la forma en que se desarrollaban los Concilios del reino visigodo. En la Ley II del Fuero leonés se

⁵⁰¹ En LRW, pág. 75 de la Real Academia de la Historia, que contiene *Fragmenta ex Codicis Palimpsesto legionensi*. En www.fama2.us.es.

⁵⁰² *Fuero de León*, ley I: “*In primis igitur censuimus, ut in omnibus conciliis quae deinceps celebrabantur, causae Eclasiae prius iudicentur, iudiciumque factum absquae falsitate consequantur*”.

presta especial atención a la protección de los bienes, propiedades y derechos de la Iglesia⁵⁰³.

Se mantiene una ambigüedad en la terminología de la forma de dominio, pues aunque está apuntando al concepto de propiedad, como exclusivo y excluyente de cualquier intromisión ajena, se emplea el vocablo “*tener*” y “*posesión en firme*” o con firmeza jurídica. Posesión o tenencia en firme es sinónimo de propiedad. La exigencia de una prueba documental y escrita, propia del Derecho Romano Vulgar, se refleja en los términos “*testamentis concessum et roboratum*”. A renglón seguido, en la misma citada Ley, señala la forma de dirimir la *litis* sobre el bien, que en todo caso se resolverá ante el tribunal del concilio, es decir, presente el Rey, Obispos, Abades y *Optimates* del renacido reino leonés, donde hombres veraces determinarán la autenticidad del documento aportado para dilucidar la controversia, y si el contenido del testamento o escritura examinada fuere veraz, la Iglesia posea el bien en paz y a perpetuidad. Para el probable caso de que la Iglesia no tuviere escritura pero el bien le perteneciere *de iuro*, los administradores eclesiales juren tal derecho y lo posean para siempre, sin que prevalezca contra ello cualquier posesión consolidada por el plazo treinta años. La justificación de tal norma es que quien ataca la propiedad de la Iglesia por usucapión de treinta años, defrauda a Dios.

Aquí se entremezclan diversos criterios para dirimir la cuestión litigiosa. En primer término la imprescriptibilidad de la propiedad de los bienes de la Iglesia, criterio que excluye cualquier posibilidad de llegar a su adquisición mediante la institución de la prescripción. En segundo lugar, se introduce un aspecto procesal de supuesto principio visigodo, como es la prueba personal del juramento, prueba que se verá recogida en el Derecho Medieval Hispánico, a través de los textos forales. Es el juramento decisorio, que en el presente caso rige bajo el amparo de la autoridad real, respaldada por la fuerza de la necesaria publicidad que confiere el Concilio, con funciones de Tribunal regio. Contra este juramento no cabe ninguna otra prueba en contrario. La institución procesal

⁵⁰³ *Fuero de León*, ley II: “*Praecipimus etiam, ut quidquid testamentis concessum et roboratum aliquo tempore Ecclesia tenuerit, firmiter possideat*”. Añade esta citada ley: “*Si vero aliquis inquietare voluerit, illud quod concessum est testamentis, quidquid fuerit testamentum in concilio adducatur, et a vertidicis hominibus utrum verum sit exquiratur; et si verum inventum fuerit testamentum, nullum super eum agatur iudicium, sed quod in eo continetur scriptum, quiete possideat Ecclesia in perpetuum*”. Concluye el tenor de esta Ley así: “*Si vero Ecclesia aliquid iure tenuerit, et inde testamentum non habuerit, firment ipsum ius cultores Ecclesiae iuramentum, ad deinde possideat perenni aevo, nec tempore triennium iuri habito seu testamento Deo etenim fraudem facit qui per triennium rem Ecclesiae rescindir*”.

de la *firma* aparece por vez primera en el sistema medieval hispánico. La fuerza expansiva de tal instrumento procesal se verá respaldada por su reiteración en los posteriores Fueros. Lo que de este punto del fuero leonés interesa destacar es que los *cultores* o administradores del bien adscrito al culto eclesial, actúan ante el *Concilium* como personas dotadas de solemnidad⁵⁰⁴. El que firma o afirma, el *fermes*, ni es testigo ni es fiador. El *fermes* de solemnidad del Fuero legionense viene a suplir con su *roboratio* solemne o corroboración del *dominium* eclesial la ausencia de *testamentum* o de documento.

Otro extremo de esta Ley del citado Fuero es la remisión a la prescripción de treinta años o *tricenio*. Ciertamente que a la posesión de la Iglesia, por decisión del *Concilium* legionense, no le es de aplicación en ningún caso. Estos bienes de la Iglesia no se ven afectados tampoco en modo alguno por la alegación de la mera tenencia por el transcurso del año y día, por parte de un tercero amparado en un derecho adquirido mediante la *presura*. Los bienes eclesiales están caracterizados por estar bajo el régimen de propiedad privilegiada, mientras que los que puedan alegar algún derecho por la mera tenencia del año y día, parecen referirse simplemente a una mera situación de tenencia posesoria. En la comentada Ley II del Fuero de León aparece una remisión expresa a la prescripción de los treinta años, procedente del Derecho Visigodo, que tampoco afecta a los bienes de la Iglesia. En todo caso, son bienes privilegiados protegidos por el criterio jurídico de su imprescriptibilidad.

En el Fuero de León, Ley IV, se establece una especial protección a los bienes de la Iglesia existentes dentro del recinto sagrado, con la subsiguiente condena por el sacrilegio y la restitución de lo sustraído⁵⁰⁵. Prosigue la comentada Ley estableciendo el supuesto de sustracción de alguna propiedad eclesial de fuera del recinto sagrado, para cuyo supuesto se fija la obligación de su restitución y pago de la *caloña* o multa a los administradores, conforme la costumbre de la tierra, es decir, la *more terre*. La expresión *more terre*, hace referencia al derecho consuetudinario, a las costumbres de la tierra, derecho que en todo caso es anterior al Fuero de León, legislación general

⁵⁰⁴ Ernesto Mayer. *El antiguo derecho de obligaciones español según sus datos fundamentales*, pág. 175. Barcelona, 1926. Edición facsímil de Analecta Editorial. Pamplona 2006.

⁵⁰⁵ *Fuero de León*, ley IV, conforme el texto recogido por Muñoz y Romero: “*Mandamus adhuc ut nullas audeat aliquid rapere ab ecclesia; verum si aliquid infra cimiterium per rapinam sumpserit, sacrilegium solvat, et quidquid inde abstulerit, ut rapinam reddat; si autem extracimiterium iniuste abstulerit rem Ecclesiae, reddat eam, et calumniam cultoribus ipsius Ecclesiae more terrae*”.

comúnmente observada, y que el texto foral acoge abiertamente. No expresa el origen y contenido de costumbre, por cuanto ello no es necesario, al presuponerse ser de general conocimiento y de observado cumplimiento, pero al estar bajo la protección regia estimamos que la *caloña* consiste en el pago del *bann regius*⁵⁰⁶ de sesenta *solidos*. Es práctica habitual observada en toda Europa, como Derecho común, fundamentada en la autoridad conferida al Rey, en cuanto éste es el garante de la paz social, en sus distintas manifestaciones, es decir, la paz de la casa, la paz del camino, la del mercado y la del recinto sagrado.

La Ley V del fuero legionense viene a reconocer el poder jurisdiccional de la Iglesia, como justicia propia de esta institución eclesial. La Iglesia, en el medievo hispánico, tiene reconocido desde el Derecho Visigodo, reflejado en los Concilios, la facultad de conocer de los asuntos que a sus legítimos derechos y las personas religiosas afectan. Implica esta situación el derecho a conocer de los mismos con jurisdicción propia. Es un síntoma de la existencia de una cesión de funciones de justicia por parte del Poder regio a terceros, justificada en el caso de la Iglesia por el apoyo cultural y doctrinal prestado a la autoridad real. La cesión del derecho a ejercer la función de la Justicia por la Iglesia es contemplada en el caso de muerte de hombre de la Iglesia. Si ésta no pudiese obtener justicia por sí misma, concederá al merino del Rey la voz, o denuncia, del asunto. La solución del texto leonés es que el importe de los derechos de hacer justicia por el homicidio de un religioso, se dividirán al cincuenta por ciento entre el Rey y la Iglesia. Estos derechos son el importe de la compensación o *wergeld* en que se cifraba el valor de la vida de una persona. De esta cesión de la Justicia a la Iglesia cabe deducir que el Régimen Feudal impregna ya en tal época al Reino de León y que el sistema feudal es plenamente aceptado por la Iglesia. También sin mayor esfuerzo deductivo puede afirmarse que la cesión de tal privilegio no es completa, pues el Rey conserva en todo caso una función supletoria, de manera tal que el Rey, en todo caso, sigue siendo depositario de la misma, y garante último de su cumplimiento.

Siguiendo el criterio de funcionamiento de los Concilios visigodos, el Fuero de León ordena que, tras conocerse de los asuntos de la Iglesia, se vean las causas del Rey

⁵⁰⁶ Sánchez Albornoz y Menduina, Claudio. *Homines mandationis y iuniores*, en *Viejos y nuevos estudios sobre las Instituciones Medievales españolas*, Tomo I, pág. 383, nota 39, refiere que en el reino astur-leonés es común admitir la cantidad de sesenta *sueldos* como la cifra habitual.

y después las del pueblo⁵⁰⁷. Aborda la Ley VII un interesante aspecto relativo a las heredades en poder de los siervos⁵⁰⁸. Queda prohibida la compra de éstas y la sanción, a imponer a quien se atreviere a comprarlas, es la pérdida del bien comprado y el precio pagado. De este precepto se aprecia la existencia de siervos, tanto bajo el dominio de la Iglesia, como de propiedad el Rey e incluso en manos del *dominium* de particulares. Cuando se habla de las heredades de los siervos, se está refiriendo a que la condición social de este estamento humano estaba dulcificada por la facultad de los mismos en poseer en su peculio bienes que podían ser incluso bienes raíces. Tal situación ya había existido en el Derecho Romano. Estaban estas heredades regidas por un régimen posesorio en todo caso, estando prohibida su compra, pues el siervo solamente disponía del uso o tenencia, dada su condición de persona dependiente de un señor. La propiedad era de la Iglesia, del Rey o de particulares. Los siervos estaban igualmente incluidos entre los bienes de los citados.

Hasta que Claudio Sánchez-Albornoz, en 1921, encontró en el *Liber Fidei* de Braga una redacción de las leyes leonesas fechada a 1017, era opinión generalizada la datación de 1020 del Fuero de León, como asumiera Tomás Muñoz y Romero⁵⁰⁹. Muchos trabajos merecieron tal controversia de dataciones. Ello contribuyó a difuminar la cuestión del origen real de esta normativa legionense. Para Pérez-Prendes⁵¹⁰ no hay el menor atisbo de duda de ser datado a 1017, al ser la única fecha posible. En todo caso lo definitorio no son las fechas, sino que esta legislación pasó a ser un acervo común de una sociedad en estado de guerra. Dado el carácter consuetudinario del Derecho Medieval, parece no existir duda de que recoge un derecho basado en las costumbres, sin perjuicio de otras disposiciones de carácter territorial basadas en la autoridad regia, con tendencia a ser aplicadas en todo el Reino. Late todo ello en el *Liber* por cuanto era el Derecho Hispánico Común. Reina en León Alfonso V, hijo de Vermudo II y refiere una sociedad en expansión hacia el sur. Esta sociedad leonesa sigue anclada en cuanto a la medición del tiempo en algo tan hispano como es la cronología de Octavio. Es la era hispánica, distinta de la actualmente vigente conocida como era cristiana. Es una

⁵⁰⁷ *Fuero de León*, ley VI, según Muñoz y Romero en su *Colección de Fueros*, cit. pág. 62: “*Iudicatio ergo Ecclesiae iudicio, adeptaque iustitia, agatur causa Regis, deinde causa populorum*”.

⁵⁰⁸ *Fuero de León*, Ley VII: “*Decrevimus iterum ut nullus emat haereditatem servi Ecclesiae, seu Regis vel cuiuslibet hominis: qui autem emerit, perdat eam et pretium*”.

⁵⁰⁹ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 60 y ss.

⁵¹⁰ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Curso de Historia del Derecho Español*, cit. pág. 541.

sociedad en crecimiento demográfico con la esperanza de recuperar el *regni ispanie*. Llámese a este secular proceso Repoblación o Recuperación, pues nunca se dio por olvidada la Historia, o Reconquista, aunque en realidad quizá sea lo mismo. Es afán prioritario la repoblación y se hace patente con el otorgamiento o concesión de Cartas Pueblas.

Otra nota característica del poder instaurado en esta sociedad es su goticismo. Oleadas de mozárabes o toledanos, descendientes de los visigodos e hispanorromanos, que quedaron en territorio dominado por los cordobeses, han tenido su reflejo en la toponimia. Buscan la libertad y traen su Derecho, el Derecho común Hispánico de raíces visigodas, en cuyos entresijos va prendido el Derecho Romano Vulgar.

Ya hemos hecho referencia, en el apartado anterior, a la figura enigmática de los *leudes*. Carece de explicación el hecho de que el Fuero de León no tenga referencia alguna a estos personajes, mientras que el *Liber Consuetudine Palentine Civitate*⁵¹¹, que es posterior, sigue hablando de *Leudes*, al transcribir el *Liber Iudiciorum*. Ante estas lagunas del entendimiento, los historiadores españoles despachan la cuestión aludiendo a ser una institución importada del derecho franco, que se cuela en la Península a través del Fuero de Jaca, de 1062⁵¹², o a través del Camino francés o de Santiago, siendo el Fuero de Logroño un fiel exponente. Salvo una referencia, de pasada, de Alvaro D'Ors a la aparente relación entre *Leudes* y *Leute*, expresión del alemán actual que hace referencia a jóvenes, gente, que ya hemos reseñado, no tenemos noticia de que haya nada más.

En cambio, en el Fuero de León se habla con cierta reiteración de los *iuniores*. Así, la Ley IX⁵¹³ preceptúa la prohibición al noble o a alguien de *behetría* para comprar un

⁵¹¹ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. Por nota (1) en la pág. 16, Muñoz y Romero da cumplida explicación del esmero de la copia existente en la Real Academia de la Historia. Se valió esta Institución de una copia antigua que el P. Burriel sacó en 1753 de la colección de Juan Bautista Pérez, cotejada por él mismo con un manuscrito del siglo XIII, existente en el convento de San Juan de los Reyes cuyas variantes anotó. Este manuscrito de San Juan de los Reyes obra hoy en la Biblioteca de Toledo, Junta de Castilla La Mancha, y de dicha Institución obtuvo copia del mismo, conocido como el *Liber Consuetudine Palentine Civitate*, el Catedrático D. José Javier de los Mozos Touya, quien tuvo la gentileza de facilitarme una copia.

⁵¹² Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 235 y ss. Fuero otorgado por el Rey Sancho Ramírez que Muñoz y Romero data de 1064. En pág. 235, por nota (1), refiere que el P. Moret lo fechó a 1062, y aunque Sancho ascendió al trono al siguiente año, bien pudo haberlo otorgado antes de ascender al trono de Navarra y titularse como Rey de Pamplona, pues pudo ayudar a su anciano padre y participar con él en el gobierno del reino y en la dignidad del trono.

⁵¹³ *Fuero de León*, Ley IX, según el tenor reflejado por Tomás Muñoz y Romero en su *Colección de Fueros*, cit, pág. 63: “*Praecipimus etiam ut nullus nobilis, sive aliquis de benefactoria emat solare, aut*

solar o huerto de algún *iunior*, salvo en la media heredad de afuera y en dicha mitad “*de foris*” que comprare no haga población hasta la *tertia* villa. Por aplicación de la exclusión contenida en el citado precepto, ni el noble ni el hombre de benefactoría pueden ser conceptuados como *iunior*. Añade el precepto que el *iunior* que pase de una *mandatio* a otra y comprase la heredad de otro *iunior*, si habitase en ella, puede poseerla íntegra. Posesión íntegra debe ser entendida como plena propiedad⁵¹⁴. Si no la habitare puede mudarse hasta la tercera *mandación* y que tenga la mitad de dicha heredad, excepto el huerto y el solar. La mitad de esta *hereditas* era lo máximo de que este *iunior* podía disponer; la otra *medietate* no era suya sino del señor. Con nitidez se aprecia esto en el Fuero de Pozuelo de Campos⁵¹⁵, sobre 1157, pues quien plantere viñedo tenga la mitad por *hereditate* sirviéndole doquier fuere, y la otra mitad la tenga por *prestimonio* de su *corte*, o bienes. Dos títulos distintos son la manera de tener el nuevo viñedo plantado. Una mitad es en propiedad plena, por su trabajo innovador le pertenece; de la otra mitad tiene sola la posesión en *prestimonio*, dominio útil, pues el dominio eminente pertenece al señorío. La excepcionalidad que se confiere al huerto y solar estaba justificada en facilitar a un nuevo poblador el acceso sobre referida *medietate*, propiedad del señor, para que trabajara la tierra. El contenido conjunto de la citada Ley IX, en su relación con la siguiente ley, en el Fuero de León, que versa sobre la situación del *iunior* que casare con mujer de una *mandatio* e hiciera allí nupcias queda facultado para servir en la heredad de la mujer; si no quisiere allí morar, es decir, en la *hereditate* de la mujer de *mandatione* con la que se ha casado, pierde esa *hereditate*; también se distingue el supuesto de el *iunior* se casare en heredad ingenua⁵¹⁶, es decir, en *hereditas* libre, no sometida al régimen señorial o feudal, puede acceder a la plena propiedad de la

ortum alicuius junioris, nisi solummodo mediam haereditatem de foris; et in ipsam medietatem quam emerit, non facit populationem usque in tertiam villam. Junior vero qui transierit de una mandatione in aliam, et emerit haereditatem alterius junioris, si habitaverit in eam, possideat eam integram; et si noluerit in ea habitare, mutet se in villam ingenuam usque in tertiam mandationem, et habeat medietatem praefactae haereditatis, excepto solare et horto”.

⁵¹⁴ En la nota anterior se dice “*possideat eam integram*”, integridad que hace referencia a ser bien propio, al margen del derecho señorial o feuda, libre de obligaciones feudales.

⁵¹⁵ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 66: “*Et qui vineam plantaverit de primo, medietatem pro hereditate et serviat ei ubicunque fuerit et aliam medietatem habeat pro prestimonio de sua corte*”.

⁵¹⁶ *Fuero de León*, ley X. Muñoz y Romero, Rafael. *Colección de Fueros*, cit.: “*Et qui acceperit mulierem de mandatione, et fecerit ini nuptias, serviat pro ipsa haereditatis mulieris, et habeat illam. Si aute noluerit ibi morari. Perdat ipsam haereditatem. Si vero inhaereditatem ingenua nuptias facerit, habeat haereditatem mulieris integram*”.

heredad de la mujer. La figura del *iunior* ha suscitado muchos trabajos doctrinales en la Historia del Derecho Hispánico.

Entre los autores portugueses que han estudiado esta figura de la *iunioria*, cabe destacar a Alexandre Herculano⁵¹⁷, para quien el *iunior* es un *foreiro* o colono, pero colono libre, con el deber de morar en el predio así como de satisfacer los servicios o prestaciones que le son impuestas, aunque tiene libertad de movimiento, prestaciones las unas tendentes a satisfacer necesidades de carácter público general, al lado de otras de índole privado en beneficio particular del titular del señorío⁵¹⁸; o Henrique da Gama Barros⁵¹⁹, autor que, en un nivel distinto en la escala social al siervo, admite la existencia de *iunior* como persona libre, es decir, no adscrita a la tierra, matizando que la palabra libre era lo opuesto a siervo con el carácter de no estar sometido a obligación o responsabilidad, resaltando que estos *iuniores*, en los forales derivados del tipo de Salamanca, a pesar de su condición de libres, eran frecuentemente llamados a vivir la libertad de las ciudades.

Alexandre Herculano fue el autor que procuró e inspiró la recogida de diplomas y documentos sobre los que elaboró la obra *Portugaliae Monumenta Histórica*. Y mientras en su *Historia de Portugal*, como acabamos de ver, calificó al *iunior* como un colono, sin embargo dicho historiador portugués no reparó que en 1255 el Rey Alfonso III otorgó carta de foro de firmeza perpetua a los pobladores de Guilado⁵²⁰ -Guilhado- a los que les da, a ellos y a todos los posteriores, esa heredad, con expresa prohibición de vender o pignorarla a los *miles* ni a los *iuniores* ni a cualesquiera otros salvo a trabajadores que los derechos del foro cumplan al rey anualmente. Desde el Fuero leonés hasta el de Guilhado han pasado dos siglos y medio. No puede atribuirse ninguna

⁵¹⁷ Alexandre Herculano. *História de Portugal*. Bertrand Editora. Lisboa, 2007. Con un Prefacio y unas notas aclaratorias y actualizadoras de J. Matosso. En el Volumen II, págs. 232 y ss, se refiere al *iunior*, aunque es cierto que Matosso, en sus notas críticas a la parte II del Libro VII, pág. 235, puntaliza que la materia tratada por Herculano está totalmente desactualizada, sobre todo después de los trabajos investigadores de Claudio Sánchez Albornoz.

⁵¹⁸ Morán Martín, Remedios. *Una reflexión en torno a la evolución de las prestaciones personales*. AHDE. Madrid, 1997.

⁵¹⁹ Henrique da Gama Barros. *Historia da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*. Tomo III, págs. 22 y ss. Livraria Sá da Costa. Lisboa, 1946. 2ª edición, dirigida por Torquato de Sousa Soares.

⁵²⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*. Volumen I, pág. 661. Lisboa, 1856. Kraus Reprint Ltd. Liechtenstein, 1967. Puede leerse en el reseñado documento: "...Ego A. dei gratia Rex Port. Et Comes Bolonie, una cum uxore mea Regina domna Beatrice filia illustris Regis Castelle et legionis..." y más adelante: "Habeatis vos ipsam hereditatem et omnis posteritas vestra in perpetuum: non vendatis nec inpignoretis eam militi nec iuniori nec alicui ordine nisi laboratori qui supradictum forum compleat mihi annuatim".

influencia, desde el punto de vista jurídico o histórico al hecho de que el Rey portugués Alfonso III estuviera casado con una hija del ilustre Rey de Castilla y León, pero del tenor literal del texto foral citado aparecen directamente consecuencias que bien pudieran afectar a la noción o idea que se tenga de los *iuniores*. O al menos de determinada categoría de *iuniores*, tocados por la gracia real.

La influencia del Fuero de León es innegable pues afectó tanto al territorio de Galicia como al portucalense, éstos a los territorios dominados e influenciados de las proximidades de Porto de manera tal que no se debe rechazar de plano, sin otro argumento más poderoso, que en referidos territorios, incluido también el ámbito territorial de influencia política de León, y no solo en los aspectos del Fuero legionense de aplicación territorial allí donde la autoridad regia llegaba, sin que deba excluirse de la misma el territorio portucalense, sino además porque los textos forales no son sino la plasmación por escrito de un derecho vivido de forma consuetudinaria. El hecho de que el Fuero de Guilhado prohíba que las tierras de su término puedan ser vendidas o pignoradas a *miles* o a *iunior*, se debe a que ambos personajes, dedicados a la actividad militar de forma indudable el primero, y el segundo, del que puede surgir duda de su dedicación, y aunque expresamente se le cita nominativamente al lado del *miles*, de lo que se pudiera deducir que el *iunior* no se dedica a la milicia, aunque tampoco se pueda desechar la idea contraria, en tiempo anterior a 1255, fecha del Fuero, pues el mismo recoge por escrito un derecho consuetudinario. De igual modo, en el año 1257⁵²¹ el Rey portugués Alfonso III otorgó Fuero a Paredes, y concede a sus vecinos que tengan esta heredad y su posteridad *in perpetuum* a cambio del foro antes indicado, con prohibición de venderlo o pignorarlos si no es a villano que les supla en dicho canon con obediencia; expresamente les prohíbe cesiones de heredades a los *generosos*, al *iunior* o a alguien de orden, es decir, persona de religión. Si se admitiera que el *iunior* no es un soldado o *miles* del Rey, al que acompañan en su hueste, hipótesis que no encaja en el tenor literal del Fuero de León, cuando se señala que quienes solían acompañar al Rey, como era su costumbre, lo sigan haciendo, sin que el Fuero de León se refiera de forma expresa a los *Leudes* visigodos, cuyo nombre se ha perdido, pero su función no, en absoluto, se

⁵²¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*. Volumen I, pág. 672. Lisboa, 1856. Kraus Reprint Ltd. Liechtenstein, 1967. “*Habeatis vos istam hereditatem et omnis posteritas vestra in perpetuum pro isto foro superius nominato. Non vendatis nec inpignoretis nisi villano qui suppleat michi dictum forum cum obedientia: non sit generosus nec iunior nec alicuius ordinis*”.

podría dar verosimilitud a la hipótesis sostenida por Ernesto Mayer, que veremos más adelante, quien aventura la idea de que el *iunior* es un infanzón, personaje noble, cuya característica diferencial en la escala social es la de no tener obligación alguna de pagar impuestos o satisfacer los pechos.

El mismo Alfonso III, Rey de Portugal por la gracia de Dios y Conde de Bolonia, en 1256, concede a los habitantes de Traseira⁵²² mediante una carta de donación las tierras para que las tengan los habitantes y sus descendientes y las posean a perpetuidad como *iure hereditario* con la contrapartida de dar al Rey y sus sucesores el indicado foro o derecho. Contiene además la prohibición de vender o cambiar las tierras sino solamente con hombres tales que al Rey le hagan sus derechos. Este texto no contiene una relación nominativa de los personajes a quienes los habitantes de Traseira tengan prohibida la venta o transmisión de tierras. Pero desde luego que solo pueden comprarlas quienes no estén exentos del pago de los *pechos*. Esta concesión *iure hereditario* no puede ser incluida en una relación feudal, ni la cesión de la propiedad. Estimo que se trata, más bien, de una cesión de la posesión a perpetuidad, con la compartida de pagar el foro o censo. La cesión del uso posesorio, a cambio de un censo, no impide que usar la tierra pase por *hereditas* de padres a hijos. Veda la posibilidad de hablar de cesión de la propiedad el hecho de la imposición del pago de un foro o censo o renta. También el Fuero de Gouvianis⁵²³ –Gouviães- fechado al 1257 como una donación del ya citado Rey Alfonso III, contiene una fórmula similar, aunque no se exprese al *iunior*, sino al *miles*, al *hombre generoso* o al *hombre de algún orden*; estos personajes citados no pagan censos, por lo cual la cesión propicia cierto atractivo hacia trabajadores, con responsabilidades de pago de renta, pues en el fondo late que el Rey concedente del Foro no quiere renunciar a cobrar anualmente sus impuestos. En Fuero otorgado en 1208, se establece el derecho de retracto del señor sobre la *medietate* del colono de nueva viña plantada en su señorío, y si no aquél no la quisiere comprar, puede venderla

⁵²² *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*. Volumen I, pág. 666. Lisboa, 1856. Kaus Reprint Ltd. Liechtenstein, 1967. Puede leerse: “*Habeatis vos et omnes successoribus vestri supradictas hereditates in perpetuum iure hereditario possidendas, et faciatis inde mihi et omnibus successoribus meis supradictum forum. Et non vendatis eas nec cambietis nisi talibus hominibus qui mihi de eis faciant supradictum forum*”.

⁵²³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 669. Dice así en los que nos interesa destacar: “*Habeatis vos et vestri succesores istam hereditatem per ipsum forum quod superius est expresum. Non vendatis eam neque pignoretis militi nec generoso homini nec homini alicuius ordinis, nisi laboratori qui michi compleat dictum forum*”.

a otro obligado al pago del foro al señor⁵²⁴. Más explícito aún al relacionar los nombres de personajes exentos de pago de impuestos y que tienen la prohibición de venderles las tierras, por mandato regio, es el tenor literal de la carta con firmeza perpetua otorgada a los pobladores de Paredes⁵²⁵ por el mismo citado Rey Alfonso III. Al *hombre generoso*, al *iunior* o al *hombre de otro orden* no se les puede vender tierras. Nuevamente reaparece la figura del *iunior*, como personaje distinto y diferente del *miles*. La expresada prohibición viene dada por la ya antes expuesta razón consistente en que el *iunior* no paga pechos ni tributos y el interés regio es no perderlos de su núcleo de personas próximas al entorno regio. Si no es un *miles* ni forma parte de partida, previo el llamamiento regio en *apellido*, en hueste regia, resultaría que este *iunior* es un infanzón. Prohibición de transmitir tierras del Concejo de Aguiar⁵²⁶, texto foral de 1269 otorgado por el Caballero Stevam Rodrigues, a todo vecino de dicha localidad que tuviere lograda heredad a quien sea hombre de orden o caballero u hombre poderoso, pero puede venderla a vecino o a quien haga el fuero al señor de la tierra así como lo hiciera el que vende.

Persiste en los textos forales portugueses la costumbre, vigente en la península, de facultar para vender pero con el fuero –obligación derivada del texto foral- de dejar al señor la mitad de la heredad si quisiere ir a vivir a otro lugar. Así sucede en la carta de escritura de Fuero de Anhoura -Anobra-⁵²⁷ de 1275 en que el Rey Alfonso III, de Portugal y del Algarve, reserva para sí el derecho a una casa de quien tuviere dos y quisiere irse; si tuviere solo una casa, la mitad queda en poder del Rey y el vecino solo puede vender la mitad. Esa mitad que queda facultado de enajenar es “su” *medietate* integrada en el complejo de la *hereditas*. Son derechos regios que acreditan que la propiedad del suelo en que se edifica es dominio eminente; y lo levantado en dicha

⁵²⁴ De Hinojosa y Naveros, Eduardo, *Documentos...*, cit. Fuero del lugar de San Triso y Castrillino, pág. 106. Art. 11: “*si vero dominus comparare noluerit, alio forario vendat*”.

⁵²⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. En pág. 672 se dice textualmente: “*Habeatis vos istam hereditatem et omnis posteritas vestra in perpetuum pro isto foro superius nominato. Non vendatis nec inpignoretis nisi villano qui suppleat michi dictum forum cum obediencia. Non sit generosus nec iunior nec alicuius ordinis*”.

⁵²⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 715. Dice así: “*Todo vizinho daguiar que heredade ouver lograda e a vender quisier nom aia poder de a vender homem dhordem nem a cavaleiro nem a homem poderoso mais vendaa a seu vizinho, ou a tal homen que faça o foro ao senhor da terra asy como o fazia aquell que a vendeu*”.

⁵²⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. Pág. 733. Dice así en este extremo: “*qui vero ibi duos domos habuerint et exinde ut in alio loco moretur recesserit, potestatem habeat vendendi unam tantum, et aliam mihi relinquat: et si unam tantum habuerit medietatem vendat, et medietatem michi relinquat*”.

tierra forma parte de la heredad del vecino con esa limitación dispositiva reducida solamente a la *medietate*, a cambio de la libertad de movimiento concedida.

También mereció la atención de estudio de la figura del *iunior* un trabajo de Angela García Rives⁵²⁸, para quien los *iuniores* son personajes regulados en el Fuero de León, en sus artículos IX, X, XI y XX. En los tres preceptos primeros resulta que el *iunior* es un colono que dispone de casa, huerto y tierra colindante, propiedades que podía enajenar en determinadas condiciones, disponiendo de la libertad de marcharse a su libre voluntad llevando su caballo y su *atondo*, pero perdiendo las propiedades y la mitad de sus bienes muebles. Caballo y *atondo* son bienes personalísimos, vinculados *ad personam*. Es el *iunior forero* o *solariego* denominado *iunior de heredad*. En la Ley XX⁵²⁹, en cambio, según García Rives, este *iunior* es distinto al *iunior de heredad* pues a éste no puede aplicarse el derecho de asilo urbano, con la libertad que confiere el aire respirado en la ciudad, sino que se trata de un *iunior* con previas vinculaciones a la tierra o a un señor, es decir, sería un *iunior de cabeza*. Pesa sobre este segundo *iunior* una vinculación personal y precisa de autorización señorial para dejar la tierra. De ahí la necesidad del derecho de asilo urbano de León para eludir este compromiso de sumisión a su señor. Ambos *iuniores* eran solariegos, colonos que viven en casa ajena y trabajan huerto y heredad ajena.

Muñoz y Romero⁵³⁰ atribuye al *iunior* la condición de solariego, siendo hombres libres sin adscripción alguna a la tierra, añadiendo la cualidad de ser una especie de enfiteutas, a cuyas obligaciones se añadían algún tipo de prestaciones o pago de tributos. Eduardo de Hinojosa⁵³¹ recoge un Decreto de Alfonso IX de León, donde distingue con total nitidez entre el *iunior de cabeza* y el *iunior de heredad*. Plantea este Decreto real, muy posterior al Fuero legionense, la distinción entre ambos indicados *iuniores*. Según se desprende de la citada norma, la condición personal de ambos es completamente distinta. Centrada la norma en cuanto a la posibilidad de movilidad de ambos, el *iunior*

⁵²⁸ García Rives, Angela. *Clases sociales en León y Castilla (siglos X-XIII)*. Revista de Archivos, bibliotecas y Museos, año XXIV, tomo XLI, págs. 248 y ss. Madrid, 1920.

⁵²⁹ Fuero de León, ley XX: “*Mandamus igitur ut nullus iunior, cuparius, alvendarius adveniens Legionem ad morandum non inde extrahatur*”.

⁵³⁰ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 133 y sig.

⁵³¹ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la Historia de las Instituciones de León y de Castilla. (Siglos X- XIII)*. Pág. 147. Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones científicas. Centro de Estudios Históricos. Madrid, 1919. Dice así: “*Istud mandat dominus Rex pro directo in sua terra: quod totus homo qui fuerit iunior de cabeza et voluerit morare ad suam villam, non recipiatur ibi. Et si fuerit iunior per hereditatem, partat cum domino suo, sicut fuerit forum de terra, et laxet hereditatem et veniat*”.

de cabeza tiene prohibición de desplazarse para volver a su villa; en cambio, el *iunior per hereditatem* puede volver a su villa, pero abandonando su heredad y acompañado de su señor.

Se ocupa también de la figura del *iunior* Ernesto Mayer⁵³², quien para explicar el sentido y contenido de la voz *iunior*, acude a argumentos relativos a la hereditaria de la condición social de las personas. Para Mayer, el *iunior* es un godo joven, un infanzón que aparece integrado en una orden de caballeros hereditarios y que está exento de pago de cargas o pechos. Es la nobleza de sangre del Reino de León. Aunque el objeto de este trabajo no incluye el estado social de las personas o de los grupos sociales, sin embargo el *iunior* tiene interés en cuanto se refiere a la relación de este personaje con las cosas, relación ya de propiedad ya de posesión.

Las ideas de Mayer de identificar *iunior* con infanzón así como su interpretación de las behetrías, incentivaron a Claudio Sánchez-Albornoz⁵³³ para dedicar un extenso y profundo estudio sobre estos *iuniores legionenses*. Es la evolución del concepto de *homines mandationis a iuniores de heredad*. Para Sánchez Albornoz, tanto el *homo mandationis* como el *iunior* son grupos de personas residuales procedentes de una época lejana. El personaje destinatario de un *prestimonio* es el amanecer de una nueva sociedad rural.

Un poco más adelante, el Fuero de León nos sorprende con un precepto en virtud del cual un *iunior* o hijo de *iunior*, que habitare en mandación, asegúrese no ser *iunior* ni hijo de *iunior*, jurado ante el merino del Rey que es *iunior* o hijo de *iunior* puede habitar dicha heredad y tenerla, poseerla, sirviendo por ella. Añade que si no la quisiera habitar, vaya libre donde quisiera, con su caballo y su *atondo*, abandonando la heredad y la mitad de sus bienes. Muchos términos de Derecho Medieval aparecen en lo que acabamos de indicar. Heredad, poseerla íntegramente, *atondo*. De su conjunto aparece clara la idea de que el *iunior* es un hombre libre y puede enajenar sus heredades o posesiones, excepto a nobles o hombres de behetría en la limitación señalada; en esa mitad, quien la comprare, no puede poblarla “*usque tertiam villam*”. La oscuridad de

⁵³² Ernesto Mayer. *Historia de las Instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos V al XIV*. Tomo I. Publicaciones del AHDE. Madrid, 1925. Edición facsímil de Analecta Editorial. Pamplona, 2006.

⁵³³ Sánchez Albornoz y Menduina, Claudio. *Homines mandationes y iuniores*. En *Viejos y Nuevos Estudios sobre las Instituciones Medievales Españolas*. Tomo I, págs. 367-577. Espasa Calpe. Madrid, 1976.

estas normas legionenses debe ser esclarecida desde el entorno interpretativo de las costumbres. Han evolucionado las circunstancias sociales de manera tal que en el entorno del Rey leonés se ha constituido un nutrido grupo de *seniores*, poderosos y ricos, los “*nobilis*”, que conviven con el monarca en su palacio, en su proximidad o en la sede de altos cargos al frente de demarcaciones territoriales en nombre y al servicio directo del Rey. Son poderosos personajes que están en el entorno regio, representándole, desarrollando y ejecutando sus decisiones; son personas que otrora fueran los *gardingos* visigodos.

Como la sociedad ya está estratificada, en otro rango económico y social, relacionados con el Poder reaparecen los *iuniores*, personas libres y que bien pudieran ser sucesores de los enigmáticos *Leudes*. No están ajenos a la cadena de relación con el Poder, ya que han recibido del Rey su caballo y su *atondo*, e incluso tierras y propiedades, como premio en consideración a sus servicios militares. Cuando, como hombres libres, cesa la relación de patrocinio, pueden desplazarse, pero pierden toda su heredad o parte de ella, que bajo el derecho de reversión vuelve a su señor. Refuerza la tesis de que estos *Leudes* han evolucionado y han pasado a tener la condición de *miles*, soldados o guerreros que luchan con caballo y que han recibido su *atondo*, como beneficio por sus servicios militares prestados. Pueden portar consigo cuando deciden cambiar de lugar para vivir, incluso, la mitad de sus bienes. Caso de cesar al servicio del Rey o su señor, deben dejar la heredad que ha recibido de su Señor.

La expresión “*atondo*”, que mereció la siempre aguda pluma de Paulo Manuel Merêa,⁵³⁴ abarca armaduras guerreras, caballo, ganados y tierras, entregadas como señal de patrocinio vinculado a un señor, y su origen está en las raíces del Derecho Romano y recoge el *Liber Iudiciorum*⁵³⁵. Por supuesto, cuando el *Liber* es traducido al romanceado Fuero Juzgo, se omite toda referencia al *bucellarius* y es traducido como “*vasallo*”. Ya

⁵³⁴ Paulo Merêa. *Estudos de História do Direito, I, Direito Português*, págs. 113 y ss. Imprensa Nacional-Casa da Moeda. Lisboa, 2007. La IN-CM ha publicado desde 2004 las obras más notorias de Merêa, con un prefacio de Mário-Júlio de Almeida Costa, su sucesor en la Cátedra de Coimbra, y una sentida nota introductoria de su nieto, D. José Manuel Merêa Pizarro Beleza.

⁵³⁵ *Liber Iudiciorum*, 5, 3, 1: “*Si quis ei, quem in patrocinio habuerit, arma dederit, vel aliquid donaverit, apud ipsum quae sunt donatae permaneat. Si vero alium sibi patronum elegerit, licentiam habeat cui se voluerit commendare. Quoniam ingenuo homini non potest prohiberi, quia in sua potestate consistit: sed reddat omnia patrono quem deservit*”... “*Aliam vero medietatem idem bucellarius, quid adquisivit, obtineat*”. Y concluye esta disposición con una prevención para el supuesto de que el patrocinado dejare una hija, al final: “*Qued si ipsa sibi contra voluntatem patroni inferiorem forte maritum elegerit, quidquid patri eius a patrono fuerat donatum, vel a parentibus patroni, patrono vel heredibus eius restituat*”.

a mediados del siglo XIII se ha perdido tal concepto, prevaleciendo la misma idea pero adaptándola al concepto feudal de relación de dependencia. El “*atondo*” está impregnada de derecho germánico, como equipamiento militar del guerrero, el *Heergewäte*. En el Derecho Germánico primitivo, puntaliza Pérez-Prendes⁵³⁶, este *Heergewäte* estaba integrado por su carácter personalísimo como una parte del patrimonio de los muertos –*Totentheil*- y se podía segregar para acompañar al difunto en su tumba. Era el reconocimiento del derecho a una parte del conjunto de bienes familiares. El meritado Derecho Germánico sufrió una evolución pues el derecho a la hereditariad de la condición guerrera del difunto pasó al hijo mayor varón, en condición personal y en cuanto a los bienes acrediativos de la condición de soldado. La *Heergewäte* germánica tiene su paralelo en el Derecho Hispánico Medieval en el *atondo*.

Aunque también de una forma incidental aparece esta institución, que en el fondo es una manera de transmitir una propiedad provisional o situación de detentación respecto de un bien, que puede incluso ser un inmueble, citada en un diploma de 1092⁵³⁷, en que consta una *donatio* de una villa de Santi Martini, en la orilla del río Mondego, donación que hacen Martinus Moniz y su esposa Joanni Gondesindiz, que es hija del cónsul Don Sesnando, de quien tendremos ocasión de hablar más adelante. Pues bien el citado cónsul había dado a cidel palagiz “*in antondo*” dicha villa. Una vez más, nos hallamos ante coincidencias que hacen pensar en el carácter europeo común del Derecho Medieval.

Mucho se ha investigado sobre los *iuniores*: *iuniores de capite*, de *hereditate*, incluso *iuniores de mandatione*. No obstante la tipología de *iuniores* que se acaba de indicar, es del máximo interés señalar que en 1071⁵³⁸ el Rey Alfonso VI hace una donación de bienes a su hermana Doña Urraca de diversas heredades a la orilla del Estola y del Monasterio de Cisterna, dotadas con el privilegio de inmunidad,

⁵³⁶ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*, cit. págs. 71

y ss.

⁵³⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I. Lisboa, 1867. Kraus Reprint Ltd. Liechtenstein, 1967. “*concedimus tibi in ipsa iamdicta villa sancti Martini omnia que ibi obtinuit cidel pelagiz in antondo de consule domno sesnando...*”.

⁵³⁸ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la historia de las instituciones de León y Castilla*, cit. págs. 27-28. Dice así en la parte que nos ocupa: “*Do vobis ipsas villas vel monasterio ab integro per sius terminis et locis antiquis, sicut eas obtinuerunt parentes nostri vel ego usque nunc, cum omnes abitantes in eas qui ad abitandum venerint, extra meos iuniores, ad vestran concurrant*”. Al final del documento aparece la firma del fedatario Martino Cresconiz, que confirma.

conjuntamente con todos sus habitantes, presentes y futuros, exceptuando de dicha donación los *iuniores* del Rey.

En este documento se refiere el Rey a “*meos iuniores*” y expresamente así los denomina. Puede deducirse de ello que el Rey mantenía una relación especial personal con una determinada tipología de *iuniores*. Desde luego, no responden estos *iuniores* a la condición social de *iuniores de capite*, ni de *hereditate* ni de *mandatione*. El Rey Alfonso VI incluye en la donación hecha a su hermana a todos los habitantes y a cuantos en el futuro vayan a habitar los territorios a los que la donación regia hace expresa referencia. Sin embargo también de forma expresa y terminante excluye de la donación a *sus iuniores*. No hay una explicación para tal exclusión, salvo que la relación de estos *iuniores* con el poder real tuviere un carácter especial y estuviere inmersa en una situación privilegiada, con una caracterización, consideración jurídica y tratamiento personal distinto al resto de *iuniores*. Nada se dice respecto de las tierras que tales *iuniores* tuvieran, ya en propiedad ya en posesión, pero del hecho de su exclusión de la donación regia, por la relación vinculatoria del hombre con la tierra de principios del siglo XI, todo lleva a pensar que los *iuniores regis* estaban excluidos a todos los efectos, incluidos los referentes al patrimonio, del hecho de la donación de propiedades a favor de Doña Urraca. Cabe llegar a la conclusión de que estos *iuniores regis* bien pudieran ser los olvidados *Leudes*.

Además, refiere Hinojosa, recogiendo un Decreto de Alfonso IX⁵³⁹ fechado entre 1188 y 1230, el distinto tratamiento existente entre el *iunior de capite* y el *iunior per hereditatem*. Al primero se le niega la posibilidad de volver a su villa; en cambio, el segundo puede volver a su villa con su señor, según fuere el fuero de la tierra, dejando su heredad. Otro Decreto del mismo Rey, de 1229⁵⁴⁰, facultó a la Orden de Santiago,

⁵³⁹ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la historia de las instituciones*, cit. pág. 147. El Decreto dice así: “*Istud mandat dominus Rex pro directo de sua terra: quod totus homo qui fuerit iunior de cabeza et voluere venire morare ad suam villam, non recipiatir ibi. Et si fueri iunior per hereditatem, partat cum domino suo, sicut fuerit forum de terra, et laxet hereditatem et veniat*”.

⁵⁴⁰ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la historia de las instituciones*, cit. págs. 139-140. En la parte que interesa a estos efectos, puede leerse: “*et per vos eidem Ordini vestrisque successoribus vestri disponatis et ordinatis, sicut de his que melius habetis et liberius possiedatis, de predictis cautis et possessionibus ad utilitatem vestram et Ordine vestri. De cetero vero nolo, immo prohibeo, quod regalengum meum vel hereditates de iunioribus regalengis, aliquomodo in regno Legionis sine consensu regio expresso accipiatis sive acquiratis. Concedo tamem vobis vestroque Ordine et successoribus vestris, quod libere ematis, et quodlibet titulo acquiratis, de hereditatibus nobilium sive hereditatibus de filiis de algo et de hominibus de benefactoria et de clericis et de aliis ordinibus et de hereditatibus regalengis civium et burgensium, que date non fuerunt eis ad populationem vel ad forum*”.

para poder adquirir por cualquier título heredades de nobles, hijosdalgos, hombres de behetría, clérigos y otras órdenes y tierras realengas de ciudadanos y burgueses, de la relación de estos bienes excluyó las dadas a estas dos últimas categorías de personas cuando lo hubieren sido *ad populandum vel ad forum*, excluyendo también las tierras procedentes de realengo y las de los *iuniores regalengis*. En general, de este Decreto puede deducirse que a pesar de las facilidades que el Rey otorga a la Orden de Santiago con la finalidad de que puedan ampliar su nada despreciable patrimonio, excluye de tal concesión todo cuanto atañe a los bienes de realengo, así como las tierras concedidas para repoblar, pues la repoblación afianza territorialmente las tierras reconquistadas, así como también expresamente señala, en especial, las tierras pertenecientes a los *iuniores regalensis*. Nada más señala el Decreto relativo a esta especial protección que las tierras de estos *iuniores regalengis*, es decir, estos *iuniores* del Rey ubicados en tierras de realengo. Desde luego que la voluntad del Rey es muy explícita al distinguir en el tenor de su Decreto, las tierras del realengo del Rey, es decir, de su propiedad exclusiva, de las tierras integrantes de las heredades de estos personajes que son los *iuniores regalengis*. Parece evidente que las tierras que éstos ocupan, sin que se especifique en qué concepto jurídico, ya de posesión, ya de propiedad, el título que los mismos tienen apunta a ser el de propiedad, una propiedad privilegiada y respaldada por la suprema autoridad real. Avala esta hipótesis la distinción entre bienes de *regalengo* y las heredades de estos *iuniores*. Ambas maneras de distinguir estas propiedades nos afirma en esta idea, pues si el Rey no hubiera querido distinguir, le hubiera sido suficiente plasmar en su Decreto la unidad de los bienes de realengo. Pero no lo hace, y en cambio, habla de las heredades de estos *iuniores* suyos.

Este grupo de personas, estos *iuniores regalengis*, no son ni *iuniores de capite* ni *iuniores de hereditate*, a los que se refiere el Decreto, del mismo Rey y que ya hemos indicado, cuyo tenor nos recuerda al contenido del Fuero leonés, en sus preceptos IX, X y XI. El Decreto de 1229 en cambio, se refiere a un tipo distinto de *iuniores*. Nos recuerda a lo que destaca el precepto XVII del Fuero de León, cuando señala que quienes de forma habitual iban en *fonsado* con el Rey, con los condes o los merinos, vayan siempre según la costumbre. Son personajes que integran la hueste regia, a las órdenes del Rey, del Conde o del Merino. Y como tales, son personas de fidelidad al Rey y que son merecedores de un tratamiento especial, derivado del afecto real. No son

los hidalgos o *fijosdalgo* –*filiis de algo*- ni son nobles ni son hombres de behetría –*homo de benefactoria*- ni clérigos ni de otros órdenes ni ciudadanos de realengo ni burgueses, siempre que a éstos no les concediera el Rey tierras para poblar o conforme el foro. Por la detallada exposición de personas que el Decreto lleva a cabo, excluidos también los *iuniores de capite* y los *iuniores de hereditate*. Nada se opone a pensar que estos *iuniores regalengis* son, dos siglos más tarde desde la entrada en vigor del Fuero legionense, y de la mano del Rey de León, los integrantes de la hueste regia, personas que siempre han acostumbrado a acompañar al Rey, o sus delegados, en las campañas bélicas, son los *fideles regis*, que han sido acreedores del amor regio por su lealtad y fidelidad demostrada en cada llamamiento a la acción militar. Son hombres el Rey, herederos de la mítica figura de los *Leudes* que con fidelidad histórica se recogen en el *Liber Iudiciorum*.

Nada de extraño tiene que estos *fideles regis* hayan recibido propiedades del Rey, en premio a sus servicios de armas. Y estas donaciones, en *atondo*, son vedadas para la Orden de Santiago. Son propiedades en plena y exclusiva propiedad por razón de la persona y la función militar y los servicios prestados. Estas personas estaban protegidas directamente por el poder regio, que se expresa en la severa advertencia real de que *en todo el Reino de León ni recibáis ni adquiráis tierras sin el consentimiento expreso del Rey*. Con esta disposición regia, el monarca reafirma la condición de depositario soberano del poder y recuerda a todos y en especial a la Orden de Santiago, a los clérigos y a los nobles, que puede el monarca autorizar cuanto desee en relación con el derecho de propiedad y de posesión, al señalar que “*concedo y confirmo el iure hereditario a perpetuidad*”⁵⁴¹. La Orden de Santiago recibe la confirmación regia respecto de sus *cautos* y posesiones de realengo. Aquí se refiere el comentado Decreto con una confusión de vocablos a dos cosas distintas. Cuando dice posesiones se está designando y refiriendo a propiedad, derivada *ex iure hereditate*. Y cuando dice *cautos* se está el Rey refiriendo a los cotos, es decir, propiedades con jurisdicción delegada del Rey, con inmunidad que impide que el merino o sayón regio entre en ese territorio acotado a dispensar justicia.

⁵⁴¹ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la historia de las instituciones*, cit. pág. 140. “*concedo et iure hereditario in perpetuum confirmo, ita, quod vos et successores vestri disponatis et ordinetis, sicut de his que melius habetis et liberius possidetis, de predictis cautos et possessionibus ad utilitatem vestram et Ordinis vestri*”.

Volviendo a las propiedades de los *iuniores regalengis*, las mismas están gozando de una especial protección regia, protección que se extendía a estos *iuniores regalengis* y que estimo tiene sus antecedentes, como se ha indicado, en el Fuero de León, en su Ley XVII. Apunta Ernesto Mayer⁵⁴² la idea de que el dominio en que el *iunior*, al que identifica con el infanzón, puede detenerse y mantenerse si presta servicio militar a caballo es el comprendido dentro de los dos tercios del reparto de tierras que se adjudicaran los godos. Para Mayer el *infantaticum* son los dos tercios de todo inmueble. Sin embargo, no podemos compartir esta interpretación. La razón de tal discrepancia, aunque reconociendo siempre la labor realizada y el bajage de datos ofrecido, es que desde que se produce la instalación del pueblo visigodo en parte de la Galia y más tarde en la Hispania romana, como ejército de ocupación, pero en minoría poblacional, hasta la época de Alfonso IX, transcurren muchos siglos y en el solar hispánico han sucedido muchas cosas que dificultan una identificación de la situación política y social. Esta minoría étnica visigoda no ocupó, ni pudo físicamente hacerlo, la totalidad de tan amplios territorios. Dificilmente puede hablarse de una homogénea y total adjudicación de dos tercios de todo el territorio. Por otra parte, Mayer no distingue las diversas categorías sociales de los *iuniores* indicadas, porque hay diferencia de rango social y consecuentemente de derechos en el *iunior de mandatione*, el *iunior de capite*, el de *hereditate* y el *iunior regalengis*.

Tampoco comparto con Mayer el criterio de que el *iunior* es un infanzón descendiente de los visigodos por el hecho de estar libre del pago de impuestos. Esta situación privilegiada de estar exentos del pago de *pechos* también la tienen los canónigos de la Iglesia de Palencia, por ejemplo, que no eran ni visigodos ni descendientes de ellos, pues tal situación proviene de un privilegio real, sin que tenga relación alguna con el posible hecho de que tales clérigos tengan, o no, vinculación con el pueblo godo. También tienen la consideración de infanzones los vecinos de Castrojeriz, en virtud de su Fuero de 947, aunque tal rango les venga dado por la necesidad de repoblar en un territorio expuesto a las agresiones anuales musulmanas. La *iunioría*, como término genérico que podría englobar a todos, podría ser interpretada como un concepto social en el que aparecen notorias diferencias entre sí, pero que apunta a que, en una sociedad ordenada bajo el dominio del Rey, contiene una segura

⁵⁴² Ernesto Mayer. *Historia de las Instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos V a XIV*, pág. 158. Analecta Editorial. Pamplona, 2006.

estratificación social, se refiere a personas que en la pirámide poblacional están situadas entre los nobles o *comes* por la parte superior, y en el tramo inferior, a su vez por encima de las personas sujetas a una vinculación con la tierra en que viven y a cuya dedicación se deben. Los *iuniores regalengis* son un eslabón social engarzado en el pasado visigodo que ha resistido el transcurso del tiempo, ha visto un cambio de Estado, ha sufrido una invasión bélica destructiva, pero que es heredero de funciones de un tiempo pretérito, en suma, una reliquia social que se resiste heroicamente a desaparecer.

El nombre de *Leudes* ya se ha perdido en el uso del mismo, y como tal desaparecerá al ser traducido el *Liber Iudiciorum* al castellano de la época y pasar a ser conocido como *Fuero Juzgo*. De igual modo se ha perdido el nombre de *gardingo*⁵⁴³, personaje que ya a finales del siglo VII gozaba de posición privilegiada en la sociedad goda. Estaba integrado por el círculo de personas próximas al Rey, su comitiva y servicio palatino. En el reino asturleonés este papel lo representan los Condes, y también Obispos y Abades, cuya presencia, firmando y roborando documentos regios, es constante. Pero más adelante podremos ver diplomas en que aparecen los *fideles*, como tales llamados por los reyes a quienes se les dota de amplio patrimonio y plenas facultades en el ejercicio de sus destacadas funciones.

En todo caso, como conjetura Sánchez Albornoz, lo importante es descubrir este enigma histórico a través del proceso histórico. Puede ayudar a esto bucear en los preceptos del Fuero de León, que señala que todos los que según la costumbre acompañaban al ejército con el Rey, con los condes o con el merino, tienen obligación de ir. Poco aventurado es decir que estos militares, *miles*, guerreros o antiguos *Leudes*, cuyo nombre se ha perdido, perviven hilvanados en los entresijos de la costumbre, recogida su función en el derecho consuetudinario, como refiere la Ley XVII del Fuero leonés. Hay olvido del nombre, pero no de la función. La figura del *miles* es frecuente en muchos Fueros hispánicos, principiando por el Fuero de León⁵⁴⁴, donde se observa la permanencia de una costumbre, la de ir al *fonsado* con el Rey, el *comes* –es decir, el conde- o el *maiorinus* –o el merino-. Nos lo recuerda la reiteración con que se reafirma esta costumbre en el “*semper solito more*”.

⁵⁴³ Sánchez Albornoz y Menduïña, Claudio. *En torno a los orígenes del feudalismo*. Libro I-Tomo I. *Fideles y gardingos en la monarquía visigoda. Raíces del vasallaje y del beneficio hispanos*, pág. 104. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1974.

⁵⁴⁴ *Fuero de León*, Ley XVII: “*Illi etiam qui soliti fuerunt ire in fossatum cum rege, cum comitibus, cum maiorinis, eant semper solito more*”.

La figura del *miles* o soldado, libre de *pechos* e impuestos, es objeto de tratamiento especial o privilegiado, como respuesta al constante peligro que envuelve a una sociedad en estado de guerra permanente. En Palencia⁵⁴⁵ se acoge al *miles armatus de senioribus* eximiéndole del pago del pecho de *marzazgo* y de cualquier otro impuesto. En el artículo XI del Fuero de León en su inciso final se refleja el derecho del *iunior* a no morar en el territorio de su *mandatio* yendo libremente donde quisiere llevando consigo su caballo y su *atondo* pero como contrapartida debe dejar íntegra su heredad y la mitad de sus bienes. Este texto refuerza la idea de que el *iunior* es un hombre libre, así como goza también de plena libertad de movimiento y desplazamiento. No está adscrito a la tierra de una mandación. Sin embargo, como penalización del ejercicio de tal libertad, conlleva la pérdida de la mitad de sus bienes. Puede desplazarse portando consigo su *atondo* y la mitad de sus bienes por ser bienes personalísimos.

Sobre el contenido del *atondo*, señala Muñoz y Romero⁵⁴⁶ que viene a comprender tanto como alhajas, bienes muebles o semovientes⁵⁴⁷ siendo coincidente, en cuanto al contenido del *atondo*, Merêa quien además cita el mismo ejemplo de valoración de *atondo* del caso recogido de Muñoz y Romero, por nota anterior. En el Fuero de 1217 la Abadesa del Monasterio del lugar de la Vega de la Serrana se faculta al vecino que quisiere ir a vivir a otra parte para que, en el plazo de nueve días, lleve todo su haber y venda a vecino, dando al Monasterio la cuarta parte de la labor que tuviere en la heredad del Monasterio. Si tuviere árboles frutales, dará al Monasterio la mitad y la otra mitad puede venderla o al Monasterio o a un vecino⁵⁴⁸. Paulo Merêa, en el Apéndice de documentos del estudio citado sobre la palabra *atondo*, hace una relación de

⁵⁴⁵ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la Historia de las Instituciones de León y Castilla*, cit. págs. 191 y ss. Norma 16: “*In Palencia, nullus miles armatus de senioribus det solidum pro marcio vel aliquid, nec eo mortuo, uxor eius usque nubat; et postea, cum quali nupserit, tale forum faciat. Similiter filius militis non det marcium usquequoperveniat ad tempus idoneum milicie; et tunc, si acceperit arma ab aliquo domino, ulterius non det marcium. Quicumque fuerit de Palencia et habuerit patrem militem, ex quo casatus fuerit, si noluerit esse miles, faciat forum sicut alii pedites. Preter hec omnes alii vicini Palencie unum et eundem forunt habaent, salvo in omnibus et per omnia iure canonicorum*”.

⁵⁴⁶ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 133. Hace referencia a una escritura de 1056, obrante en Astorga, en que describe un *atondo* de un vaso de plata valorado en 20 *sueldos* y una mula de *sesenta*.

⁵⁴⁷ Paulo Merêa. *Sobre a palavra “atondo”*. En *Estudos de História do Direito, I, Direito Português*. Págs. 113-125. Imprensa Nacional-Casa da Moeda. Lisboa, 2007.

⁵⁴⁸ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 134: “*Si aliquis voluerit ire ad aliam partem morari usque ad novem diez levet suum aver et vendat ad vecinum qui faciat forum et imittat magistram portam eum cum suis fastialibus et cum suo prestimonio; et de labore quam habuerit in nostra hereditate, reddat nobis quartam partem. Et si habuerit in ortum suum arbores que fructum levent, dimitat nobis medietatem, et aliam medietatem vendat nobis, vel ad vecinum*”.

documentos que hacen referencia a este término. De todos ellos vamos a referirnos mediante anotación⁵⁴⁹ del número 14 del Fuero concedido a los habitantes de Fresnillo por el Conde García Ordóñez y su mujer Urraca, documento datado en 1104, texto foral que Hinojosa reprodujo en su totalidad publicándolo en 1919, de donde fue tomado por Merêa⁵⁵⁰.

No en toda la Península Ibérica se regulaba la situación de abandono del lugar por el solariego de igual manera a la indicada. En lugares de *realengo*, donde habitaban solariegos también, y en cartas pueblas de señorío aparece reconocido el derecho a dejar la tierra que el solariego labraba cuando tuviere motivo para ello, con el deber de dejar parte de sus bienes o nada. Así en el Fuero de Yanguas, de 1145⁵⁵¹. Y en el Fuero del lugar de Vega de Doña Limpia –hoy Vega de Doña Olimpa-, provincia de Palencia, fechado el fuero en 1302⁵⁵², otorgado por el Comendador del Hospital de Carrión –hoy Carrión de los Condes- se faculta, a quien quisiere irse de dicho señorío, para poder, en el plazo de nueve días, vender el solar y llevarse lo suyo, con prohibición de hacer la venta a hidalgo, aunque sí para transmitirla a un labrador; si en esos nueve días no pudiese vender, el Merino del Comendador entre en el solar quedando cuanto allí hallare para el Hospital de Vega de Doña Limpia, sin deshacer nada del solar. El Comendador del Hospital hace entrega al solariego de huertos y heras y *prestamos*, siendo estos últimos los *prestimonios*. La preocupación del Señorío consiste en impedir que ningún hidalgo, que está exento de pago de pechos, entre en posesión en solar del citado Hospital. El solariego está facultado para vender los bienes por él poseídos a labrador. Quedan las mejoras llevadas a cabo en el solar ocupado en beneficio del Señorío. Y además describe en qué consiste el *prestamo* o *prestimonio* que recibió el solariego,

⁵⁴⁹ Paulo Merêa. *Sobre a palavra “atondo”*, cit. El texto dice así: “*Et si aliquis ex vobis tenuerit caballo vel lorica aut adtondo de sou seniore et venerit suo transitu, quomodo torment illo prestamo suos filios et non demandet illo seniore ad sua mulier et suos filios altero nuncio*”.

⁵⁵⁰ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la Historia de las Instituciones de León y de Castilla*, cit. págs. 46 y ss.

⁵⁵¹ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 135 donde se refiere que “*homo qui habuerit ramcuram in Anguas, vendatr domos suas et hereditatem suam, et vadat se ubi voluerit*”.

⁵⁵² Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 137 en que puede leerse: “*et el que quisiere dessasseñorarse del nuestro señorío, que tanga la campana é que aya nueve días á que venda el solar é á que lieve lo suyo. Et que non pueda venderlo á ome fidalgo, sino a lavrador que nos faga el fuero de sobre dicho. Et si en estos nueve días non vendiere el solar, el nuestro Merino que entre el dicho solar con todo lo que y fallare para el dicho espital é que non pueda defacer ninguna cosa del solar. Et damosles huertos é heras, é prestamos, é estos son los prestamos*”.

básicamente los huertos y las eras para las labores agrícolas. Sobre estos bienes, propiedad del Señorío, el solariego solamente tiene la posesión y el uso.

De cuanto se termina de decir, es digno de ser comentada la directa relación existente entre el *atondo* y el *prestimonio*. Puede decirse que el *prestimonio* o *prestamo*, como de ambas maneras se le conoce, es el ropaje jurídico empleado para justificar la entrega y recepción de unos bienes de alguien y por alguien respectivamente, siendo la donación y *traditio* o entrega del bien la forma usada para establecer socialmente unas relaciones de dependencia interpersonales. Así, el Rey de León Alfonso IX⁵⁵³ dispuso que todos los habitantes de la tierra del Arzobispado de Santiago deben de dar como contribución impositiva a los *milites* que fueran titulares de *prestimonio*, es decir, a los *milites* que hubieran recibido por sus servicios militares un *prestimonio*, anualmente una talega de trigo y otra de cebada así como ocho *denarios* y una gallina; si trigo no hubiere, de centeno; cada talega tendrá sesenta puños. Era una contraprestación que estas personas recibían de los habitantes de la tierra de Santiago, como premio u obsequio regio por el servicio militar que prestaban, en tanto en cuanto que derechos inherentes a la tenencia de su *prestimonio*. Como contrapartida por la entrega del *atondo* se espera del receptor del mismo la prestación de unos servicios que no necesariamente han de ser tipo militar, aunque en los fueros hispánicos estos servicios hayan quedado reflejados, dado el carácter de sociedad en estado de guerra.

En el Derecho Romano Clásico este tipo contractual es de los denominados bilaterales, *do ut facias*. El *prestimonio*, o su manifestación concreta, el *atondo*, es la manifestación y el recuerdo permanente de la calidad personal de dependencia. De ahí que en el Fuero de Castrojeriz⁵⁵⁴, de 974, que concede el título de *infanzones* a sus habitantes, se proclama que Caballero de Castro que no tenga préstamo no acuda al *fonsado*, si no recibieren soldada y equipo de guerra, además de otorgarles la posibilidad de adoptar un señor que les conceda beneficios. Los vecinos de Castrojeriz tienen libertad de acogerse al régimen de behetría. Acogerse a *benefactoría* o behetría era un derecho de que disponían con amplitud muchos hombres ya en el siglo XI. Así,

⁵⁵³ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la historia de las instituciones*, cit. págs. 147-148: “...*militibus vero prestimoniariis, pro procuratione, dent semel in anno de cada casa unam talegam de tritico pro fogacia et aliam de cevada et VIII denarios et unam gallinam; et ubi triticum non habetur, dente i unam talegam de centeno pro fugacia; et sit taleyga de LX punnis*”.

⁵⁵⁴ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 38, en que puede leerse: “*Caballero de Castro, qui non tenuerit prestamo, non vadat in fonsado, nisi dederti ei espensam, et sarcano illo Merino et habeant segniorem, qui benefecerit illos*”.

cuando Armentario Velaz hizo a favor de Rodrico Michaeliz una *cartulam donationis*⁵⁵⁵ de un solar en Valledespino en Otrelo que el donante hubiera recibido del Rey Alfonso, con su era, su huerta protegida con un muro con salida a las viñas hacia la iglesia, en su integridad para que sirva el donatario con ello a quien quisiere que le haga bien, le está facultando para que haga behetría a su conveniencia. Se trata de una donación y como carta de corroboración o confirmación de tal donación recibe a su vez el donante del referido donatario un caballo rucio valorado en cien sueldos que le complació bien al donante.

En la Hispania Medieval, la institución jurídica de la donación no es gratuita sino que requiere una contraprestación que debe recibir el donante. No se trata en sí de un trueque o una compra sino de cumplir un requisito formal que, aceptado por el donante, viene a confirmar la donación. Se trata de una contrapartida confirmatoria, una *confirmatio*. Normalmente puede distinguirse una diferencia entre valor del bien donado y la contraprestación entregada en confirmación de la cosa donada, y en tal diferencia consiste el valor de la donación.

Se han recogido expresamente, como se acaba de reseñar, diversas referencias al vocablo préstamo. En efecto, del *atondo* ofrece Merêa diversas acepciones o significados del término, ya como ganado, alhajas o joyas, ya como regalo o recompensa, ya como cesión temporal de tierras permaneciendo el dominio en manos del concedente⁵⁵⁶. Aun cuando pudiera entenderse que *atondo* y préstamo son un mismo concepto, en cuanto estamos ante la entrega, donación o regalo de cosas, ya en propiedad, o en mero depósito, o mediante cesión del uso o la tenencia, es decir, el *dominium utile*, conservando el donante el dominio eminente, entre *atondo* y préstamo o *prestimonio* hay matices dignos de ser destacados. Además, hay que tener en consideración que estas instituciones están integradas en un contexto, el medieval, dominado por el Derecho Feudal, en el que la sociedad está en plena evolución. Es un tópico comúnmente admitido sin contradicción que en la Edad Media apenas sucedió nada y que el paso del tiempo era tan leve que apenas se notaba. Pero en realidad,

⁵⁵⁵ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la historia de las instituciones*, cit. pág. 29. “*Do tibi eum cum sua eira, cum suo orto, cum suo muratal, cum suos exitus ad vineas ad ecclesia et ubique, do tibi ad omni ab omni integritate. Et ad corroborandum cartam istam, accepi de te uno caballo ruzio centum solidis apreciato que michi bene complacuit, et servias cum illo cuiquamque volueris que tibi bene facerit*”.

⁵⁵⁶ Paulo Merêa. *Sobre a palavra “atondo”*, cit. pág. 121.

durante el Medievo la sociedad era un ente vivo y en evolución y en sus entresijos estaban embriones de los grandes cambios políticos que llevarían a dicha sociedad a la Edad Moderna.

Así, cuando Merêa habla del *atondo* en su vertiente de ganado hace referencia al primitivo significado pues la tenencia de cabezas de ganado era una garantía de supervivencia. Esta significación de *atondo* como ganado, en el derecho anglosajón recibe el nombre de *chattel* que se identifica con el vocablo ganado siendo paralelamente el término latino *pecus*, que básicamente son bienes muebles. Seguidamente Merêa señala *atondo* como alhajas, lo que consiste el reflejo de un concepto de riqueza, es decir, la propiedad de metales preciosos, susceptibles de ser atesorados y transportados con facilidad y que se pueden ocultar a los codiciosos ojos de personajes circundantes. Una tercera acepción es la de donación de cosas con un contenido o alcance restringido y sometido a limitaciones. Puede verse este tipo de contrato como un recuerdo del *precarium* del Derecho Romano. Era la cesión gratuita del mero uso de una cosa o bien por parte del *dominus* a un tercero que se lo había rogado o pedido, solicitud muchas veces recogida por escrito, sin que tal cesión pudiera desplegar obligaciones, salvo la cesión de la posesión, la cual era recuperable por el dueño a su voluntad.

En la Edad Media, habiendo cambiado sustancialmente la situación socio-económica, habiéndose perdido totalmente el significado de la institución del precario romano, según Merêa⁵⁵⁷, la *locatio conductio*, es decir, el arrendamiento, perdió arraigo social y fue sustituida por la institución de la *precaria* como la forma que revestirán las concesiones agrarias en el reino visigodo, en la Península Ibérica. La confusión conceptual padecida en materia jurídica, ocasionó que a veces fuera confundida con el usufructo⁵⁵⁸. Entre el *precarium* romano y la *precaria* medieval, señala Merêa, no hay nexos históricos reales. La *precaria* sustituyó a la relación arrendaticia, y por ello algunos rasgos de ésta fueron acogidos por aquélla, como el derecho de uso y disfrute, la

⁵⁵⁷ Paulo Merêa. *A precaria visigótica e as suas derivações imediatas*. En *Estudos de Direito Hispánico Medieval*, Tomo II, págs. 125 y ss.

⁵⁵⁸ Paulo Merêa. *A precaria visigótica*, cit. pág. 150, donde el autor reproduce un documento, de 1006, procedente del Cartulario de Celanova, en el que puede leerse: "...*abbati et fratibus monasterio Cellenove pregarium placitum vobis facimus pro Valle...quos nobis de vestro dado ad obtinendam usu fructuario datis, ut teneam illa in tota vita mea et non habeam ibi de nullo homine...*".

obligación de satisfacer un canon o censo, y el consecuente lanzamiento en caso de no pago⁵⁵⁹.

Esta cesión de tierras para su cultivo se iniciaba con una carta de petición o *epistula precaria*, como forma escrita heredada por el Derecho Visigodo del Derecho Romano Vulgar, lo eran por tiempo indeterminado, casi siempre vitalicio y que a veces alcanzaron hasta las tres vidas, es decir, hasta los nietos, por cuya razón adoptaron el carácter de ser transmisibles hereditariamente, constituyeron al cesionario en un titular de un derecho real de uso y disfrute en propiedad ajena. Le convirtieron en un dueño del dominio útil de la propiedad de un tercero, que era el dueño eminente⁵⁶⁰. Esta manera que tenían Reyes y Ricos-hombres de realizar cesiones *ad tempus* de tierras para su explotación se realizaba a través de instituciones como el *prestamo* o el *beneficio*.

El contenido de la cesión era la entrega de la posesión de un bien. La contrapartida de dicha entrega consistía en la promesa de devoción y fidelidad, prestar consejo y ayuda, sobre todo militar, en caso de guerra. Son prestaciones personales de naturaleza pública. Sin la recepción de beneficio o préstamo no era exigible la contrapartida de prestar la ayuda en caso de guerra. Ni era exigible atender el *apellido* ni el Rey o señor podía recavar el pago del pecho de *fonsado* por no prestar la ayuda militar. Tal aparece en el Fuero de Castrojeriz, de 947. Y de manera similar en el foral portugués de 1136 que el entonces Infante Don Afonso Henriques otorgó a Seia⁵⁶¹.

Cuando estos beneficios otorgados por un señor a su vasallo se convierten en transmisibles hereditariamente, al menos en la línea masculina directa, y el bien entregado lo es en régimen similar a la propiedad, ha nacido el *feudo*⁵⁶² que tiene como contrapartida la prestación de una serie de servicios. La concesión de esta suerte de beneficios, que sirviera en Europa de fundamento de un sistema jurídico social conocido como régimen feudal, según Sánchez Albornoz no tuvo su origen en el reino de los Francos, sino en el concepto de "*beneficio*" que Don Claudio trató de descubrirlo en la España de los Visigodos. Y, añade, no deriva de la *precaria* medieval, sino del

⁵⁵⁹ Paulo Merêa. *A precaria visigótica*, cit. pág. 154.

⁵⁶⁰ García de Valdeavellano, Luis. *El prestimonio*, págs. 5 y ss. AHDE. Madrid, 1955.

⁵⁶¹ Marcello Caetano. *História do Direito Português*, cit. pág. 126. "*Et caballeiros de Seia que aprestamo non tenuerit non faciant nullum fossatum nisi illo de maio et apellido*".

⁵⁶² F. L. Ganshof. *Qu'est-ce que la Féodalité?*, pág. 173. Office de Publicité, S. A. Éditeurs. Bruxelles, 1957.

precarium romano⁵⁶³, por estimar que esta institución de Derecho Romano pervivió en la Hispania Visigoda, y que se aplicó para dar cobertura jurídica para concesiones revocables, *iure precario*, y que remuneraban determinados servicios. Aplicadas para procurar el sustento de los clérigos, en torno del siglo VI, estas concesiones *iure precario* o las derivadas de *causa stipendii* de la retribución clerical, sirvieron de modelo para que reyes y magnates procedieran a retribuir los servicios de armas recibidos.

En la Hispania astur-leonesa, resurgida tras la invasión musulmana, ya en el siglo X se dieron dos clases de relaciones: la noble, que comportaba el servicio de armas; y la plebeya, que solo reportaba prestaciones económicas⁵⁶⁴. Las primeras eran premiadas mediante donaciones de tierra, en plena propiedad, con facultad de transmitirla hereditariamente, lo cual se acuñaba documentalmente con la fórmula *ex iure et hereditate*⁵⁶⁵, propiedad o heredad cuyo pleno dominio conllevaba además, la cesión o delegación por parte del Rey o sus Condes, del derecho a la totalidad o una parte de los *pechos* o impuestos o rentas, multas, así como la responsabilidad de la defensa militar del territorio o ciudad. En León, Castilla y Portugal⁵⁶⁶ se fue conformando el elemento territorial sobre el que los Reyes fijaron su dominio soberano. En estos reinos se formaron varias clases de dominios sobre la tierra. Uno, que contenía grandes dominios de la Corona; dos, los grandes dominios de los nobles y de la Iglesia; en tercer lugar, los términos de los Concejos, éstos de variable entidad y siempre asediados por las ambiciones de todos; y en cuarto y último lugar las pequeñas explotaciones libres en manos de pequeños *presores* y que eran los conocidos como *alodios* o *alleu*. Estas pequeñas propiedades escapaban a su encaje en el sistema económico feudal, vivían extramuros del régimen feudal.

⁵⁶³ Sánchez Albornoz y Menduïña, Claudio. *El precario en Occidente durante los primeros siglos medievales*. En *Viejos y Nuevos Estudios sobre las Instituciones Medievales españolas*, cit. tomo II, págs. 983-1008.

⁵⁶⁴ García de Valdeavellano, Luis. *El prestimonio*, cit. pág. 18.

⁵⁶⁵ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 19 que recoge escritura de donación de varias iglesias, monasterios, villas y heredades, hecha por el Rey Ordoño I en 857 a la Iglesia de Oviedo, en la que puede leerse: "...est concessum Ecclesiae tuae Oventensi iure haereditario dono, ac perpetua firmitate concedo". Y en pág., 25 se recoge una escritura de donación del Monasterio de Javilla al Abad y monges del Monasterio de Cardaña, otorgada por el Conde Fernán González que señala que "*quod habemus en Xabiella, videlicet Michaeli Archangeli cum domibus, eris, ortis, terris, vineis, molinis, pratis, pascuis, et cum exitus et regressus ab omni integritate, habeatis, teneatis iure hereditario*".

⁵⁶⁶ Marcello Caetano. *História do Direito Português (sécs. XII-XVI)*. Pág. 125. Editorial Verbo. Lisboa, 2000.

Añade Merêa otra acepción del término *atondo*, aplicable al supuesto que se ofrece para casos en que el monarca, o sus representantes por delegación, premia a determinadas personas por la realización de determinados servicios o prestaciones de carácter militar. Son concesiones en mera tenencia, que en el caso de que se pretendiera obtener la prestación del servicio de armas, en la Península Ibérica, son conocidas como *prestamum*, *prestamo*, *prestimonium* o *prestimonio*, así como en el *adtonito* o *atondo*⁵⁶⁷.

Según García de Valdeavellano⁵⁶⁸, con los vocablos *prestamum* o *prestimonio*, tanto en León como en la Castilla Medieval, se designó la cesión o concesión de tierras a terceros reteniendo el señor su dominio eminente, trasladando al concesionario la entrega de la posesión o el usufructo temporal o vitalicio; ello equivale a decir que el *prestimonio* confiere al concesionario un derecho real de posesión y disfrute sobre un dominio ajeno. El paso del concepto del *precarium* visigodo al *prestamum* o *prestamo* de León y Castilla tuvo lugar desde el siglo XI, como señala Sánchez Albornoz⁵⁶⁹, aunque advierte de la perduración del uso de aquél en tierras portuguesas, y de los contornos del *iure precario* nació el *prestimonio*, como un beneficio vasallático practicado en León y Castilla. Ya hemos puesto de relieve que en el Fuero de Castrojeriz, 974, datado del último tercio del siglo X, si el caballero de Castro no tuviere préstamo no tiene obligación de ir en *fonsado*⁵⁷⁰, si no es compensado mediante subsidios ni recibe equipo militar. Ejemplo que igualmente era conocido en el territorio *portucalense*.

También hemos dejado apuntado, al recoger algunos textos forales, que fue práctica habitual que el *prestimonio* fuera revocable, cuando el concesionario del mismo con libertad de movimientos abandonase el lugar, como era el caso del lugar conocido, hoy, como Vega de Doña Olimpa, a que ya hemos hecho referencia. En caso de permanencia en el lugar el disfrute y uso de la tierra era de larga duración, incluso pasaba como *iure hereditario* o transmisible por herencia a través de varias generaciones de familias ocupantes.

⁵⁶⁷ Paulo Merêa. *Sobre a palavra "atondo"*, cit. págs. 113-125.

⁵⁶⁸ García de Valdeavellano, Luis. *El prestimonio*, cit. pág. 20.

⁵⁶⁹ Sánchez Albornoz y Menduiña, Claudio. *El régimen de la tierra en el reino astur-leonés hace mil años*, en *Viejos y nuevos estudios*, Tomo III, págs. 1434 y ss.

⁵⁷⁰ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 38. "Caballero de Castro, qui non tenerit prestamo, non vadat in fonsado...".

La necesidad de poner en explotación la tierra se observa en la concesión de derecho posesorio a quienes mejorasen la tierra y plantasen viñedos, siendo la vida de la explotación de éstos de muy larga duración. Incurre, dicho sea en los más respetuosos términos, en una imprecisión de calificación jurídica García de Valdeavellano⁵⁷¹ cuando afirma que “*el prestimonio se contrapone a la hereditas o heredad, es decir, a lo que se posee en plena propiedad y con derecho a transmitirlo por herencia (iure hereditate)*” remitiéndose al fuero concedido a mediados del siglo XII a los pobladores de Pozuelos de Campos⁵⁷². Contempla el supuesto de que un vecino del citado lugar, plantase *ex novo* un viñedo. Sobre la mitad de dicha nueva plantación, el vecino adquiere dos tipos de derechos reales. En ninguna de ambas mitades, en ningún caso, gana la propiedad, sino en ambas, un derecho posesorio, aunque con título distinto, como veremos. El *prestimonio* no es una institución o concepto histórico-jurídico que se oponga necesariamente al concepto de la *hereditas* o heredad. El primero es el título para la toma de posesión del bien cedida por un dueño basada en una relación señorial de dependencia, mientras que el segundo se refiere a la facultad de su transmisión a título hereditario.

El hecho de que la heredad se pueda transmitir, no implica que el derecho transmisible y en verdad transmitido, sea la propiedad, sino que lo que se puede trasladar mediante transmisión a otro es la posesión, uso o tenencia, junto a la contrapartida que tal régimen posesorio conlleva, pues como dice el texto foral, “*et serviat ei ubicumque fuerit*”, que es tanto como decir, que esté en el futuro donde quiera estar, debe pagar el canon o tributo por el hecho de disfrutar de la posesión o tenencia de esa mitad del viñedo plantado *ex novo*. Dichos derechos posesorios, con la carga correspondiente como contrapartida, pueden ser transmitidos a sus herederos, *iure hereditatis*.

También pueden ser vendidos estos derechos posesorios como cuanto tiene por *prestimonio* a un vecino del lugar el cual se debe hacer cargo de hacer el *foro*, es decir, pagar los *pechos* de ello a su señor. Así se recoge en la *carta inspecturis* que el Rey

⁵⁷¹ García de Valdeavellano, Luis. *El prestimonio*, cit. pág. 32.

⁵⁷² De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la historia de las instituciones de León y Castilla*, cit. págs. 64 y ss. Se trata del Fuero que Martín y Eivira Pérez y Mayor Martínez hacia 1157 conceden a los pobladores de Pozuelo de Campos. El artículo 10 reza lo siguiente: “*Et qui vineam plantaverit de primo, medietatem habeat pro hereditate et serviat ei ubicumque fuerit et aliam medietatem habeat pro prestimonio de sua corte*”.

Alfonso III de Portugal y Conde de Bolonia en 1256⁵⁷³ otorga a los vecinos de Traseyre, Paradela, Gouvyas, Ordonio y Agrocovo sobre las propiedades de realengo con la obligación de satisfacer como canon anual treinta y cinco *modios*, la mitad de pan y la mitad de vino desde el mes de agosto hasta San Miguel en septiembre, concediendo el derecho de tener los vecinos y sus sucesores las heredades a perpetuidad poseyéndolas *iure hereditario*, con la prohibición de venderlas o cambiarlas ni no es a tales hombres que hagan al Rey el pago del citado canon. Se trata de garantizar que el dueño eminente de la tierra siga cobrando sus derechos⁵⁷⁴. No se puede oponer el concepto del derecho a su posesión con derecho a su transmisión, ya mediante su herencia ya mediante su venta a tercero vecino, con el derecho a poseer en plena propiedad. El hecho de que en la Edad Media, en León y Castilla, se desglose el dominio eminente y el dominio útil de un viñedo nuevo, no permite deducir que el dominio útil se convierta en derecho de propiedad, aunque su derecho de posesión o, por decirlo de otro modo, derecho sobre esa posesión, sea transmisible. Así aparece consagrado tal derecho en el Fuero de Penagarcía, otorgado por el Rey citado, Alfonso III, en fecha 1256⁵⁷⁵. Se trata de un derecho a poseer respetando las sucesivas divisiones hechas en tales bienes de forma pacífica.

III. 6. El Concilio de Coyanza.

En el año 1050 se celebró, en la ciudad actual de Valencia de Don Juan, una Asamblea o Concilio. Aunque para las materias de derecho privado, en asuntos que afecten a la propiedad o la posesión no tenga un primordial interés, pues su objetivo no era regular los derechos reales, sin embargo en esta Asamblea celebrada en la *urbe de Goianca*, como aparece designado el lugar de su celebración en el texto portugués, procedente de Coimbra, o en *castro Coianka*, conforme reza la versión que de sus Decretos se recoge en la redacción de Oviedo, aparecen una serie de normas que de alguna manera conviene su encaje en el contexto de la realidad que en la Hispania Alto Medieval se está viviendo. Preside el Concilio, siguiendo la tradición de los Concilios

⁵⁷³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 666 en que puede leerse: “*habeatis vos et omnes successoris vestris supradictas hereditates in perpetuum iure hereditario possidendas*” y añade la prohibición siguiente “*et non vendatis eas nec cambietis nisi talibus hominibus qui mihi de eis faciant supradictum forum*”.

⁵⁷⁴ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la historia*, cit. El artículo 17 dice: “*Et qui voluerit suam cortem vel prestimonium vendere, vendat a vicino qui faciat forum ad suum seniore*”.

⁵⁷⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 667 acogiendo la fórmula jurídica de la donación: “*Do eciam vobis et concedo terminos vestros quos habuistis et possidistis usque modo per illas divisiones per ubi eos habuistis et possedistis in pace*”.

visigodos toledanos, el Rey Don Fernando, conjuntamente con su mujer, la Reina Doña Sancha de León.

La pretensión que late en el espíritu de esta magna Asamblea es la restauración del cristianismo en el reino leonense. Tal es su intención. De ahí que los temas tratados en la misma sugieran una experiencia de interés para el estudio del Derecho Canónico altomedieval. Realidad que no tiene una entidad aislada y carente de interés para el estudio de la Historia y para el engarce del entramado normativo del Derecho, porque no hay que olvidar la gran influencia que la Iglesia, el ejemplo de vida que de sus principios emanaba, pues ello no es algo aislado, marginado y ajeno a la realidad política y social, sino que la Iglesia es el soporte ideológico del Poder y que como tal es parte influyente en dicho Poder y a veces aparece como integrante fundamental en la articulación de ese Poder, en lo que a la población respecta, el gran y único referente de doctrina y de pensamiento. Su influencia era total, fundamental y sin contrarréplica doctrinal posible.

Los Decretos del Concilio de Coyanza han llegado a nosotros a través de varias redacciones. Una, la primera, procedente de una redacción portuguesa, al parecer de las notas tomadas de la mano del presbítero Randulfus. A este personaje le vemos actuando como notario en algún diploma. Deducimos tal afirmación por cuanto al final del texto aparece recogida la referencia de que este decreto hecho fue en concilio del Rey Fernando y su esposa la Reina Doña Sancha, en la ciudad de Coyanza y es objeto de notación y escriturado por el presbítero Randulfus del acisterio de Vacariza para posterior memoria⁵⁷⁶. De este presbítero Randulfus tenemos amplias referencias obtenidas de *Portugaliae Monumenta Histórica, Diplomata et Chartae*, fuente inagotable de noticias; y así en 1043 aparece en diploma relativo a terra portugalense, -páginas 198 y 199-, tal presbítero que con su mano confirma el documento. En otro diploma, fechado a 1045, -páginas 208 y 209-, obrante en el *Livro Preto Sedis conimbricensis*, relativo a un *testamentum* de salinas, es decir, una *donatio* de salinas *prope Leça*, del mismo *Livro Preto* antes citado, acto hecho en territorio portugalense, aparece Randulfus como testigo. Ya en 1046, en el mismo territorio, relacionado en el

⁵⁷⁶ *Portugalia Monumenta Histórica. Leges et Consuetudines*, volumen I. Lisboa, 1856. Kraus Reprint Ltd. Liechtenstein, 1967. Pág. 140 “*Hoc decretum factum fuit in concilio domni Fernandi Regis et sue coniugis domne Sancie in urbe Cogianca, et adduxit inde illud Randulfus presbiter de acisterio vacariza pro memoria posteris*”.

diploma un *pactum venditionis*, nuestro presbítero vuelve a aparecer ahora en función distinta, es decir, como “*notuit*”. También aparece su reseña como notario en dos diplomas, ambos de 1053, páginas, respectivamente, 234 y 236, en el segundo documento anotando un “*placitum vel dimissione*”. De nuevo en sendos diplomas de 1055, páginas 239 a 241 y 242, respectivamente, Randulfo hace la labor de “*notuit*”, versando el segundo de los citados diplomas de una “*agnatio placiti*”. Y también como anotador o Notario, en 1057, página 248, lleva a cabo un *testamentum de peculiare*, del que haremos referencia más adelante. Y en 1063, página 272, vuelve a anotar un *testamentum* de villa custodias. Puede decirse que el presbítero Randulfus llevó a cabo una interesante labor en territorio portugalense a lo largo de dos décadas, pues desde mediados de la década de los sesenta del siglo XI decae su actividad como fedatario.

La segunda versión es reflejada por Muñoz y Romero, que publicó los Decretos del Concilio de Coyanza⁵⁷⁷, a su vez tomados de la España Sagrada.

En tercer lugar aparecen, también publicados, en *Portugaliae Monumenta Histórica, leges et consuetudines*⁵⁷⁸, estos Decretos en dos textos, uno procedente del *Livro Preto de la Sede Conimbricense* y otro, paralelamente, el texto de Muñoz y Romero.

Por otra parte, es digno de ser reseñado el trabajo sobre el Concilio de Coyanza, llevado a cabo por Alfonso García Gallo⁵⁷⁹, quien estudia los referidos Decretos arrancando su análisis de la labor comparativa de los textos del *Livro Preto de Coimbra* y del *Liber Testamentorum* de Oviedo.

En cuanto a la jerarquización eclesial es exigente la obediencia a abades y obispos conforme enseñan los santos cánones, conforme el Decreto II⁵⁸⁰. Y el III establece que todo hombre de la Iglesia esté bajo el *iure* del Obispo, recalcando el anterior Decreto. La violación de estos Decretos conlleva la sanción pecuniaria de LX *solidos*, que era el *Bann regio*, importe de la sanción económica común a toda la Europa Occidental. Contiene el Decreto VII⁵⁸¹, siempre según el tenor del Oventense, diversas normas

⁵⁷⁷ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros y Cartas Pueblas*, cit. págs. 208 y ss.

⁵⁷⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. págs. 137 y ss.

⁵⁷⁹ García Gallo y de Diego, Alfonso. *El Concilio de Coyanza. Contribución al estudio del Derecho canónico español de la Alta Edad Media*. AHDE, págs. 275-633. Madrid. 1950,

⁵⁸⁰ García Gallo y de Diego, Alfonso. *El concilio de Coyanza*, cit. pág. 291, señala en este precepto relativo a la obediencia, siguiendo la redacción ovetense: “*et ipsi abbates et abbatisse cum suis congregationibus et cenobis sint obedientes, et per omnia subditi suis episcopis*”.

⁵⁸¹ García Gallo y de Diego, Alfonso. *El concilio de Coyanza*, cit. pág. 298. El Decreto VII conforme la redacción oventense dice: “*septimo quoque titulo admonemus, ut omnes comites seu maiorini regales, populum sibi subditum per iustitia regant, pauperes iniuste non opprimant*”. “*In iudicio*

imperativas dirigidas a manera de mandato a condes y *maiorinos* regios que rijan con justicia a sus súbditos y que a los pobres no opriman injustamente. Añade dicho Decreto VII la exigencia de que en los juicios, en cuanto a las pruebas de los testigos, no se admitirán los testimonios de referencia, es decir, es necesario que los testigos sean presenciales de los hechos dirimidos y la perentoria necesidad personal de ver y oír. Y añade además una referencia interesante en materia de falso testimonio relativo a los testigos convictos de falso testimonio, los cuales recibirán el castigo que está constituido en el *Liber Iudicum*. Resulta evidente la aplicación, como derecho vigente, del *Liber Iudiciorum*⁵⁸².

En el Decreto IX⁵⁸³ se hace una referencia a la imprescriptibilidad de los bienes de la Iglesia. Establece que la prescripción de treinta años no afecta a los bienes eclesiales, basándose para ello tanto en la legislación canónica como en la *Lex gotica*. La Iglesia puede recuperar en todo tiempo sus heredades, y poseerlas. La redacción ovetense al referirse a estas propiedades las denomina “*veritates*” mientras que la versión portuguesa las llama “*hereditates*”.

El Decreto X⁵⁸⁴ contiene una disposición que afecta a la propiedad y a la posesión de tierras y viñas, con especial mención respecto de los derechos a recoger frutos y cosechas. Contempla este Decreto dos tipos de juicio sobre esta cuestión. En principio y con carácter provisional el litigio debe versar sobre el derecho a las cosechas, producto de un trabajo realizado en viñas y tierras. Se sienta el principio general del derecho de que quien cultivó y trabajó la viña y la tierra tiene derecho prioritario a cosechar, sin ser molestado en absoluto por quien alegare derecho de propiedad sobre los inmuebles.

testimonium, nisi illorum presentium, qui viderunt et audierunt, non accipiant”. *Quod si testes falsi convicti fuerint, illum supplicium accipiant, quod in Libro iudicium de falsis testibus est constitutum*”. En la redacción portuguesa la referencia al *Libro iudicium* es prácticamente la misma, lo que muestra que en el territorio portugués al menos mientras formó parte del reino de León, estaba plenamente en vigor.

⁵⁸² *Liber Iudiciorum*, 2, 4, 6: “*De his qui falsum testimonium dicunt*”, “*...si maioris loci persona est, det illi de propria facultate sua contra quem falsum testimonium dixerat, tantum quantum per testimonium eius perdere debuit, et testificare ultra non noverit. Quod si minoris loci persona est, et non habuerit unde componat, ipse tradatur in potestate illi, contra quem falsum testimonium dixerat, serviturus*”.

⁵⁸³ García Gallo y de Diego, Alfonso. *El concilio de Coyanza*, cit. pág. 299: “*Nono quoque titulo precipimus, ut tricennium non includat ecclesiasticas veritates; sed unaqueque ecclesia, sicut canones precipiunt, et Lex gotica mandat, imni tempore suas veritates recuperet et possideat*”. Así reza la versión ovetense.

⁵⁸⁴ García Gallo y de Diego, Alfonso. *El concilio de Coyanza*, cit. pág. 300. “*decimo vero titulo decrevimus, ut ille qui laboravit vineas aut terras in conptione positas, colligat fruges; et postea habent iudicium super radicem, et si victus fuerit laborator, reddat fruges domino hereditatis*”.

Como se ha señalado, en el Derecho Medieval Hispánico se da prioridad a la necesidad de hacer producir la tierra y en su consecuencia se busca la protección de su presunto derecho respecto de los frutos y la cosecha. Se ha tratado de vincular esta solución jurídica a pretendidas influencias del Derecho Germánico. No obstante, en el derecho contenido en numerosos fueros, como veremos, se sigue este principio, de lo que cabe deducir que estamos ante un derecho consuetudinario común al territorio hispánico, no distinto al derivado del germánico, lo que nos permite llegar a la conclusión de la presencia de un derecho europeo común, impulsado por la realidad económica y social. Intereses que defienden los poderes tanto eclesiales como el Rey, pues expresamente lo declaran en los Decretos del Concilio de Coyanza. No obstante cuanto se acaba de decir, y aun no perdiendo de vista el derecho de quien laboró viñas y tierra, a hacer suyas las cosechas, resulta evidente que el *iudex* debe valorar las circunstancias de cada caso conforme el principio de la buena fe. Buena fe que se aprecia en que, desde el entendimiento de que la tierra y viña carecían de *dominus*, con tales requisitos previos, éstas fueron cultivadas; buena fe que tiene el cultivador si el *dominus* no se opuso a tal cultivo; y mala fe que se valorará imputable al *dominus* si, a ciencia y paciencia, vio trabajar la heredad y ello consintió sin oponerse a tal intromisión, y posteriormente pretende lucrarse de un trabajo ajeno.

Una variante en el tenor literal de los Decretos contiene la redacción ovetense que añade un Decreto XIV que señala la confirmación de todos los fueros de los habitantes en León que otorgara el Rey Alfonso, padre de la reina Doña Sancha, que es la mujer del Rey Don Fernando.

III. 7. Nueva realidad política en la Península Ibérica.

La digresión sobre los *Leudes* del *Liber Iudiciorum*, esos enigmáticos personajes godos, y sobre los *iuniores* del Fuero Leonés, posibles continuadores de aquéllos en el ejercicio de la acción militar al servicio del Rey o señor, recogida por vía de la obligación de acudir al Rey en las campañas militares según la costumbre, así como respecto de los *miles*, militares medievales liberados del pago de impuestos, dedicados a la actividad bélica en el contexto histórico de una sociedad en estado de guerra permanente, sirva para apuntalar la idea del eslabón entre el Derecho Visigodo, como continuador, en buena medida, del Derecho Romano Vulgar, y el Derecho Hispánico Medieval. Es cierto que la sociedad, en cada una de estas etapas históricas, que

propician el desarrollo de legislaciones aparentemente distintas, ya no es la misma realidad social. Tan cierto ello es como el hecho de que en todos los distintos ámbitos de una sociedad, incluido el jurídico, no suceden saltos en el vacío.

Una realidad que no se puede olvidar es que 711 significa una fecha histórica en que se produce el primer desembarco de un desconocido personaje extranjero en la Península Ibérica. Una década más tarde tiene lugar la escaramuza de Covadonga, hecho magnificado y engrandecido por el romanticismo de la mitología nacional, generando un embrión de la resistencia astur frente al invasor; y sobre todo desde 750, por decisión de Alfonso I con indudable repercusión histórica para el futuro⁵⁸⁵, el valle del Duero se convierte en un desierto desorganizado políticamente, carente de control permanente, sometido a anuales incursiones devastadoras. Aventura Sanchez Albornoz que con anterioridad a la intervención de Alfonso I, el *Conventus Asturicense*⁵⁸⁶ solamente tenía una densidad de población de seis habitantes por km², atribuyendo la devastación al paso por la Meseta de suevos, vándalos, alanos y francos. Sin omitir el hecho de que Tarik, tras destruir Amaya, devastó los Campos Góticos llegando hasta Astorga. Y en 713 Muza recorrió el Valle del Duero hasta Lugo, desde luego en actitud poco amistosa.

La oscuridad histórica de estas cuatro décadas impide saber con plena seguridad de qué manera se reorganiza una nueva configuración política en la Península, pero los convulsos entresijos que circulan en este espacio temporal de casi medio siglo, ofrecen un panorama que modifica sustancialmente la realidad peninsular. Está dividida en dos mundos diametralmente opuestos y enfrentados, con una desigualdad potencial que sufre la incipiente monarquía cristiana y que favorece a Córdoba, por señalar una capitalidad significativa.

Ambas sociedades humanas se inspiran en dos credos religiosos que dan cohesión interna a cada una de ellas, pero las hacen completamente diferentes y hostilmente

⁵⁸⁵ Sánchez Albornoz y Menduñá, Claudio. *Despoblación y repoblación del Valle del Duero*. Instituciones de Historia de España. Buenos Aires, 1966. En pág. 125 reproduce lo siguiente de la Crónica Albendense sobre Alfonso I: “*Urbes quoque Legionem atque Asturicam ab inimicis possessas victor invasit. Campos quos dicent Goticos usque ad flumen Doriurn eremavit et xristianorum regnum extendit*”, y sobre Alfonso III puede leerse: “*Adefonsus...cum fratre Froilane sepius exercitu mobens civitates bellando cepit. Id est Lucum, Tudem, Portugalem, Anegiam, Bracaram metropolitanam, Viseo, Flavias, Letesma, Salamantica, Numantia qui nunc vocatur Zamora, Abela, Astorica, Legionem, Septemmanca, Saldania, Amaja...Seu castris cum uillis et uiculis sius. Omnes quoque arabes gaudio interficiens, xpistianos autem secum ad patriam ducens*”.

⁵⁸⁶ Sánchez Albornoz y Menduñá, Claudio. *Despoblación y repoblación*, cit. pág. 139, en nota 3.

enfrentadas. Y ambas sociedades políticas se rigen por sistemas jurídicos también distintos. Es el ancho valle del Duero un campo de batalla en que se confundirá espíritu bélico de recuperación territorial y la necesaria expansión repobladora⁵⁸⁷, arrancando de las montañas del norte, avanzando en la medida de sus posibilidades humanas hacia el sur. Los reyes leoneses propician con su legislación esta acción repobladora⁵⁸⁸. Como resultante social, la Iglesia creará monasterios e iglesias, o recibirá basílicas levantadas por particulares que fueron edificadas bajo el impulso religioso de la piedad; y los particulares iniciarán la recuperación de las tierras, convirtiéndolo en zonas de cultivo lo que antes eran tierras *heremas* o yermas, mediante la *presura* o la *aprisio*.

La *presura*⁵⁸⁹ es la institución jurídico-social que trata de resolver la caótica situación de subsistencia que se vive y que servirá para fundamentar sobre la tierra inculta, vacía y yerma, la aparición de unos derechos sobre la tierra. Por otra parte, se trata de poner una barrera defensiva para consolidar unos territorios ante cualquier eventual incursión del enemigo invasor. Barrera que supone la interposición de un grupo familiar o de vecinos para defender las tierras ocupadas; y la disposición de unas torres vigía de vigilancia o de castros reforzados en altura con una finalidad de carácter defensivo, aunque es notorio que el Fuero de Brañosera⁵⁹⁰ exime a los nominados repobladores del pago de *anupda*, así como del deber de *vigilias de castellos*, y de pagar el *tributo* aunque en cuanto a la *infurción* paguen al Conde cuanto pudieren. Se imponía sobre la actividad defensiva, la necesidad expansiva de la repoblación.

La población foramontana vive en un contexto político bajo la constante amenaza de la guerra, pues con periodicidad anual recibe la visita veraniega devastadora de unas tropas venidas del sur, quienes a su vez con inquietud observan la expansión de los intrusos que salen de los riscos montañosos. La existencia de numerosos contingentes humanos cristianos, los *presores*, personas libres con iniciativa privada, es otro dato a

⁵⁸⁷ Fuero de León, Ley XXI: “*Constituimus etiam ut Legionensis civitas, que depopulata fuit a Sarracenis in diebus patri mei Veremundus regis, repopuletur per hos foros sub scriptis, et nunquam violenter isti fori in perpetuum. Mandamus igitur ut nullus iunior, cuparius, alvendarius, adveniens Legionem ad morandum, non inde extrahatur*”. Y respecto de los siervos que repueblen León, la Ley XXII añade que “*Item precipimus ut servus incognitus, similiter inde non extrahatur, nec alicui detur*”.

⁵⁸⁸ Menéndez Pidal, Ramón. *Repoblación y Tradición en la Cuenca del Duero*, págs. XXIX-LVII, Madrid, 1959. Discrepa de la tesis sostenida por Sánchez Albornoz, señalando que “*poblar*” no es repoblar sino dotar de organización político-administrativa a una escasa población carente de organización, por breve y fugaz que la dominación musulmana hubiere sido. Fundamenta su tesis en que dos o tres siglos más tarde se conserven los nombres prerromanos o romanos, superada la oscuridad.

⁵⁸⁹ De la Concha Martínez, Ignacio. *La presura*. AHDE, pág. 383. Madrid, 1943.

⁵⁹⁰ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros Municipales*, cit. pág. 17.

tener en cuenta, pues esta libertad de acción es una barrera humana, que goza de libertad, para la implantación del sistema feudal. Sin embargo, su propia debilidad, en términos de poder, hace que tengan que recurrir al poder regio para que sea reconocido su derecho a cultivar “sus” tierras. Y el Rey, ya por sí o mediante sus delegados en la acción de gobierno, mediante documentos emitidos de reconocimiento⁵⁹¹ de una realidad, viene admitiendo una situación que es notoria.

Mucho se ha escrito sobre el hecho de que la Península Ibérica no vivió la realidad social del régimen feudal. En los textos medievales hispánicos no se emplea la palabra feudo, como especial forma de acceder a la tenencia la tierra; solamente en Las Partidas, con copiosas referencias, sin que aparezca en la restante obra de Alfonso X. En tierras del noroeste se produjo el caso de que por concesión del prelado de Santiago, el Obispo de Braga disfrutaba de ciertos bienes que pertenecían a Santiago. Para indicar que se trataba de una situación de usufructo revocable a voluntad del concedente, se expresa esta concesión con el vocablo feudo; en el acta de fecha 1109, el Obispo de Braga aceptó el usufructo en préstamo o *feudo*, estando condicionada la concesión a su devolución tan pronto la Iglesia de Santiago deseara volver a recuperarlas⁵⁹². Estimo que, en este caso, el empleo del término feudo carece del sentido de dominio feudal, ya que encaja mejor como una concesión de privilegio basada en el *prestimonio*. En el territorio de León y de Castilla, el titular del señorío asume funciones militares, fiscales así como de justicia. Si el señorío ha sido recibido del Rey *ex iure et hereditate*, como *coto*⁵⁹³, en dicho señorío los hombres de la justicia del Rey no puede intervenir, pues la Justicia, como función de estabilización de la paz social, ha sido asumida por el titular del Señorío, quien la ejercerá en el ámbito del territorio de su dominio.

⁵⁹¹ De la Concha Martínez, Ignacio. *La presura*, cit. pág. 416, nota 109, recoge un documento de la *Portugaliae Monumenta Histórica*, de fecha 870 durante el reinado de Alfonso III, que reza así: “*Contestamus ad ipsa ecclesia illa hereditate per suis terminis que habuimus de presuria quo preserunt nostros priores cum cornu et cum aluende de rege...*”. La validez de esta *presura* viene dada por contar con la anuencia regia.

⁵⁹² Henrique da Gama Barros. *História da Administração Pública em Portugal*, cit., Tomo I, de la 2ª edición, págs. 330-331. El texto reza así: “*Quippe Archiepiscopus (Bracharensis) S. Jacobi Canonicus erat, et ab eodem Episcopo (Didaco Gelmires) commoda atque prestamina recipiebat, videlicet medium Bracharae et medium Cornelianae cum appenditiis suis, quod est de regali jure et ad S. Jacobi Episcopum pertinet. Quod vero Canonorum S. Jacobi est, Archiepiscopo minime commisum est. Eau tique Ecclesiae B. Jacobi venerabilis Episcopus summae dilectionis gratia compunctus, Bracarensi Archiepiscopo, scilicet ipsius venerabili personae, non tamen Ecclesiae eius, ad tempus pro feudo commiserat, quea quando vellet reacciperet, et sua ad redire faceret*”.

⁵⁹³ Paulo Merêa. *Em torno da palavra couto*, en *Estudos de História do Direito, I, Direito Português*, págs. 63 y ss. IN-CM. Lisboa, 2007.

Es conocida la influencia del poder regio y las amplias facultades de que disponen para conceder derechos, inmunidades y privilegios. Así, con motivo de una visita que en torno a 1063⁵⁹⁴, el Rey de León llevó a cabo a Compostela confirmó a favor de la Iglesia de Santiago cuantos derechos hubiere recibido por escrituras y testamentos de reyes y de otros en tierra portuguesa, así como las diversas *mandationes* del Rey con la finalidad de repoblar y habitar, en el término de Braga, las villas Corneliana. El Rey Don Fernando y la Reina Doña Sancha hacen escritura de testamento a favor del Obispo Cresconio, clérigos y señores de la Sede de Santiago Apóstol, añadiendo que su cuerpo descansa en Galicia, en la sede compostelana, confirmando que cuantos de las tierras de mandamientos regios y de su realengo fueren a habitar la tierra de Compostela, sean hombres de Santiago y le sirvan como hombres de dicha Sede, prohibiendo expresamente que la justicia regia se entrometa; y que en vida de los Reyes y después de su muerte nadie inquiete los términos y *cotos* de las villas compostelanas, sino que *de forma pacífica obtengáis y hagáis justicia* –ordena el Rey- *a perpetuidad*. La referencia a la perpetuidad era una nota característica del *dominium*. Se trata de un documento que tiende a dar grandeza y prestancia señorial a la Sede compostelana, pues trata de crear lazos de dependencia de la tierra en que se ubica la sede episcopal Iriense con respecto a Santiago. Concede la condición de aforados de Santiago a cuantos hombres se trasladen a vivir a las villas de dicha Sede. Aunque nada se diga de forma expresa reconoce a los clérigos de dicha Sede la condición de Señores. Concede a la Sede Compostelana el *coto* o privilegio de la Justicia y a los *maiorinos* de Santiago la facultad de su ejercicio, excluyendo de dicho territorios a los hombres de la justicia del Rey.

Conserva el Rey en su Señorío el resorte de la apelación o suplicación ante la Curia o Corte regia, donde el Rey en Majestad revisa los casos de Justicia. El Rey reserva para sí la función de la Justicia Mayor o mayoría de justicia⁵⁹⁵, siendo la justicia del titular

⁵⁹⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 273 y sig. “*Ego Fredenandus dei gratia Legionensis Rex pariter cum coniunge mea Regina domna Sancia et filiis meis vobis domno Cresconio episcopo et clericis vel senioribus vestre Sedis ob honorem nostri patroni sancti oobi apostoli cuius corpus requiescit in gallegia in urbe compostella...hanc scripturam confirmationis facemus ut omnes qui de nostris mandamentis et realengo in illas villas vel ecclesias vel monasteria ingressi fuerint ad habitandum confirmamus eois post partem sancti Jacobi apostoli et vestram ut serviant vobis sicut alii vestri homines per vestros maiorinos...*” añadiendo más adelante “*neque inquietet terminos et cautos vestrum villarum sed pacifice obtineatis et iurificetis vos et omnes successores vestri in perpetuum*”.

⁵⁹⁵ Morán Martín, Remedios. *Sobre la potestad normativa, petición y merced*, en *Orígenes de la Monarquía Hispánica: propaganda y legitimación*. José Manuel Nieto Soria (Director), págs. 207 y ss. Dykinson. Madrid, 1999.

del señorío concedido por delegación regia, una justicia menor conferida por el Rey *ex iure et hereditate*.

La función real sobre la justicia con el paso del tiempo, en la medida que se va consolidando el poder regio, se verá incrementada con la facultad real de mejorar y modificar las leyes, incorporando a su acervo de poder político y militar la capacidad de legislar, es decir, la función legislativa. Para el ejercicio de la justicia el monarca se rodea en su Curia de una incipiente burocracia en la que empiezan a tener cabida el canciller al frente de la cancillería, que controla el sello real y archiva los documentos. Son expertos en derecho, *sabidores* del derecho, quienes aconsejan al Rey para la llevanza de la justicia y la aplicación de las leyes. Es el embrión de lo que más tarde llegará a ser la columna vertebral del poder ejecutivo, el gobierno de la monarquía. La monarquía burocrática es un paso intermedio necesario entre la monarquía feudal y la monarquía moderna.

La acción repobladora, simultánea a la recuperación territorial de la Hispania perdida, necesita de un soporte económico necesario para la subsistencia de las personas que se aventuran en un entorno territorial hostil. La agricultura y la ganadería son la ocupación económica de la actividad de esta sociedad. La vigilancia permanente del entorno viene impuesta por el servicio de *castillería*, vigías sitios en lugares preeminentes. En momentos adversos es obligatorio que la población acuda a la llamada del *apellido*, que es una guerra defensiva, organizada personalmente por el Rey, que la dirige, o a través de sus Condes o los Merinos. Ante situaciones de agresiones bélicas, el ganado se puede transportar para protegerlo en caso de hostilidad, pero las cosechas son arrasadas. Agresiones bélicas desde mediados del siglo X, a cargo de Abd Al-Rahman III, así como otras cincuenta y seis expediciones dirigidas por el caudillo Al-Mansur, muerto en 1002, de devastadoras consecuencias⁵⁹⁶.

La sociedad medieval es una sociedad agraria, cerrada en sí misma, con una economía casi de subsistencia. Está limitada a un entorno geográfico, carente de caminos seguros y de fácil acceso, que faciliten los intercambios comerciales. El comercio es apenas visible, salvo en las ferias anuales y los mercados, generalmente semanales, que se celebran en las *civitates* o ciudades con sede episcopal. Se circunscribe la actividad mercantil a pequeños intercambios de bienes propicios para

⁵⁹⁶ Martínez Díez, Gonzalo. *El Condado de Castilla (711-1038)*, I, pág. 317 y ss; y II, págs. 483 y ss. Valladolid, 2018.

una alimentación siempre deficiente, pues sobre la masa social aletea el peligro de la hambruna. Son trueques, pues la moneda es rara y de difícil acceso. Aunque subsiste el *solidus*, recuerdo de un pasado que no existe, es una moneda que ha dejado de serlo para convertirse en una unidad de cuenta.

En la Alta Edad Media existe un régimen económico de economía natural con un claro predominio sobre la economía monetaria. En la primera se intercambian las cosas entre sí por cuanto el dinero amonedado escasea⁵⁹⁷. En los territorios de León y Castilla, con una economía básicamente agraria, subsistió con los mecanismos económicos propios de una economía natural. La gran propiedad territorial se consolidó solamente a partir del siglo XI. Hasta ese siglo proliferaron las pequeñas propiedades y sus excedentes de la producción agraria eran llevados a los mercados y a las ferias que se celebraban periódicamente y en lugares próximos a los puntos de producción. Las ferias o eventos comerciales que atraían artículos procedentes de largas distancias, tuvieron un auge posterior. Los metales preciosos son extraídos de la circulación y objeto de atesoramiento por personas o colectividades cuyas rentas exceden y superan las de grupos de personas cuya preocupación cotidiana es la mera subsistencia, siempre con la constante amenaza de sufrir la hambruna. Las dificultades de comunicación y la dispersión de la población, unida a la levedad de un poder político, van creando una sociedad cerrada en sí misma, protegida por un muro o recinto amurallado. Se constituye una sociedad local localizada en un entorno geográfico concreto, que ofrece la perentoria seguridad personal a sus habitantes, ante agresiones exteriores. La aparición de los mercados facilitaba que los productos excedentarios del alfoz tuvieran fácil acceso al mercado local. El aislamiento económico no impidió el comercio esforzado de mercaderes judíos rotando valiosos objetos desde Bizancio y la España musulmana⁵⁹⁸ al mercado legionense.

Sobre esta realidad social se superpone un poder político. La fragmentación del poder se transmite y prolonga a lo largo del territorio. El hecho de que sea el Rey quien ordena y dirige la acción bélica ofensiva, el *fonsado*, convocando a las huestes de sus condes y nobles, le sitúa en una posición de privilegio. En la Edad Media, en la antigua

⁵⁹⁷ García de Valdeavellano, Luis. *Economía natural y monetaria en León y Castilla durante los siglos IX, X, y XI*. Revista Moneda y Crédito nº 10, págs. 28-33. Madrid, 1944.

⁵⁹⁸ Sánchez Albornoz y Menduina, Claudio. *Una ciudad de la España cristiana de hace mil años. Estampas de la vida en León*, pág. 32. Rialp. Madrid, 1966.

Hispania, con un enemigo común a batir y muchas tierras que repoblar, la guerra es un buen negocio, pues hay cuantioso botín a repartir por ambos bandos. Y a ese poder real, que se ve fortalecido por los beneficios que derivan de la acción bélica, acuden todos. La nobleza y la Iglesia para recibir tierras que proporcionan rentas; y los habitantes de las villas y ciudades para el otorgamiento y confirmación de sus fueros, que no es otra cosa que su derecho consuetudinario. Fueros que acogen privilegios.

Es la sociedad hispana todo un conglomerado de intereses, llámense feudales o señoriales. Confusión de feudo y señorío que puede apreciarse en un documento de 1251⁵⁹⁹ en el que el Obispo y el Cabildo de Lugo ceden a un caballero una fortaleza para su custodia y defensa, con carácter vitalicio. La cesión de la fortaleza de Sirvián comprende su coto, su término jurisdiccional y la heredad. Sobre la expresión que hemos adoptado de “*término jurisdiccional*” en el documento se dice “*caritello*”⁶⁰⁰. La concesión o cesión es por toda la vida del caballero –*miles*- y en ella dispondrá de una dotación de hombres que a su entrada en la torre harán “*homenaje*” o formal promesa, de que, al fallecer el caballero, devolverán la torre a la Iglesia de Lugo. Es del máximo interés destacar que la Iglesia lucense retiene para sí el dominio –*sibi dominium retinens*- de cuyo tenor se deduce sin duda alguna que lo que se cede es la posesión de la torre, a cambio de una serie de contraprestaciones de índole militar. La exigencia de prestar el *miles* y sus hombres *homagium* -homenaje- estimo que carece del sentido medieval que el término conlleva, y que en realidad debe ser entendido como una promesa formal y reforzada de la obligación de devolver la torre.

Quizá en casos como el presente analizado, no estemos ante un supuesto de enfeudación, como se ha señalado, sino más bien ante una promesa personal de grupo de personas, formal y reforzada, que puede ser incluida dentro del esquema de la

⁵⁹⁹ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la Historia*, cit. págs. 157-158. Dicho documento en lo más interesante reza así: “...*quod dominus M. episcopus Lucensis et eiusdem capitulum dant et concedunt domino Petro Arie de Parrega turrem de Sirvian, que est in cauto Lucensi, cum suo cauto et caritello et hereditate et omnibus aliis pertinentiis et directuris suis..., in tota vita ipsius militis, ...et pro ea tenendam et possidendam in pace; de qua turre idem miles debet et promittit in tota vita sua fideliter guerram et pacem facere pro Lucensi Ecclesia et pro episcopo qui pro tempore fuerit in eadem; et debet talem vel tales homines tenere et habere turre quis prius faciant homagium, quod in morte et post mortem eius, ipsam turrem libere et sine aliqua contradictione Ecclesiae Lucensi restituant cum omni populatione et omnibus rebus que ad eius obitum ibi erunt...Et sciendum, quod Ecclesia Lucensis, sibi dominum retinens...eo vero defuncto, ipsius turris possessio debet ad Lucensem devolvi Ecclesiam possidenda in pace”.*

⁶⁰⁰ Paulo Merêa. *Sobre a palavra “caritel”*. Fue revisado el texto en 1937. *Estudos de História do Direito, I, Direito Português*. Págs. 191 y ss. IN-CM. Lisboa, 2007. El autor se inclina por considerar *caritel* como signo o señal de autoridad en actos judiciales.

investidura, lo cual se corresponde con las exigencias comunes para la *wadiatio* del derecho germánico⁶⁰¹. Estaríamos ante una fianza del cumplimiento, una *fidancia iuramenti*, bajo el ropaje o apariencia formal de un *homagio*. Son casos de confusión entre el mundo ideológico feudal y las relaciones de señorío, no siempre fáciles de distinguir.

No se puede omitir la idea de que estas relaciones de señorío lleven en sí el sello de lo feudal. Es posible entrever una influencia franca llegada a través del Camino Francés o de Santiago, ideas aportadas al suelo hispánico por contingentes personales venidos de la Galia, así como el hecho de que el elemento clerical franco arraigó en los Obispos y Monasterios hispánicos. No es sorprendente que los Obispos exigieran el homenaje en sus Señoríos, como sucede en Palencia. Alfonso X vuelve a recordar al Concejo de la Ciudad la obligación de prestarlo al Obispo cuando tomase posesión de la ciudad⁶⁰².

Sistema feudal o régimen señorial, ambas tienen su raíz en una relación personal, *intuitu personae*, entre el Rey o el titular del Señorío y los habitantes de una localidad, o destinatarios o depositarios de derechos reales sobre la tierra, recibidos mediante préstamo o *prestimonio*. También existe la posibilidad de dominio de la tierra ganada o conquistada mediante *presura* y durante un año y día realizado el cultivo de la misma. Estos derechos necesitan ser confirmados por cada nuevo monarca, pues es una relación directa entre el titular del poder y sus súbditos. Si no fuere confirmada, incluso correrían el riesgo de perderse o ser tomados a la fuerza por un personaje poderoso, cuando no directamente incautados por el propio Rey. Y señorial, por cuanto es el Rey quien concede y dona tierras a señores, ya civiles ya eclesiásticos. También hay un amplio territorio de *realengo*, es decir, inmerso en el inmenso patrimonio del Rey, donde la acción del monarca es personal y directa; en el mismo se aprecia una mayor libertad de los súbditos, por la razón de que en el señorío la presencia de un señor vigilante celoso de sus privilegios es muy próxima y en el realengo no lo es tanto por las múltiples funciones del Rey, sus constantes viajes y desplazamientos, al carecer en ese momento

⁶⁰¹ Ernesto Mayer. *El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales*. Analecta Editorial. Pamplona, 2006.

⁶⁰² Alonso Fernández de Madrid, Arcediano del Alcor. *Silva Palentina*. Pág. 181. Diputación Provincial. Palencia, 1976. En la edición que preparó Jesús San Martín Payo, por nota 6, refiere San Martín que no ha encontrado en el archivo el privilegio, que ha desaparecido, aunque el Arcediano dice que está guardado en un pergamino.

de una sede fija o capital, y su preocupación por la consolidación de su poder y la extensión de sus dominios por la acción bélica.

No obstante cuanto se ha dicho sobre la influencia del *Liber Iudiciorum* en la Hispania Medieval, en los tiempos en que se inicia el proceso de la Reconquista, ante la dificultad de ir a León en búsqueda de la Justicia, el pueblo de las montañas burgalesas se vio precisado a nombrar jueces. Contribuyó a ello, que no significaba rebelión contra el reino leonés, la aducida carencia de ejemplares del *Liber*, así como que su extenso contenido excedía de lo que se necesitaba en la vida real, más preocupada de la supervivencia diaria que del delirio de aplicar leyes antiguas que decían no entender. Sin embargo, conforme la autorizada opinión de Martínez Díez⁶⁰³, no hubo discrepancia entre Ramiro I, Rey de León y Fernán González, Conde de Castilla, excepto lo sucedido entre febrero y mayo de 944, que llevó al conde castellano a prisión hasta su reposición en la primavera de 945. No cabe presuponer veleidades independentistas castellanas, de lo que puede deducirse un fondo de leyenda. Fray Justo Pérez de Urbél⁶⁰⁴ no presenta este hecho como un acto de rebeldía al poder regio, pero de la lejanía de Oviedo no se podía esperar una justicia rápida ni una protección en los caminos. En todo caso, en el fondo, aunque pudiera existir cierto rechazo judicial, la pretensión castellana hubiera sido batalla perdida, pues era un reto popular al Poder, y los vientos de la Historia soplaban en otro sentido.

III. 8. La Propiedad en la Alta Edad Media.

En la Edad Media se vive una difuminación del concepto de la propiedad según la caracterización romana clásica de esta institución jurídica. En la Francia medieval se distinguen los bienes *propria* y los *tenures*. Encuadra Ellul⁶⁰⁵ los denominados bienes *propria* en los que tienen su origen en las tierras originarias de Romanos o Germanos, que se transmiten por sucesión hereditaria familiar, y que pueden ser vendidos, y son susceptibles de ser cultivados. Además de estos bienes, hay otros que son de adquisición nueva, en régimen de plena propiedad.

En cuanto respecta a la España visigoda, al lado de las pequeñas propiedades, como pueden definirse los *alodios*, existían otros mecanismos jurídicos de acceso a la tenencia

⁶⁰³ Martínez Díez, Gonzalo. *El Condado de Castilla (711-1038)*, I, cit.

⁶⁰⁴ Fray Justo Pérez de Urbél. *El Condado de Castilla, Tomo I*, pág. 129. Madrid, 1969.

⁶⁰⁵ Jacques Ellul. *Histoire des institutions. Le Moyen Age*, pág. 75. Presses Universitaires de France. Paris, 1962.

de la tierra de propiedad ajena. A su lado se desarrolló todo un sistema de tenencia de derechos reales que tienen su origen en la *precaria* y en el *beneficium*, en cuya virtud el *dominus* concede a un tercero toda suerte de derechos de uso, de cultivo, de disfrute, es decir, derechos reales de alcance y contenido limitado, que se ha caracterizado como un dominio útil, utilidad de un bien con una evidente finalidad de obtención de beneficio económico, reservándose el concedente el dominio eminente, conceptualizado este dominio directo o eminente como un poder sobre el fundo de entidad superior a los otros poderes de naturaleza limitada y concreta. Puede afirmarse que la idea o concepto de los derechos reales medievales tienen su origen y afianzamiento en las ideas de un sistema feudal que, basado en relaciones personales, ha ocupado el vacío social como consecuencia del colapso político del sistema de poder que cohesionaba el Imperio Romano.

Este Poder nuevo ha sido parcelado por una diversidad de poderes interpuestos mediante delegación del Rey, poderes que ejercen las antiguas funciones de lo público, como es la militar, fiscal y justicia, como algo propio del señorío cuya gobernanza le ha sido encomendada, una función o competencia derivada por una concesión, o cesión del Rey, o asunción sobreentendida y asumida directamente, sin más necesidad de justificación, como función propia.

La diferencia que existe entre la Península Ibérica y otros territorios de la Europa Occidental continental, es la figura del Rey hispánico, que toma sobre sí el trabajo de reorganizar políticamente unos extensos territorios en constante expansión, en la medida que la fuerza de sus huestes y la debilidad del ejército contrario lo permiten. La figura de estos Reyes peninsulares, que encabezan lo que más adelante serán las Monarquías Hispánicas, ha heredado la privilegiada situación de poder de los Reyes Visigodos, que presidían los Concilios, en los que la Iglesia elaboraba doctrina que enseñaba que el poder regio le viene de Dios. No se trata de un Estado Teocrático, por más que el poder de la Iglesia fuera reconocido en el ámbito de la fe, así como en el ámbito del concurso doctrinal de destacados Obispos que participaban activamente en los Concilios. El Monarca dirige la guerra, y mediante la institución del *fonsado* la impone la obligación de acudir a su llamamiento a toda la sociedad. La correlación de fuerzas, o debilidades, con el poder musulmán, forja una larga etapa que durará ocho siglos.

Sobre estos amplios territorios, tomados al asalto, asume el Rey un derecho indiscutido de Soberanía. El derecho soberano, de índole política, se impregna y diluye en tales territorios, patrimonializándoles, con lo que se confunde con la propiedad, que el Monarca toma como suya propia. Soberanía regia es sinónimo de Propiedad absoluta. Cuando aquélla es ejercida por los nobles o señores, lo es por concesión, cesión, delegación o encargo, en nombre del Rey, que se reserva la última palabra en materia de justicia, acariciando la idea de arrebatar a la sociedad el supremo derecho a mejorar las leyes, dictando otras nuevas. Deseo que se alberga en la ambición de poder regio, aunque para llegar a tal meta faltan aun bastantes siglos. La debilidad regia, porque en realidad carece de unos mecanismos aptos para la gobernabilidad, le obliga a delegar parte de su poder sobre el pueblo, en sus Condes, nobles, Ricos-hombres, Abades y Obispos. Son personas fieles al Rey, que recuerdan en el pasado a los *fideles* visigodos, personajes encumbrados en las instituciones de la Nobleza y de la Iglesia que integraban su Comitiva Regia. La Curia, ubicada en la Casa del Rey, es el lugar donde se adoptan las decisiones de gobierno y se administra justicia. Como indica Rafael Gibert⁶⁰⁶, la asunción de la función judicial por el Rey en el territorio catalán es muy posterior al resto de los territorios hispánicos. Así en 1299 el Rey Jaime II afirmó que daría audiencia los viernes para impartir Justicia, claro ejemplo de la debilidad regia. Las profundas raíces feudales, secuelas de la influencia carolingia, dificultaron la implantación de los poderes del Rey. Ya hemos visto que el Monarca leonés se atribuyó esta función en 1017. El deber de los integrantes de la Comitiva Regia consiste en aconsejar el Monarca. Es el embrión de lo que será la futura burocracia administrativa.

Desde esta privilegiada situación, con la nota característica de la indicada debilidad, el Monarca va forjando el concepto de la Soberanía, basada en la idea de Poder, del pleno y completo reconocimiento de su poder, como algo que le es inherente e indepartible, Soberanía regia que hace posible que las tierras conquistadas queden integradas como de su soberana propiedad, como consecuencia ésta del derecho de conquista bélica, ocupación basada en la fuerza de las armas, y que culmina en la idea de un reino patrimonial. Son numerosos los ejemplos de reparto de la herencia patrimonial de un Monarca entre sus hijos. El Rey lo ejecuta porque es un patrimonio diminical suyo. Lo que heredó de su padre, el núcleo originario de su reino, pasa al

⁶⁰⁶ Gibert y Sánchez de la Vega, Rafael. *Historia General del Derecho Español*, pág. 111. Madrid, 1974.

primogénito. Sobre lo adquirido por conquista militar o por razones familiares goza de un derecho de libre disposición. Tal sucedió con los extensos territorios en que Sancho III el Mayor, Rey de Navarra hubiera acumulado amplio Poder, a su muerte en 1035⁶⁰⁷. La situación cambia cuando se institucionaliza el símbolo de la Corona, que porta la cabeza regia, y este mero símbolo pasa a la categoría de concepto: es la Corona. Se trata de una idea estimada por todos como permanente, duradera, distinta de la persona del titular, que cambia con su fallecimiento.

La Corona es un halo mítico que envuelve lo eterno del entorno de la institución, de la permanencia del poder supremo, con independencia de la persona que ejerce el oficio de Rey. La Corona, inmaterial e invisible, comprensiva de todos los privilegios y derechos regios indispensables para gobernar, era perpetua y descendía directamente de Dios. De tal invisible concepción de la Corona podía decirse “*Corona non moritur*”⁶⁰⁸. En este sentido la noción de Corona es, conceptualmente, un precedente⁶⁰⁹ de la noción de lo que más tarde será el Estado, dadas las notas, comunes a ambas instituciones, de abstracción y de continuidad. Pero no cabe deducir, en absoluto, que al nacer el Estado tenga que desaparecer necesariamente la Corona. Ambas ideas convivirán mucho tiempo, llegando en algunos Estados hasta la actualidad. La evolución de la monarquía propiciará el paso de un Rey Feudal a un Rey Absoluto. El monarca absolutista impulsará las bases necesarias para la creación del Estado Moderno. Tales renovaciones institucionales precisarán de la madurez social y política que solo el tiempo y los impulsos de nuevas ideas proporcionan.

Al lado de este concepto de Soberanía, sinónimo de propiedad absoluta, sobre un territorio, que será el soporte físico del reino, y también sobre las personas que de forma estable viven en él, los súbditos, en el régimen feudal o señorial, coexisten otros poderes por delegación regia. Son asumidos por la Nobleza y la Iglesia. Pronto emerge una nueva fórmula organizativa, un nuevo poder: son las Ciudades, donde aparece el hecho económico del comercio, que se desarrolla en los mercados y en las ferias. La importancia de la ciudad medieval para el desarrollo del comercio y el artesanado fue objeto de atención la labor investigadora de Henri Pirenne⁶¹⁰. La pujanza económica de

⁶⁰⁷ Martínez Díez, Gonzalo. *El Condado de Castilla (711-1038)*, Tomo II, cit. págs. 707 y ss.

⁶⁰⁸ Ernst H. Kantorowick. *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, pág. 338. Con un estudio preliminar de José Manuel Nieto Soria. Ediciones Akal. Madrid, 2012.

⁶⁰⁹ Ruy e Martim de Albuquerque. *História do Direito Português*, I volume, pág. 507. Lisboa, 1999.

⁶¹⁰ Henri Pirenne. *Las ciudades de la Edad Media*. Editorial Claridad. Buenos Aires, 2011.

las ciudades las convierte en un objetivo para la toma de su control político por las nuevas aristocracias locales. Tras este pretendido control aletea la ambición de poder y el acceso a rentas y beneficios económicos.

La formación del Derecho está en manos del pueblo, pues el Rey, como ya se ha dicho, tiene un poder debilitado, repartido, con la característica de una territorialidad muy inestable y cambiante; no pasa de ser un embrión de lo que, pasados siglos, y sucedidas muchas innovaciones, constituirá un Estado, ente que en el Medievo es aún rudimentario, una idea sometida a las tensiones propiciadas por la ambición de alcanzar privilegios. Será en las ciudades y villas donde el derecho consuetudinario comúnmente observado por sus habitantes sea recogido mediante textos escritos y que darán lugar al régimen jurídico foral. Como es natural, antes que la aparición del régimen foral local, procede explicar el origen de la institución urbana, asunto que mereció el desvelo investigador de Eduardo de Hinojosa⁶¹¹. Tras criticar la tesis de Herculano⁶¹² que pretendía la continuidad municipal del Bajo Imperio, Hinojosa señala que los restos de la organización municipal romana, que se conservara por los visigodos, no sobrevivieron a la invasión árabe, y para explicar el resurgir vuelve los ojos al derecho consuetudinario germánico pues la diseminación poblacional en pequeños núcleos, propiciaba la participación directa a través de la asamblea vecinal, a través de la que resurgen las instituciones judiciales. Es la Asamblea judicial surgida en el *concilium* que subsistió, afirma Hinojosa, a pesar de los intentos romanizantes del *Liber*. La prueba se constata en los textos forales en los que el *Concilium* o concejo se emancipa del poder judicial del *Comes* como ya aparece, con entidad propia incluso desde el texto foral legionense, 1017⁶¹³, con sus propios jueces. El sistema foral es un derecho local, circunscrito a una ciudad o villa y que se aplica a los hombres que en las mismas viven, quienes designan sus propios jueces. Aunque pronto estas costumbres locales se expanden a los territorios circundantes o alfoces, convirtiéndose en las costumbres o usos de la tierra.

⁶¹¹ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *El origen del Régimen Municipal en León y Castilla*, págs. 12 y ss. Madrid, 1896.

⁶¹² Alexander Herculano. *Historia de Portugal, volumen II*, pág. 190: “*Na verdade o municipio, também de origen romana, sobrevivera à ruína do imperio...*”. Bertrand Editora. Lisboa, 2008.

⁶¹³ Sánchez Albornoz y Meduiña, Claudio. *El Gobierno de las ciudades de España del siglo V al siglo X*. En *Viejos y Nuevos estudios sobre las Instituciones Medievales Españolas*, Tomo II, pág. 1103. Espasa Calpe. Madrid, 1976. Cabe reseñar que en este estudio Don Claudio fecha el Fuero de León en 1020.

Son numerosos los textos medievales que acogen la idea de costumbre de la tierra⁶¹⁴. Estos *usus terrae* son una prueba de una cierta comunidad jurídica, que servirá pronto para el desarrollo de un derecho territorial que derrumbe trabajosamente los localismos y, sobre todo, los arriscados privilegios de las aristocracias locales. El derecho medieval es un derecho personal, pues la persona que no está protegida por un fuero local, significa muy poco o nada. La personalidad del derecho feudal se aprecia con mayor claridad en lo referente al derecho militar: son los *usus Hispaniae* o la costumbre de España. También en el derecho hereditario a la Corona. En las Cortes de Palencia⁶¹⁵, de 1255, con motivo de esponsales de un hijo de Alfonso X, quedó fijada como costumbre general para toda España el derecho hereditario del reino sin proceder a su división, con preferencia del varón y, en su defecto, la hembra. Era, por razones de Estado, una excepción al régimen general hereditario.

En el Derecho Medieval se intuye una situación de imprecisión no solo en la terminología y caracterización de las instituciones de posesión y propiedad en cuanto a la configuración de los denominados Derechos Reales, que determina los derechos sobre las cosas. En cuanto al régimen de las cosas, el derecho foral urbano se distancia del tratamiento territorial presentando un concepto de propiedad plena, única y libre, frente a la propiedad dividida funcionalmente, limitada e intervenida por el derecho señorial, como afirma Gibert⁶¹⁶. Además se aprecia una confusión entre el origen de tales derechos reales y los derechos de las obligaciones. La multiplicidad de los derechos sobre las cosas parte de una serie de dispersas y complejas relaciones personales. Puede afirmarse que los derechos y las obligaciones tienden a identificarse y, aunque no lleguen a confundirse totalmente, será difícil llegar a separarse los unos de las otras. Cuando una persona de la Edad Media se obliga a prestar el servicio de armas y de consejo a otra persona, esta obligación puede entenderse como algo autónomo con una mentalidad no inmersa en la forma de pensar del hombre medieval. De igual manera, cuando la primera de esas dos personas recibe en *precaria* una tierra de manos de la segunda persona, el acto de su recepción no puede ser entendido como algo aislado

⁶¹⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. En pág. 660 en el Fuero de Veela, de 1255 puede leerse: “*Furtum quale fecerit tale pecte secundum consuetudine ipsius terre*” y en el Fuero de Pena-Garcia, de 1256 se reitera la referencia “*secundum consuetudinem terre*”.

⁶¹⁵ Gibert y Sánchez de la Vega, Rafael. *Historia General del Derecho Español*, cit, pág. 141.

⁶¹⁶ Gibert y Sánchez de la Vega, Rafael. *El derecho privado de las ciudades españolas durante la Edad Media*, pág.204. Bruselas, 1957.

de un contexto jurídico más amplio. De esta forma puede explicarse el complicado entramado que va implícito en el complejo mundo medieval. De ahí que ello permita llegar a la idea de que el derecho de obligaciones y los derechos reales, en sus múltiples aspectos, estén tan íntimamente vinculados que puedan parecer inseparables los unos de los otros. El mundo de las obligaciones crea derechos reales y a su vez éstos son constitutivos de obligaciones. Sin aquéllos no se entienden éstas, y viceversa.

En cuanto a los derechos reales, *prima facie*, aparece una confusión de concepto entre propiedad y posesión. No es ninguna novedad, pues tal situación viene de atrás. A la misma contribuyó el Derecho Romano en su caracterización de Derecho Vulgar, por buscar con ello una cierta continuidad entre el Derecho Clásico y la labor compiladora de Justiniano. Fue precisamente el Derecho Romano Vulgar el que estableció los niveles de confusión que llegaron hasta el Derecho Medieval, a través de dos medios, es decir, el Derecho consuetudinario afincado en las mentalidades del pueblo hispánico; y por el mecanismo legal del Derecho Visigodo, que pervive en Hispania a través del *Liber Iudiciorum*.

Sobre este complejo mundo de diversas raíces del Derecho vivido y practicado, incide de forma determinante la peculiar manera en que se desarrolló la organización social. Sobre la complejidad del entramado social, de índole estamental, a su vez se desarrollará una complicada manera de entender las relaciones del hombre medieval con las cosas, los bienes y los derechos.

La realeza europea, en los contornos de su respectivo territorio, aparece ante los ojos de la sociedad, como un elemento ajeno al conjunto feudal. De hecho, la sociedad feudal podría prescindir perfectamente de la figura del Rey⁶¹⁷. Es más, en la Edad Media, regida por el sistema feudal, la figura regia estaba tan debilitada que podría en teoría desaparecer de ella, sin que se resquebrajaran los cimientos sociales. En Francia, el Rey carecía de una función y una situación estable y definida, y su poder evolucionó hasta su definitiva afirmación, al desaparecer el mundo feudal a partir del siglo XIII. Desde ese momento el poder del Rey no cesará de crecer e invadir todos los resortes y los contornos de la sociedad. Es el paso de monarca *suzerain* a *souverain*. De ser un ente feudal a convertirse en Rey soberano, absoluto.

⁶¹⁷ Jacques Ellul. *Histoire des institutions. Le Moyen Age*, pág. 268. Presses Universitaires de France. Paris, 1962.

Un buen ejemplo de esta transición del poder político tendente a cobrar el protagonismo social, en la necesidad de fortalecer su poder frente a fuerzas disgregadoras de su misión, lo constituye en la Hispania Medieval la figura de Alfonso VIII. Acompasa los triunfos bélicos, consolidándolos, con el otorgamiento de un sistema normativo que asegure el futuro de su poder. Se trata de ir, insensiblemente, uniformando las regulaciones forales. Nada mejor para ello que el modelo de los denominados fueros extensos, normas que pretenden detallar completas soluciones jurídicas. Nada de extraño tiene que este modelo extenso fuera repetido, copiado y remitido a futuras adquisiciones bélicas de ciudades en una reconquista acelerada. Ello ha llevado a hablar de familias de fueros. Pero el afán regio de uniformar la normativa, poniendo coto a las prolijas particularidades, poco o nada tiene que ver con las filiaciones normativas. Es una decisión del Poder pues la variedad de la regulación jurídica, esa diversidad localista, esa multiplicidad del derecho de las villas y ciudades, es un refugio para los privilegios de los poderes intermediarios que minan y dificultan el ejercicio del poder regio.

De ahí que cuando en torno a 1189 el Rey Alfonso VIII dispuso cuanto necesario era para dotar a los territorios del entorno geográfico de la conquistada Cuenca, en cuya ciudad nació su hijo Don Fernando, con una normativa específica que regulara la vida ciudadana, con pleno respeto hacia los derechos de propiedad de quienes ya estaban previamente habitando Cuenca. Así en el Capítulo II, rúbrica I, aparece el ordenamiento del estatuto de las heredades, es decir, las propiedades. Aunque participa de la confusión conceptual de llamar posesión a la propiedad, reliquia que fuera transmitida a la sociedad hispánica por el Derecho Romano Vulgar, se aprecia de igual manera la impresión de que todo el origen de estos derechos reales sobre las cosas radica en el Poder real, por derecho de conquista y que, como expresión de la magnanimidad del Rey, son concedidos graciosamente al pueblo. Ha sido tildado este fuero conquense de cauce introductorio del Derecho Romano Clásico, como mecanismo de recepción de este Derecho Justiniano en la Península. Y ello pudiera deducirse de la definición de las heredades o propiedades que en expresado rúbrica se determina. Así cuando refiere el Rey que su tenencia sea estable y para siempre y detalla que se trata de un derecho sobre las cosas que faculta para hacer con ellas lo que le plazca, dándolas, vendiéndolas, cambiándolas, prestándolas, empeñándolas, transmitiéndolas por testamento, estando el

titular de este derecho sano o enfermo, tanto si vivir quisiere, en territorio de Cuenca se entiende, como si se fuere de ella⁶¹⁸. Del examen de esta norma, aunque pudiera deducirse que la Curia de Alfonso VIII ya conociera el Derecho Justiniano, lo cual podría venir avalado por el hecho de que bajo el Poder de este mismo Rey, el Obispo de Palencia, Tello Téllez de Meneses fundara en su Sede un *Estudio* que hoy podría homologarse con enseñanza de conocimientos de nivel universitario, sin embargo, un examen pormenorizado de reseñada norma de dicha rúbrica I, apunta a que su contenido se contextualiza plenamente en un sistema social feudalizado. En el fondo el fortín feudal está tan arraigado que su derribo es ardua tarea. En el fondo la voluntad regia trata de garantizar a los pobladores de Cuenca el respeto a cuanto con anterioridad a la conquista conquense, el poblador tuviere. El contexto medieval de no perder el señorío regio los derechos económicos de rentas, se disfraza de un supuesto derecho de igualdad de trato. El hecho de que el clero no enejene bienes raíces a los laicos, es argumentado para prohibir a los laicos vender solares al clero, cuando de lo que se trata, en el fondo, es impedir que el palacio del Rey vea mermadas sus rentas.

En la Edad Media la propiedad es casi desconocida, según Le Goff⁶¹⁹, como realidad material o psicológica. Según este autor, cada persona o grupo familiar solamente tiene unos derechos, en mayor o menor grado, respecto de una posesión provisional. Los lazos personales del feudalismo propician que el sistema productivo de la tierra tenga su fundamento en la instrumentalización de la posesión de la tierra. La tajante opinión de Le Goff expresa además la idea contenida en la misma, pues la tenencia de la tierra en el Medioevo no es homologable al concepto de *proprietas* romana del periodo Clásico, ni al concepto que en la actualidad se proyecta sobre la institución jurídica de la propiedad.

Esta afirmación, visible también en el sistema feudal y configuradora del mismo, puede aplicarse al régimen señorial hispánico. Su contenido no parece ser una

⁶¹⁸ De Ureña y Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*, pág., 134. Madrid, 1935. En el Cap. II, rúbrica I, de la forma Sistemática puede leerse: “*Concedo vobis quod quicumque radicem habuerit, firmam habeat eam ac stabilem, et in perpetuo valituram, ita quod de illa et in illa possit facere quecumque sibi placuerit, et habeat potestatem dandi eam, vendendi, cambiandi, mutandi, inpignorandi, testandi, sive sit sanus, sive infirmus; sive velit morari, sive recedere*”. Y la rúbrica II del mismo Capítulo reza: *Cucullatis et seculo renunciantibus nemo dare, neque vendere valeat radicem. Nam quemadmodum ordo istis prahibet hereditatem vobis dare, aut vendere; vobis quoque forum, et consuetudo prohibeat cum eis hoc idem*”.

⁶¹⁹ Jacques Le Goff. *La civilisation de L'Occident médiéval*, pág. 109. Éditions Flammarion. París, 2008.

importación del derecho franco. El mecanismo de la donación fue muy usado en el solar hispánico. El Rey disponía de los grandes patrimonios territoriales obtenidos por conquista y disponía de los mismos con libertad para premiar o remunerar tanto al estamento eclesiástico, en señal de devoción religiosa, como a la nobleza en agradecimiento a los servicios prestados al Rey o como vinculación personal para distintos servicios de ellos, recibidos o esperados. Eran beneficios o *prestimonios*. La óptima organización de la Iglesia para conservar los diplomas, en sus archivos, hace que muchos de ellos hayan llegado hasta nosotros, dado el interés del estamento eclesial en demostrar documentalmente el origen de su cuantioso patrimonio. En los litigios eran considerados estos documentos como prueba de los derechos dominicales. Es suficiente recordar lo que al respecto ya se recogía en el Fuero leonés.

También el Rey y sus delegados transmitían tierras a personas legas, particulares que no eran personajes principales, consistentes en posesiones vitalicias, trasmisibles a sus herederos, *hereditate*, como acto de liberalidad del donante, estando en el horizonte de la finalidad repobladora, bajo el título jurídico habilitante de préstamo o *prestimonio*; y otras donaciones además conllevaban la transmisión de la propiedad, *de iure et hereditatis*. Para este tipo de transmisiones del dominio territorial, muchas veces iban acompañadas del derecho de inmunidad, es decir, bajo el sistema de *coto*, que suponía la cesión del ejercicio conjunta del ejercicio de los derechos fiscales, militares y de justicia.

Un caso evidente de disposición regia de la inmunidad o constitución de coto a la justicia real está en el diploma fechado a 1049⁶²⁰ en que el Rey Fernando, hijo del Rey Sancho, concede al cenobio de Vimaraes, –Guimarães–, en territorio *Bracharensis*, al objeto de que en casos de homicidio o raptu o en los supuestos de no acudir al *fonsado*, no tenga licencia el vicario del Rey, o el *comes* o el *tiufadus* regio en ningún momento, respecto de ningún hombre, quedando facultado para tales asuntos la competencia del vicario del cenobio. En el presente caso, sobre una posesión que previamente ya tenía el monasterio, el Rey pone *coto* a su propia justicia regia, pues deja en manos del propio

⁶²⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 226. “ordinamus atque omicidium vel raptum fecerit aut in fossatum non fuerit non habeat licenciam nostrum vicarium eos inquietare non comes neque tyaphadus neque nullus homo in nullis temporibus proinde adprehendere sed tam omicidium quam raptum sive fossataria seu quallicumque calumpnia ibi evenerit discurrat per manus vicarii ipsius cenobii”.

cenobio administrar la justicia. El propio Rey se autoimpone la obligación de ceder al titular del monasterio el ejercicio autónomo de la función judicial.

Esta visión de conjunto del Medievo ha de ser completada con el examen de la situación de la propiedad de los bienes, muebles e inmuebles, o la tenencia de los mismos, en esta época histórica se encuentra. Y de qué manera son objeto de protección.

El concepto de propiedad subsiste aunque sus contornos aparecen configurados en el entorno de dos ideas básicas. El Sistema Feudal se fundamenta en la distinción del dominio eminente y dominio útil. Este tipo de dominio, el útil, es objeto de cesión de un señor a otra persona, conservando el cedente un superior derecho sobre el bien inmueble. La vinculación personal motivadora del acto de la cesión de los fundos desarrolla una serie de obligaciones personales, de prestación de servicios militares y de mutua ayuda o consejo. Es una relación de vasallaje⁶²¹. El dominio sobre un bien ha sufrido una transformación rupturista de las notas de funcionalidad del mismo. En el Derecho Romano consistían éstas en una serie de facultades consagradas en las expresiones *uti, frui, habere, possidere, alienare*, etc. Pero en el Derecho Medieval, inmerso en el Sistema Feudal, amparado en la realidad de la cesión de fundos para que el colono los explote, a cambio de un censo o renta, de las expresadas facultades se desglosan el *uti* y el *frui*, que pasan de las manos del señor al cultivador de la tierra. El *dominus* conserva un derecho superior sobre el fundo, pero el uso pues la tenencia del bien pasa a manos distintas. Esta nueva forma de un derecho real sobre la cosa por parte del vasallo es similar a la posesión. Se trata de un derecho real transmisible, aunque en el condicionado de la transmisión aparezca la obligación de hacerse cargo del pago de la renta o censo que pesa sobre el cultivador. Se trata de un derecho real que se transmite por herencia a los hijos y descendientes del cultivador. Este derecho real, teñido del carácter de ser objeto de herencia, dará el nombre de *hereditas* a esta tenencia. Derecho real caracterizado por la posibilidad de disponer libremente de ella, si bien con la limitación personal de necesitar del consentimiento del señor, titular del dominio eminente. Se trata de un derecho real, por tanto, cuyas facultades quedan sujetas a una relación personal de predominio del poder del señor. Se trata el dominio de un derecho real irrevocable⁶²².

⁶²¹ Gibert y Sánchez de la Vega, Rafael. *Historia General del Derecho Español*, cit. pág 139: “*acudir ad exercitum et ad curiam*”.

⁶²² García Gallo y de Diego, Alfonso. *Bienes propios y derecho de propiedad*, cit. pág. 372.

Estos bienes recibidos y usados con los condicionantes impuestos por el Derecho Feudal en manos de un cultivador no son bienes propios. Sobre los mismos pesan unas obligaciones así como la ausencia de un derecho pleno. Bienes propios, en cambio, son aquellos sobre los cuales el titular dispone de un derecho pleno, exclusivo, perpetuo, ajenos a cualquier injerencia de índole señorial o feudal. Caracterizar a un bien propio, con el adorno de las indicadas notas significa y es entendido sencillamente como propiedad. En general son los bienes atribuidos a una persona o conjunto de personas unidas por lazos familiares, integradas en una comunidad de bienes. Es un necesario tributo a la necesidad de repoblación basada en lazos familiares, de donde arraiga el derecho de troncalidad. Nota característica es tener sobre la cosa un derecho pleno, no sometido a limitaciones objetivas de uso y disposición ni a limitaciones subjetivas fundadas en relaciones interpersonales.

La segunda idea fundamental del concepto de propiedad en el Derecho Hispánico Medieval es la distinción entre bienes muebles e inmuebles, como objeto sobre los que recae o puede recaer el pleno ejercicio de determinadas facultades. El Derecho de bienes muebles viene, en principio, caracterizado por recaer sobre este género de cosas una atribución personal. Se identifica cosa mueble con persona, pues son cosas que siguen a la persona. El Derecho inmobiliario está teñido de un carácter familiar en cuanto a la titularidad de los mismos y los derechos y facultades sobre ellos. La manifestación patente de las limitaciones dispositivas de los bienes raíces consisten en el derecho de troncalidad hispánico o en el derecho franco del linaje. Precisan de la *laudatio parentum* para poder ser enajenados y los familiares de un mismo tronco familiar, del que tales bienes proceden, tienen un derecho sucesorio preferente, así como, en su caso, un derecho de tanteo o retracto.

Estos derechos familiares sobre las cosas recobran su vida y vigencia tanto en el supuesto de sucesión testamentaria hasta el momento definitivo de la partición y adjudicación, como en el supuesto de sucesión *ab intestado* hasta tanto se llevan a cabo las atribuciones concretas. Hasta estos momentos el haber hereditario permanece en comunidad. Incluso realizada la atribución de los derechos hereditarios es posible que por razones de índole económica y productividad de los bienes, estos permanezcan en

una situación de proindivisión, constituyendo lo que García de Valeavellano denomina una comunidad patrimonial de hermanos o coherederos⁶²³.

Por lo que la defensa de los derechos de los bienes en el Derecho Hispánico Medieval respecta, en el Derecho Romano el *dominus* disponía del mecanismo de la acción reivindicatoria para la defensa del *dominium* y la protección interdictal para las situaciones posesorias. En el Derecho Hispánico Medieval la defensa de los bienes inmuebles dispone de un mecanismo similar mediante *la institución del año y día*, con efectos procesales disuasorios. Este derecho jacetano se amplió al Derecho del territorio aragonés, a través del derecho oscense, acogido por Jaime I en 1247. El arcaísmo de la posesión franca del año y día quedó romanizado confluyendo con la prescripción romana⁶²⁴. La interposición de una demanda o reclamación puede verse frustrada mediante la alegación de tener el bien durante año y día. Tal tenencia exime de contestar a la reclamación. Pero como cuestión de procedibilidad, de previo y especial pronunciamiento, la alegación del transcurso de una tenencia posesoria del año y día, debía además de ser acreditada y probada, liberaba de la perentoria necesidad de contestar a la demanda. Se trataba de una barrera procesal infranqueable.

En cuanto a los bienes inmuebles, para la defensa en recuperación de los derechos relativos a ellos, básicamente el dominio de tierras, el dueño disponía de la acción reivindicatoria. Los medios probatorios eran amplios, básicamente los documentos archivados en iglesias y monasterios, así como la testifical de los vecinos. Muchas veces el Juez y los alcaldes llevaban a cabo inspecciones oculares con las partes y los vecinos, en comprobación de los mojones o hitos delimitadores de los fundos. La Justicia ejercida por el Rey con su Curia, a veces desplazado el Monarca personalmente al lugar, se remitía al *Liber*, el derecho de los godos. Son abundantes tales referencias.

En el Derecho Hispánico Medieval, las reivindicaciones relativas a los bienes muebles, tenían unas peculiaridades. Se ha pretendido ver en estas particularidades raíces germánicas, que desde luego se aprecian. Además el Derecho Romano Arcaico también ofrece similares aspectos procedimentales.

⁶²³ García de Valdeavellano, Luis. *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español Medieval*, págs. 318 y ss. En *Estudios medievales de derecho privado*, cit.

⁶²⁴ Gibert y Sánchez de la Vega, Rafael. *Historia General del Derecho Español*, cit. pág. 79.

Ya en 1947 García de Valdeavellano⁶²⁵ publicó su trabajo sobre la limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el Derecho Español Medieval. Tras reconocer que en este derecho confluyen principios inspirados en el derecho consuetudinario germánico junto a criterios sostenidos por el Derecho Romano, mezclados y refundidos, tras las investigaciones de Eduardo de Hinojosa⁶²⁶, se acrecentó la dominante opinión del predominio del elemento germánico en la reivindicación mobiliaria hispánica. Ha desaparecido, por innecesaria, la distinción entre la defensa posesoria y la acción petitoria. Era desconocida tal diferenciación en el Derecho Germánico, tanto en el Derecho Mobiliario como en el Inmobiliario, pues lo que merece protección es la *Gewere*, decir, *la tenencia de la cosa*, traducción española más apropiada conforme significara García de Valdeavellano⁶²⁷, que hace suya la tesis de Merêa, al comentar la versión traducida de *Gewere* como “*vestidura*” que ofreciera Rubio Sacristán⁶²⁸.

La *Gewere* o tenencia de la cosa, en los bienes muebles, solamente podía ser desplazada de manos con la transferencia de dicha tenencia material. Cuando había voluntariedad en dicha transmisión, la *Gewere* cambiaba de manos, solamente de este receptor podía reclamar la recuperación de la *Gewere*. *Hand muss Hand wahren* reza un proverbio germánico, o sea, la mano debe buscar la mano. Carecía de acción recuperatoria de su poder frente a un tercero en quien hubiera sido depositada la *Gewere*. Pero cuando el dueño perdía involuntariamente la tenencia de su bien o hubiera sido despojado de la misma con violencia o mediante hurto, disponía de una acción reivindicatoria contra cualquier tenedor.

Con expresiva claridad, este principio jurídico aparece teñido del criterio de la buena fe. Así en el *Fuero Real* en el supuesto de que un hombre compró cosa ajena desconociendo tal procedencia, no tenga sanción penal alguna quedando liberado de sospecha de hurto o robo y el vendedor debe devolverle el precio pagado. Pero si a sabiendas compró cosa ajena de más que dudosa procedencia, debe devolverla con una

⁶²⁵ García de Valdeavellano, Luis. *La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles*, cit., en *Estudios Medievales de Derecho Privado*, pág. 21.

⁶²⁶ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *El elemento germánico en el Derecho español*, cit.

⁶²⁷ García de Valdeavellano, Luis. *La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el Derecho español medieval*, en *Estudios Medievales de Derecho Privado*, cit. pág. 25, nota 11.

⁶²⁸ Rubio Sacristán, José Antonio. *Donationes post-obitum...*, cit. AHDE. Madrid, 1933.

sanción económica de otro tanto de su valor⁶²⁹. Desconocer la procedencia del bien adquirido proporciona al comprador el amparo de la buena fe. También en el Fuero Real se regula el caso de que el comprador sea sorprendido por la interposición en su contra de una demanda relativa a la cosa vendida, supuesto en el que el vendedor queda obligado a defender al comprador en derecho, si el comprador se lo dijere. En tal precepto se regula un desplazamiento de responsabilidad a la figura del vendedor⁶³⁰, conocido en el Derecho Hispánico Medieval como el *otor*, supuesto regulado en el proceso especial de *otorificación*. En la Historia del Derecho Romano ya existió la figura del *auctor* y la *actio auctoritas*, como hemos visto.

Por su parte, en el Derecho Germánico⁶³¹ la defensa de la cosa mueble puede situarse unas veces en el plano extrajudicial, como es el caso de proceso *in fraganti*, y otros asuntos circulan por el cauce procesal judicial, si bien la iniciación es extrajudicial, como es el caso de la demanda sobre hurto o robo, así como el supuesto de *escodriñamiento* o *Spurfolge*, y el proceso de la *Anefangsklage* o demanda de aprehensión, que ya hemos visto más arriba. El *escodriñamiento* tiene un similar precedente en el Derecho Romano de las XII Tablas⁶³². Es la búsqueda de la cosa de que se tiene la sospecha de *furtum* con un plato y un lizo atado a la cintura. El procedimiento *in fraganti* es un derecho a capturar al ladrón en el momento de cometer el robo de cosa ajena o en el momento en que éste iniciara la huida. En el Derecho Romano arcaico se contemplaba un requisito de procedibilidad consistía en el llamamiento a los vecinos, mediante gritos o voces –“*endoque plorato*”- o al amparo del clamor social denunciando el hecho delictivo⁶³³. La actuación de la sociedad ante estos hechos se fundamentaba en la defensa de la paz social, que autorizaba el ejercicio de la venganza. Llegado el punto de la captura del ladrón se aplicaba el proceso *in fraganti*. Como puede deducirse, el sistema del Derecho Germánico para la defensa de los bienes muebles está teñido de primitivismo, equiparable al Derecho Romano arcaico. Estos procesos –*Verfahren*- reivindicatorios en origen no tenían fundamentalmente a la

⁶²⁹ *Fuero Real*, 3,10, 6.

⁶³⁰ *Fuero Real*, 3, 10, 7.

⁶³¹ García de Valdeavellano, Luis. *Escodriñamiento y otorificación*. En *Estudios medievales de derecho privado*, cit. pág. 109.

⁶³² Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, cit. págs. 541 y ss. Tabla VIII, ley 15 b): “...*lance licio*...”.

⁶³³ Michel Humbert. *La loi des XII Tables*, cit. Págs. 511 y ss. Tabla VIII, ley 13: “*luci...si telo defendit...endoque plorato*...”.

recuperación de la cosa, sino al castigo punitivo del perturbador de la paz social, aunque de manera indirecta sus subsiguientes efectos se relacionasen con el derecho sobre la cosa⁶³⁴.

En el Derecho Hispánico Medieval, en la materia relativa a los límites de la reivindicación mobiliaria en el derecho medieval, Merêa⁶³⁵, en unas breves páginas con unas notas complementarias sobre la “*demanda de haver móvel*”, reparó en una especialidad procesal, consistente en el supuesto de que tras la intervención de hombres buenos testificando y justificando el robo o hurto de una bestia, se defendiere de la comisión de tal hecho, si vencido fuere, peche el doble. Así reza el Fuero de Cuenca⁶³⁶. Si se defendiere alegando haberle sido dada, vendida o depositada, de *auctor*, el cual conforme el Fuero de Cuenca debe dar un *sobrelevador*. Así, hasta un máximo de tres *otores*. El *otor* sustituía al demandado en su papel procesal. Si uno u otro no podían liberarse de la sospecha de robo, además de tener que devolver la cosa robada, debían indemnizar con otro tanto del valor.

III. 8. 1.- La acción repobladora.

En el Derecho Hispánico Medieval la institución de la *presura* o la *aprisio* fue un instrumento eficaz para formentar la repoblación y la puesta en cultivo de terrenos yermos, fundos a los que tal derecho de ocupación se aplicaba. Fue impulsada por el Rey y sus hombres de confianza, ya Condes, ya Obispos o Abades. Este necesario afán repoblador se extiende por los territorios de Aragón, como evidencia al Fuero que el Rey Alfonso I el Batallador otorga en 1132⁶³⁷ a los pobladores mozárabes de Mallén, *quienes dejando sus heredades en otros lugares, vinisteis conmigo –dice el Rey- a poblar mis tierras con todo cuanto podáis repoblar, y trabajar y excaliar*; les da los fueros que rigen en Zaragoza y en Tudela, lo que evidencia el impulso de territorialización de los fueros que el Rey confiere, buscando una homogeneización

⁶³⁴ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*, cit. pág. 42.

⁶³⁵ Paulo Merêa. *Nota complementar sobre a demanda de haver móvel*, en *Estudos de Direito Hispánico Medieval*, tomo I, cit. págs. 31 y ss.

⁶³⁶ De Ureña y Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*, cit. Forma sistemática, cap. X, 6 a 19, págs. 768 a 777.

⁶³⁷ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 503: “*laxastis vestras casas, et vestras hereditates, et venistis cum me populare ad meas terras, dono vobis populatoribus...cum toto quanto potueritis populare, et labrare, et examplare, et excaliare...et dono vobis foros, consuetudines quales habent Caesaraugusta et Tudela...cum toto quanto potueritis populare...et excaliare in terminos populatos et in heremos...*”.

normativa. El mismo citado Rey de Aragón, en el mismo año de 1132, dona y confirma a los pobladores de Asín⁶³⁸, el derecho a poner en cultivo las tierras *heremas*.

El problema de la repoblación se vivió con cierta complicación para Alfonso VI desde que en 1085 tomó Toledo. Tres elementos poblacionales, los mozárabes, los sarracenos y el cristiano que llegó al calor de la conquista, incluido en este grupo al minoritario elemento franco, constituían un conjunto diferenciado supeditado al nuevo poder. No es extraño que en 1101 el Monarca otorgara seguridades al elemento mozárabe, de fácil integración en los nuevos reinos cristianos. Impuso la vigencia del *Liber Iudicum*⁶³⁹, medida que no precisó de apereamiento alguno para su observancia. Garantizó la propiedad de cuantas *cortes* y *hereditates*, viñas y tierras tengan hoy, las retengan con firmeza en su derecho, sin que quepa nueva pesquisa y nadie por juicio regio se las reivindique. La facultad de enajenar del *populator* queda limitada solo a quien viniere *ad populatorem*, excluyendo a conde o potestad. Todo mozárabe queda legitimado para vender, dar o poseer, haciendo con sus posesiones cuanto quisiere hacer con libre potestad en nombre de Dios.

En tiempos del citado Rey Alfonso VI, dos señores particulares conceden Fuero a Escalona⁶⁴⁰ en 1130, “*propter causam populationis vestre, vobis et filii vestri*” en las mismas condiciones que el supradicto Rey diera a Toledo. Alfonso VII, intitulado como *Hispanie imperator*, en 1139 expresa su afán repoblador al conceder Fueros a los repobladores del Castillo de Oreja⁶⁴¹ les faculta a quienes hubieren permanecido en *Aurelie Castello* un año, para que puedan vender a donar su *hereditas* a quien quisieren. Facilidades, derechos y libertades todas ellas tendentes a la integración jurídica con el *Liber* y en orden a la repoblación.

⁶³⁸ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 506: “*et insuper quae exemplietis per eremos...quomodo melior exempliare potueritis*”.

⁶³⁹ García Gallo y de Diego, Alfonso. *Carta a los Mozárabes de Toledo*, en *Los Fueros de Toledo*, pág. 460. AHDE. Madrid, 1975. Art. 4: “*Et si inter eos fuerit ortum aliquid negotio de aliquo iudicio, secundum sententiam in Libro iudicum antiquitus constitutam discutiatur*”. Art. 7: “*Hoc autem mando, ut populator vendat ad populatorem et vicinus ad vivinum. Sed non volo ut aliquis de ipsos populatores vendat cortes aut hereditates ad nullo comite vel potestate*”. Art. 1: “*Ut firmities habeant semper quantas cortes et hereditates sive vineas ac terras hodie in suo iure retinent, et pro nulla exquisitione non perdant inde quidquam...de quanto hodie possident, quia pro meo iudicio vendicaverunt sibe in sempiternum*”. Art. 3: “*Et vendendi, dandi vel possedendi, vel de possessione sua quod voluerit faciendi, liberam in Dei nomine habeat potestatem*”.

⁶⁴⁰ García Gallo y de Diego, Alfonso. *Fuero de Escalona*, en *Los Fueros de Toledo*. Págs.124 y ss. AHDE. Madrid, 1975.

⁶⁴¹ García Gallo y de Diego, Alfonso. *Fuero de Castillo de Oreja*, en *Los fueros de Toledo*. Pág. 129. Art. 1: “*Quisquis igitur in Aurelie Castello domo et hereditate accepta per unius anni spacium manserit, anno transacto liberam habeant potestatem vendere ipsam hereditatem et donare cuicumque quesierit*”.

Y en territorio de Castilla, en 1133, el Rey Alfonso VI concede el Fuero de Guadalajara⁶⁴² facultando a quienes la hubieren poblado durante un año y, pasado este tiempo, quisieren irse a otro lugar, para poder vender su heredad a quien quisieran. Señala el derecho a testar libremente, disponiendo solamente de la quinta parte de la herencia por su alma, si herederos hubiere. Dicho *quinto* o quinta parte era su derecho sobre el haber hereditario, y era lo máximo de su poder de libre disposición sobre su haber, pues no se podía perjudicar los derechos de los herederos; y careciendo de herederos, se les impone la obligación de dar todo su haber por su alma según el *alvedrio* de los buenos hombres Mozárabes. El Rey deja plena libertad para quienes llegaren a Guadalajara a poblar, viniendo procedentes de Castilla, León, Galicia o de otra parte, con derecho a tener sus heredades y casas, así como también los mozárabes u otros hombres que allí lleguen.

El impulso repoblador se puede apreciar de igual manera, en el afán regio de Alfonso I el Batallador en fuero que en 1134⁶⁴³ confiere a los repobladores de Artasona, en las proximidades de Barbastro, cuando les dice que tengan sus derechos en todas sus haciendas y en cuanto puedan poblar o *examplar* a través de los *heremos*. Así, igualmente, en territorio de Castilla, en 941 el Conde Fernán González hace donación del monasterio de Javilla al Abad y monjes de Cardeña, facultando al Abad para hacer pueblas. La donación tiene como finalidad primordial que la tierra integrada en dicha donación, sea habida, tenida y cultivada como *iure hereditario*, es decir, con el derecho de transmitirlo a sus herederos o, incluso, transmitirla mediante venta, en determinadas condiciones y con las limitaciones contenidas en los fueros, en los que es manifiesta la imposibilidad de su venta a hidalgos, es decir, un estamento social que no pagan impuestos, así como la transmisión, conjunta con la posesión, del deber de hacer frente a las obligaciones vinculadas al uso y tenencia de la tierra⁶⁴⁴. El carácter de perpetuidad

⁶⁴² Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 508: “*otorgamos a vos que sodes pobladores de Guadalfayara o aquellos que de aqui adelante vernan a poblar, siquier de Castilla, siquier de Leon, siquier de Galicia, o de otras partes, que hayades vuestras casas e vuestras heredades en todo el logar, y asi mismamente de aquellos mozarabes como de otros homes los quales halli seredes allegados*”.

⁶⁴³ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 512: “*dono et concedo...et quantum potueritis populare, vel exemplare per erum*”.

⁶⁴⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. En pág. 668, Fuero de Gouvianis, de 1257 puede leerse: “*Do...et concedo ipsam hereditatem iure hereditario in perpetuum possidendam*”. Lo que el Rey de Portugal, Alfonso III da y concede es el derecho a perpetuidad de poseer y transmitirlo a sus herederos. Otros Fueros, como por ejemplo el de Gaia, de 1255 faculta para vender, donar y hacer su voluntad dándolo a quien quisiere excepto a *milites*, o clérigo o hombre de orden:

pasa a ser una nota de pleno dominio. Concede el derecho de *coto*, o sea, la prohibición de entrar en dicho territorio y término, la justicia regia. Una donación *ex iure et hereditate*, implica la concesión de un territorio en plena e irreversible dominio en que se integra además la función jurisdiccional, es decir, la facultad de ejercer la aplicación de la justicia con derecho a percibir las multas, así como el cobro de los *pechos* o impuestos⁶⁴⁵, como con reiteración venimos refiriendo.

Y en un lugar lejano del anterior, Borrel, Conde de Barcelona, en 986 otorga carta de población a Cardona, en similares términos a los que acabamos de ver⁶⁴⁶. En el mismo texto, *iure quieto* debe entenderse como derecho seguro, en paz, pero este derecho no es de propiedad, pues lo que el Conde cede es la posesión a perpetuidad. La incesante labor de los reyes de hacer y procurar justicia, llevó a la Reina Doña Urraca a hacer una escritura de confirmación de fueros a los vecinos de León y de Carrión. En 1109 y tras señalar que, sin coacción y por su espontánea voluntad procurando la redención de las almas de sus parientes, concede a los indicados habitantes cuantos derechos tuvieron en tiempo de Alfonso V, abuelo de su padre el Rey Alfonso. Ordena dar las tierras que tenían por pesquisa directa, es decir, investigación judicial, de buena fe y sin engaño⁶⁴⁷. En este diploma aparece la justificación de tal donación, procurando la redención de las almas de sus familiares. La forma jurídica dada al acto dispositivo es la donación, que suele ser práctica habitual.

“Concedo vobis etiam quod possitis regalengum et hereditates supradictas vendere et donare et facere de eis volumptatem vestram et dare cuicumque volueris nisi militi vel clerico sive hominis de ordine”.

⁶⁴⁵ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*. Madrid, 1847. Edición facsímil de Lex Nova. Valladolid, 1987. Pág. 16, Fuero de Brañosera: *“...et damus vobis ad populandum illum locum”*. En pág. 25 se recoge texto en que Fernán González hace donación al Abad de Cardena *“...cum domibus, eris, ortis, vineis, mollinis, pratis, pascuis...habeatis, teneatis iure hereditario. Insuper damus vobis licentiam populandi...et non intret ibi saionem”*. El Conde de Castilla Garci Fernández en 978 funda en Covarrubias el Monasterio de San Cosme y San Damián y en la escritura expresamente se dice –pág. 49- : *“et loci ipsius donamus atque concedimus, ut de hodie vel tempore in tuo iure sit confirmatum, ut habeas, teneas, vindices, atque defendas iure perenni”*.

⁶⁴⁶ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros Municipales*, cit. pág 51 donde puede leerse: *“...ut omnes gentes, omnes abitatores, qui ibidem stare veniebant, aut cum illorum bona ad hec currebant, et hic vivere volebant, iure quieto tenuissent et possedissent perpetualiter”*. Y el Conde de Castilla Don Sancho en 1011 dona al Monasterio de San Salvador de Oña varias heredades y puede leerse en págs. 56-57: *“His etiam supra dictis terminis sic facimus decretum ut illi hominis, qui sub domino Abate..., et habitatores sub eius dominio fuerint, et serbierint ad Santum Salvatorem, potestatem habeant cum suo ganatum et omnibus peccoris herbis pascuis...”*. La cita documental sería interminable.

⁶⁴⁷ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la historia*, cit, págs. 48-49. *“Ego Regina domma Urraca...non coacta sed spontanea voluntate et pro redemptione animarum parentum meorum, do vobis tale forum quale habuistis vos homines de Legionense terra et de Carrione...”* y más adelante dispone: *“Mando vos eas dare, et tornare ille qui eas tenuerit pro pisquiritione directa pro fide sine ullo inganno”*

En otra ocasión la donación sirve para dar y conceder instituciones y costumbres⁶⁴⁸ a los pobladores de alguna villa. Suele ser también habitual el reconocimiento del derecho consuetudinario que como normas rigen para los habitantes de la villa. Es el *usus terrae* o derecho consuetudinario de la tierra, un derecho caracterizado por su territorialidad expansiva. Algunas veces el avance de la territorialización del derecho viene facilitado cuando una autoridad concede a una ciudad el fuero de otro territorio. Así, en 1166⁶⁴⁹ el Rey Alfonso II, hijo del Conde Enrique y la denominada Reina Teresa, con la finalidad de repoblar Evora lo hacen a fuero y costumbres de Avila. La autoridad no crea un derecho, que previamente ya existe y viene rigiendo, sino que se limita a publicitarlo y reconocerlo. Son simples fedatarios de la carencia de su competencia en materia legislativa. La finalidad de retener a la población en un territorio concreto que se rige por el respeto a las costumbres observadas por dicha población, presente y futura, es evidente.

Términos como *ad populando* aparece en el Fuero de Brañosera⁶⁵⁰; referencia a *populatores* en el Fuero de Calatayud⁶⁵¹, otorgado en 1131 por Alfonso I el Batallador; el mismo Rey que cuatro años antes diera fueros a Tudela⁶⁵². *Populetur* aparece en el Fuero de Castrojeriz⁶⁵³. En 1170, el Prior de la orden del Hospital otorga Fuero a los habitantes de la por él fundada villa de Alhóndiga⁶⁵⁴ concediendo el derecho al *populador* de dicha villa que se fuere *ad populandum* en otro lugar. El Cabildo de la

⁶⁴⁸ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la historia*, cit. pág. 84 que es un Fuero que el Cabildo de la Iglesia de Toledo concede a los habitantes de Santa María de las Cortes, de 1180-1182. “*Nos conventus Toletane Ecclesia damus et concedemus has institutiones seu consuetudines in presente pagina scriptas populatoribus ville nostre que dicitur Sanctam Maria de Cortes tam presentibus quam futuris*”.

⁶⁴⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. págs. 392-392. “*volumus restaurare atque populare Elboram que a sarracenis abstulimus. Damus vobis forum et costume de Avila...*”. Entre los presentes en el acto aparece “*Gunsaluus Menendiz Cancellarius curie*”, de lo que cabe deducir que en recién nacido reino portugués se había creado una institución administrativa del Estado.

⁶⁵⁰ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros Municipales*, cit. pág.16: “*et aducimus ad populando Valero, et Félix...*”

⁶⁵¹ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros Municipales*, cit. pág. 459: “*Et totos populatores qui venirent a Calatayub populare...*”.

⁶⁵² Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros Municipales*, cit. pág. 420: “*...quod bene sedeat Tutela populata, et totas gentes veniant ibi populare de bona voluntate...*”.

⁶⁵³ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros Municipales*, cit. pág. 37: “*...et populetur suas hereditates...*”.

⁶⁵⁴ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 76, art. 25: “*Si aliquis populador exierit de Alfondega ad ppopulandum in alio loco...*”.

Iglesia de Toledo confiere Fuero a los habitantes de Santa María de Cortes⁶⁵⁵, 1180-1182, con imposición tanto a infanzones, soldados, judíos y sarracenos que vinieren a hacer población a referida villa, lo mismo que otros *populatores*. El impulso repoblador de los Monasterios se observa en 1187 cuando el Abad de Oña concede Fuero a los pobladores de Cornidilla⁶⁵⁶. Manrique, Obispo de León y todo el Cabildo legionense, en 1201⁶⁵⁷, da fueros a los pobladores de Villafrontín, para que pueblos conforme las normas allí señaladas. La cita de referencias a poblar, *ad populandum*, así como los términos *populatores*, sería interminable, prueba de la preocupación de la tarea repobladora. La toponimia pervive en Puebas, Pobras y Poblas en los territorios más variados. Naturalmente para atraer población era necesaria la concesión de tierras y derechos, junto a la libertad de desplazamiento.

III. 8. 2.- La *precaria* y el patrocinio.

Una forma, tal vez la más específicamente medieval, de acceder a la tenencia o uso de las cosas, básicamente la tierra, es la institución de la *precaria*. Paulo Merêa ve en esta institución jurídica quizá la principal forma que revisten las concesiones agrarias en la Hispania visigoda⁶⁵⁸. En esencia, este instituto jurídico nacía con una solicitud, documentada a medio de carta, dirigida al *dominus* de la tierra suplicando mediante ruego la cesión del uso de la misma, con el compromiso del cultivo agrícola, sin la posibilidad de acceder a la propiedad, y con la obligación del pago de un canon anual que admitía multiplicidad de formas. La *precaria* tiene como notas esenciales, por un lado, la desigualdad entre las partes contratantes, por un lado, y por otro, que el contenido del mismo se refiere a la mera tenencia, aspectos del Derecho visigodo que llegarán hasta la Hispania de la Reconquista. Las facultades que se cedían era el *uti* y el *frui*.

En el Derecho Visigodo, a esta institución la adornan unos caracteres muy específicos, vinculando el contenido de la tenencia a una formalidad concreta. *Si per precariam epistolam certus annorum numerus fuerit comprehensus, ita ut ille qui*

⁶⁵⁵ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 85, art. 5: “*Item –statuimus- infançones...qui venerint ad populandum ad Santa Maria de Cortes...sicut alii populatores*”.

⁶⁵⁶ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 87, art. 6: “*Si aliquis homo forro ex nostra hereditatis venerit populare ad ipsam villa...*”.

⁶⁵⁷ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 100; “*Ego Manricus Legionensis episcopus totusque conventus damus ad populandum...*”.

⁶⁵⁸ Paulo Merêa. *A precaria visigótica e suas derivações imediatas*, en *Estudos de Direito Hispánico Medieval*, Tomo II, págs. 124 y ss. Coimbra, 1953.

*susceperat terras post quodcumque tempus domino reformet; iuxta conditionem placiti terram qui accepit, restituere non moretur*⁶⁵⁹.

La *precaria* necesita en el Derecho visigodo el revestimiento formal de una carta⁶⁶⁰ o escritura, como prueba del carácter precario, acreditando la pura provisionalidad de la tenencia, como defensa ante cualquier pretensión del usuario de querer atreverse, en el futuro, a reclamar la propiedad. *Precariam epistolam* reza el texto godo comentado, resaltando la inseparabilidad de la forma y los contenidos. Se trata la *precaria* de un contrato sometido a unas condiciones de temporalidad determinada, concretada en un cierto número de años de duración de la cesión, con la perentoriedad de, transcurrido el plazo, devolver la tierra cedida al dueño, sin posibilidad de demorar la devolución. La necesidad de documentar por escrito cualquier acto dispositivo de bienes era exigencia ya observada por el Derecho Romano Vulgar; con mayor razón cuando la cesión de tierra en *precaria* no afectaba a la propiedad, cuyo dominio absoluto seguía en poder de su dueño cedente. Es la *precaria* un claro exponente de la nueva situación de la tenencia de la tierra, acogiendo la distinción entre dominio eminente y dominio útil que será la característica básica del sistema feudal.

Es discutido por los autores el origen de la *precaria*. La presunta procedencia del nombre de la institución romana de *precarium*, aunque de la denominación pueda resultar una conexión entre ambas, sin embargo del hecho de que la concesión en precario necesite de un ruego o imprecación de la que puede deducirse una situación de subordinación personal tras la cesión en precario, así como la reserva del derecho de propiedad en el concedente, de tales notas se puede concluir, al menos, la existencia de un cierto nexo histórico entre ambas instituciones⁶⁶¹. Por otra parte, recoger por carta escrita o escritura el acto de la cesión del uso o mera tenencia de la tierra, nos puede poner sobre la pista que podamos entrever la evolución de una institución de Derecho Romano Vulgar. Señala Merêa⁶⁶² que las fuentes romanas no hablan de *precarium*

⁶⁵⁹ *Liber Iudiciorum*. X, 1, 12.

⁶⁶⁰ Paulo Merêa. *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, cit. En la pág. 148 reproduce Doc. N° 3 que refiere acto jurídico de precaria colectiva a grupo de personas con el Monasterio de Lorvão en el que se lee “*Nos omnes de Villa Coua qui debemus dare illo tributo ad monasterio...placio facimus inter nos et vos et compromittimus...*”.

⁶⁶¹ Paulo Merêa. *Nota complementar sobre as origens da precaria*, cit. pág. 162.

⁶⁶² Paulo Merêa. *Nota complementar sobre as origens da precaria*, cit. págs. 153 y ss.

desde Diocleciano. Sin embargo, Justiniano recoge en su Código⁶⁶³ la norma que obliga a los herederos, de quien habitaba en precario, a devolver la habitación, una vez interpuesto un interdicto de recobrar. Se trata de una Constitución de Diocleciano. Y otra, del Emperador Valentiniano,⁶⁶⁴ señala que no se pueden llamar poseedores a quienes tienen una cosa y por tal razón pagan la renta acostumbrada, y es tajante al decir que nadie, como arrendatario, entra en una posesión, sin ser lícito pretender para sí el derecho de propiedad reteniendo por largo tiempo bienes ajenos, con la pretensión de que los dueños, que las cedieron en arrendamiento, se vean obligados a perderlo o hacer una protesta anual recordatoria de su dominio, evitando cualquier intento de prescripción adquisitiva.

Aunque Justiniano recoge como vigentes aspectos del *precarium* romano, la realidad política y económica ya no es la misma en la Hispania de la Reconquista que la que se viviera en la Roma Imperial. No hay que olvidar que, desde Diocleciano, el Derecho Romano en vigor está teñido por muchas innovaciones introducidas por el Derecho Vulgar. Y tampoco debe ser omitido el impacto del *Liber Iudiciorum* que, portando en su seno el Derecho Romano Vulgar así como peculiaridades del Derecho Visigodo, sin omitir la importancia de las costumbres autóctonas en territorio que fuera de la antigua Hispania, fue el hilo conductor por el que circuló el Derecho Hispánico entendido como derecho común.

En el medio siglo que transcurre desde las *Constituciones* de Diocleciano y Valentiniano, aparece clara la intención del legislador de deslindar el concepto del *precarium* de cualquier posibilidad de aducir la prescripción mediante la tenencia de la tierra a lo largo de determinado tiempo, pues se trata de equiparar la figura de quien es tenedor en precario, al arrendatario que paga una renta o canon, que no es *possessor ad usucapiendi* quien hace frente al pago, en el tiempo pactado, de una renta.

⁶⁶³ Justiniano. *Codex*, 8, 9, 2: “*Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri, contra eos interdicto proposito, manifeste declaratur*”.

⁶⁶⁴ Justiniano. *Codex*, 7, 39, 2: “*Eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem. Nemo igitur, quod ad possessionem conductor accedit, diu alienas res retiñendo ius sibi proprietatis usurpet, ne cogantur domini aut amittere, quod locaverunt...*”.

Interpreta Claudio Sánchez Albornoz⁶⁶⁵ la tesis de Ernst Levy en el sentido de que para salvaguardar la humillante situación de la *locatio conductio*, se acudió al expediente de potenciar la institución de la *precaria*, como degeneración del *precarium*. Lo que en términos históricos ha sucedido es que la sociedad ha evolucionado hacia conceptos sociales feudalizantes. El hecho de que se tratara de poner un valladar al peligro de la alegación de la *prescriptio*, propició temporalizar la institución del *precarium* mediante la atadura del *iure precario ad tempus*. Sin embargo, en el fondo se traslucía una nueva situación social. Era el inexorable aspecto de la inseguridad. Muchos pequeños propietarios acudieron al expeditivo sistema de ceder en plena propiedad sus terrenos a poderosos personajes o sólidas instituciones. Sin dejar de cultivar esas tierras, pero con la finalidad de pagar el peaje de la garantizada seguridad, anualmente quedaban obligados a pagar un canon o renta.

Y a ello hay que añadir la práctica del Derecho Romano Vulgar de escriturar documentalmente la situación, para tener maniatados a los arrendatarios ante la eventualidad de cualquier pretensión o reclamación que pudiera perjudicar los derechos de los propietarios. Dar el salto conceptual de considerar la cesión en *precaria* para estimar estas situaciones como contrato agrario, fue un caso claro de adaptar la legislación protectora de los derechos de los *dueños* de la tierra, como un paso intermedio entre el Derecho Romano Vulgar y el Derecho Medieval.

La evolución de los estamentos medievales tiene vinculación con la *precaria* medieval. Está directamente relacionada con el uso de la donación, donación referida al uso de la tierra. No se puede dejar de poner en relación la institución de la *precaria* con el feudo, que puede éste ser visto como una forma de aquélla, desde luego incardinada plenamente en el contexto del sistema feudal. Esta relación viene dada porque en el fondo de ambas late la forma de establecer en la sociedad un entramado de relaciones personales. Así se explica la atadura de la cesión a un plazo determinado. Los derechos reales sobre la tierra no pueden en modo alguno desvincularse plenamente del derecho de obligaciones, obligaciones consistentes en la contraprestación de determinados servicios de armas o derivados del vasallaje. Late en este tipo de concesiones las notas de precariedad y revocabilidad. El *prestimonio*, como instituto jurídico medieval, es, en

⁶⁶⁵ Sánchez Albornoz y Menduiña, Claudio. *El precarium en Occidente durante los primeros siglos medievales*. En *Viejos y Nuevos estudios de las Instituciones Medievales españolas*. Tomo II. Págs. 983 y ss. Espasa Calpe. Madrid. 1976.

el fondo, una forma de la *precaria* netamente hispánica, enmarcada en el mundo social feudalizado.

Un caso paradigmático de acceso a la tenencia de la tierra es el contemplado en el documento fechado a 1098⁶⁶⁶. Se trata de un ruego al que el titular de la tierra impone determinadas condiciones. Recoge la *petitio* que, cuatro nominadas personas y otros socios de éstos, hacen al Obispo Cresconio para poblar y edificar en el lugar en proximidades del monasterio de Trasoi. El Obispo remitió a los peticionarios al Prior Salomón, que era quien regía tal monasterio, y éstos, tras hacer concilio con él, recibieron de su mano autorización para hacer población y edificios. Recibir de su mano se entiende que lo que recibieron era una carta o documento para el fin perseguido y suplicado y con el expresado contenido jurídico, cedido. De cuanta cosecha los repobladores pudieren obtener, debían entregar al monasterio la octava parte como censo, además de las décimas y las primicias. Es evidentemente un arrendamiento, con renta fijada y determinada o determinable. Contenía la prohibición de tomar otro señor u otro monasterio, lo que lleva a concluir en la negativa señorial para evitar que el bien cedido pudiese sufrir un cambio de titulares dominicales. Estamos ante un supuesto claro de vinculaciones personales, como forma primordial de acceso a la tenencia de la tierra. Carecían además de licencia para donar o vender. De este diploma se deriva que los repobladores renunciaban a cualquier posible derecho sobre los terrenos y mejoras que introdujeran, como pudieran ser las edificaciones que alzaren en el lugar. Anualmente debía satisfacer al monasterio, como meros detentadores u ocupantes locaticios, el canon pactado. Se trataba de un contrato agrario. Estimo que en el caso examinado estamos ante una combinación contractual que toma caracteres del precario y los entremezcla con la *locatio*. Aunque se denomina *hereditates* las tierras que trabajan, éstas no pasan de ser una mera situación de tenencia posesoria, con el único derecho a ponerlas en explotación, derivado este derecho de una relación locaticia, con la obligación del pago de un censo anual, como contrapartida.

⁶⁶⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 528: “*et accepimus illud de sua mano pro edificare et populare sive et plantare per ubi suum terminum inveniremus. Et de omnibus que ibi acquirere potuerimus reddamus VIII^a partem ad ipsum monasterium de vaccariza pro censu insuper decimas et primicias de quanto fructo in ipso loco laboraverimus sive in nostris hereditatibus habuerimus. Et non recipiamus super nos alium senioreni nisi qui illum monasterium tenuerit sino arte et sine ulla fraude*”.

Con su característica sutileza, se interrogó Valdeón Baruque⁶⁶⁷ sobre el hecho de que cuando un campesino vende una tierra no se sabe si se está refiriendo a la propiedad plena o al dominio útil. Surge la duda de las genéricas alusiones en los diplomas. Pero no es arriesgado llegar a la conclusión, confrontada en los textos forales que hemos examinado, de que en el concepto genérico de *hereditas* se hallan bienes afectados por el derecho dispositivo. Donarlos, cederlos en herencia o venderlos en realidad no aclara la cuestión. El destino no arroja luz sobre el origen de dichos bienes. La iniciativa privada de plantar *ex novo* una viña en tierra del señor tiene el premio de facilitar al campesino un pleno derecho de propiedad sobre la *medietate*. La otra mitad de la viña permanece integrada en el señorío. Sin perjuicio del derecho del precitado campesino a trabajarla, haciendo suyo el fruto anual y la obligación del pago del canon anual por fuero respecto de esa *medietate* señorial sobre la que dispone de un dominio útil.

Cuando Fernando III emprende la tarea de trasladar el *Liber Iudiciorum*⁶⁶⁸ al castellano romanceado de la época, ya no se hace referencia alguna a la *precariam epistolam*. Centra su atención el legislador en la entrega de la tierra a plazo cierto. Pasado el plazo le debe entregar o devolver su tierra como prometió al dueño. La obligación de devolver la tierra, rige para el receptor de la cesión, una vez concluido el plazo. Sin embargo, el cedente puede recuperar la propiedad cuando quisiere, en cualquier momento. Como puede apreciarse, ya poco antes de mediados del siglo XIII, ha habido un cambio sustancial de las situaciones sociales. No es fundamental la forma documentada. Y en su consecuencia se ha omitido la referencia a la *precaria* visigoda. Se trata de una entrega de tierra basada en la mutua confianza personal entre las partes, sin perjuicio del derecho dominical absoluto, cuya recuperación es ejercitable en cualquier momento. Es consecuencia del ambiente feudalizado que rige en la sociedad. La *locatio*, tenencia de la tierra a cambio del pago de una renta o canon, marca esta relación de subordinación, dentro del contexto de una economía de mercado, pero llegando al mismo resultado práctico. A su lado, emergen formas nuevas de acceso a la propiedad, propiciadas por el sistema feudal, basado en las relaciones personales. Son las entregas de tierras como premio o pago de los servicios personales o militares.

⁶⁶⁷ Valdeón Baruque, Julio. *Las raíces medievales de Castilla y León*, pág. 19. Ámbito Ediciones. Valladolid, 2004.

⁶⁶⁸ *Fuero Juzgo*. X, 1, 12: “Si algun omne da su tierra a plazo cierto, así que desde aquel tiempo adelante que tome la tierra quando quisiere; pasado el plazo le deve entregar su tierra, assi cuemo ge lo prometió”.

Además de las instituciones de acceso a la tierra que hemos examinado, aparece otra forma de tomar el uso de la tierra, en aquellos tiempos socialmente convulsos, consiste en la entrega de la tierra mediante la cesión hecha a un poderoso, procurando su protección. Es buscar la seguridad de la institución del *patrocinio*, ya conocida por el Derecho Romano, que en la Edad Media constituirá un instrumento social para la articulación de la seguridad en la convivencia humana. Servirá como fundamento del régimen feudal o del régimen de señorío. Consiste la institución del *patrocinio* en situarse, de forma en principio voluntaria, bajo la protección de una persona o institución poderosa. La presión del poder señorial ejercida sobre una capa social menos favorecida o débil, como son los descendientes de los pequeños *presores*, que vienen sucumbiendo ante la presión económica y social de los titulares de grandes dominios, hace que se busque la ayuda de la Iglesia, como institución que dispone de una superioridad moral y social reconocida e indiscutible, o de otros poderosos.

Las tierras obtenidas por personas de baja condición social mediante *presura* se trasladaban al patrimonio de un personaje o institución religiosa principal. Seguidamente esas mismas heredades pasaban en *precarium* a los previos cedentes, quienes proseguían en su cultivo poseyéndolas, mediante el pago de un canon como contrapartida: la tierra inicialmente conseguida por *presura* se transformó en un arrendamiento, una *locatio*. Esta fórmula constituyó la base jurídica que propició la formación de latifundios, grandes propiedades territoriales acumuladas en manos de una capa privilegiada, la cual asumía la obligación de proteger a su patrocinado.

En numerosas ocasiones, era el Rey, u otros personajes notables, quienes utilizaban el *precarium* para agradecer los servicios militares prestados por sus subordinados confiriendo el uso de la tierra y otras prebendas. Son los *honores*, las *prestimonias*, o los *atonitos*, por citar algunas figuras, recibidos como premio o en pago del vasallaje, se acogen a la figura jurídica del *precarium*, es decir, de índole gratuita y revocable. Garantizaba la fidelidad del súbdito y a éste el sustento necesario, así como la protección de un personaje poderoso, del que socialmente aparecían como su hombre. Es una institución feudal basada en las relaciones personales de dependencia. Los receptores de tierras, en *honor* o en *prestimonio*, eran personajes instituidos bajo el *patrocinio* de un señor superior.

La figura del *precarium ad tempus* procede del Derecho Romano Clásico y como tal la recoge Justiniano⁶⁶⁹. Es Gayo, como señala Justiniano, quien enfoca la necesidad de constancia mediante escrito para la constitución de la posesión mediante *precario*, entre presentes⁶⁷⁰. Como puede apreciarse ya en la época imperial romana se admitía el escrito como prueba de la constitución de una cesión de bienes mediante el *precario*. Aunque el Digesto no fue conocido y reconocido en la Europa Occidental hasta la Recepción, es difícil entender cómo en el breve espacio de medio siglo que va de Diocleciano a Valentiniano, desapareció de golpe el *precario* romano. Mejor encaje tiene pensar que la vulgarización sufrida por el Derecho Romano desfiguró su contorno y fue transformado en un sistema social que aprovechó la protofeudalización visigoda para conseguir la consolidación de unas relaciones de vasallaje y vinculaciones clientelares en la Hispania goda. A tal conclusión llegó Sánchez Albornoz, cuando estudió, en 1947, el *stipendium hispano-godo y los orígenes del beneficio prefeudal*, para quien el *precarium* bajo el contexto feudal cayó en desuso y sin perder su contenido, en su lugar se acuñaron los nombres de *beneficium*, *stipendium*, y ya en el Derecho Hispánico Medieval, el *prestimonium* o *prestamum*. Tales desvelos investigadores merecieron un elogioso trabajo de Merêa.

III. 8. 3.- Donaciones.

Las donaciones eran práctica muy habitual para las transmisiones, o las cesiones de tierras y derechos. A través del mecanismo jurídico de la donación en numerosas ocasiones se desdoblaba la propiedad con la distinción del dominio útil o posesión, que era el que realmente se cedía, con la reserva del dominio eminente o propiedad, que retenía para sí el donante.

En el Derecho visigodo⁶⁷¹, la primordial exigencia para la validez de la donación precisaba la plena voluntariedad, proscribiendo todo acto en que mediase la violencia y el miedo. La intimidación ocasionaba que la donación carecía de firmeza, es decir, de validez y eficacia transmisiva. En idénticos términos, el *Fuero Juzgo*⁶⁷² se pronuncia.

⁶⁶⁹ D. 43, 26, 4, 4. Texto de Ulpiano: “*Item qui precario ad tempus rogavit, finito tempore, etiamsi ad hoc tempore non rogavit, tamen precario possidere videtur; intelligitur enim dominus, quum patitur eum, qui precario rogaverit, possidere, rursus precario concedere*”.

⁶⁷⁰ D. 43, 26, 9: “*Precario possessio constitui potest vel inter presentes, vel inter absentes, veluti per epistolam vel per nuntium*”.

⁶⁷¹ *Liber Iudiciorum*. 5, 2, 1: “*Donatio, quae per vim et metum fuerit exhorta, nullam habeat firmitatem*”.

⁶⁷² *Fuero Juzgo*. 5, 2, 1: “*La donación que es fecha por fuerza, ó por miedo non aya firmedumbre*”.

Bajo el título de las donaciones, el derecho visigodo contempla una serie de supuestos. Principia tratando las donaciones regias, actos dispositivos del Rey a particulares. No especifica ni concreta las razones o motivaciones de tales actos dispositivos, aunque tales larguezas no son difíciles de su catalogación como premios a determinados servicios militares o por razón del cargo desempeñado. Estas donaciones reales se caracterizan por su carácter personalísimo, con la única obligación subsiguiente a su recepción de pagar los tributos de la heredad recibida. Son derechos transmisibles por herencia. Si el donatario falleciere sin testar, sus herederos la deben haber. La donación es firme, salvo la existencia de conducta culposa, como una ofensa o deslealtad a la persona del Rey, por parte de quien recibiera la donación de manos regias⁶⁷³. Sucintamente aparece en iguales términos consignadas estas donaciones regias en el *Fuero Juzgo*. Tales actos dispositivos tienen para el receptor de la donación un efecto personalísimo, de manera tal que de las realizadas en la persona de un marido, la mujer no puede tener nada, salvo lo que por amor éste le diere. Igual tratamiento del bien donado a la mujer. Estas donaciones son en razón de la persona, y sobre tales bienes nada pueden accionar los esposos a la muerte de su cónyuge. Los hijos heredan sin interferencia de derecho alguno del padre o de la madre, en su caso. Directamente estos bienes procedentes de donación regia, adquieren el carácter de bienes de linaje y quedan sometidos al régimen sucesorio respetando estrictamente el derecho de troncalidad, sin posibilidad de pasar a distinta rama familiar.

La donación era también era el mecanismo transmisivo de bienes utilizado por particulares. En el contexto del Derecho Visigodo, se aprecian dos medios de realizar la donación. Uno es la *traditio* o entrega de mano a mano. Otro es, si la cosa está lejos, mediante escrito, calificado de *scriptura donationis*, en el *Liber* o de *donación perfecta* en el *Fuero Juzgo*. En el mismo precepto del *Fuero Juzgo* -5, 2, 6- se trata del supuesto de la existencia de una condición a la donación, consistente en que el donante tenga consigo la cosa durante su vida y después de su muerte la haya aquel a quien se la da, y conforme la normativa visigoda, el donante puede recuperar la propiedad cuando

⁶⁷³ *Liber Iudiciorum*, 5, 2, 2: “*Donationes regiae potestatis, quae in quibuscumque personis conferuntur, sive conlatae sunt, in eorum iure persistent, in quorum nomine eas potestas contulerit regia; ea videlicet ratione, ut ita huiusmodi regalis munificentiae conlatio adtributa, in nomine eius, qui hoc promeruerat, transfusa permaneat, ut quidquid de hoc facere vel iudicare voluerit, potestatem in omnibus habeat. Qod si etiam is, qui hoc promeruerit, intestatus discesserit, debitis secundum legem haeredibus res ipsa successionis ordine pertinebit, et infringi conlatae munificentiae gratia nullo modo poterit: quia non oportet Principum statuta convelli, quae convellenda esse percipientis culpa non fecerit*”.

quisiere, justificando el legislador tal medida en que esta donación semeja al testamento. Sobre esta interesante cuestión volveremos más adelante.

La donación, en el Derecho visigodo, aparece dotada de unos matices que encajan en el mundo feudal. Ello ha de relacionarse con la institución del *patrocinio*. “*Si quis in patrocinio constitutus est, vel filii eius, aut patronum, aut filius patroni relinquunt*”, reza el enunciado del *Liber Iudiciorum* en 5, 3, 1⁶⁷⁴. En la traducción que se lleva a cabo en el *Fuero Juzgo* desaparece la palabra *patrocinio*. Hace suyas las armas, el *atondo*, que recibiera de su patrón. Si con posterioridad tomare otro señor, pues dispone de libertad para ello, debe devolver cuanto recibiera de su primer señor. Desaparecida la relación de vasallaje, es decir, las obligaciones personales inherentes a éste, desaparece la razón de retener las cosas recibidas. El patrocinado viene obligado en la ley visigoda a entregar a su señor la mitad del botín obtenido en la lid. Como contrapartida, si el vasallo muriere y tuviere una hija, es obligación del señor casarla con hombre conveniente recibiendo todo cuanto el señor hubiere dado a su padre o madre⁶⁷⁵.

En el Derecho Hispánico Medieval, término tan grato a Paulo Merêa⁶⁷⁶, el profesor conimbricense estudió el problema de las donaciones *post obitum* y las donaciones *reservato usufructo*. Respecto de ellas, ya hemos reseñado la solución dada por el Derecho Visigodo. Este tipo de donaciones son a manera de testamento y el derecho de hacer testamento es libre hasta el momento de la muerte. La donación efectuada con reserva de usufructo es por tanto revocable, en el Derecho Visigodo, fundando la revocabilidad en el indicado criterio. Sin embargo, contrariando los principios visigodos citados, en el Derecho Hispánico Medieval aparece el acto jurídico de las donaciones *post obitum* como irrevocable sin que perentoriamente el donante venga obligado a una manifestación de voluntad expresa en tal sentido. La condición de irrevocables de tales donaciones *post obitum* fue apreciada por Gama Barros⁶⁷⁷, quien hizo la sagaz observación de que tales actos no diferían de las donaciones *inter vivos*, señalando

⁶⁷⁴ *Liber Iudiciorum*, 5, 3, 1: “*Si quis ei, quem in patricinio habuerit, arma dederit, vel aliquid donaverit, apud ipsum quea sunt donata permaneant. Si vero alium sibi patronum eligerit, licentiam habeat cui se voluerit commendare...Sed reddat omnia patrono quem deservit*”.

⁶⁷⁵ *Fuero Juzgo*, 5, 3, 1: “*...E si aquel que ayuda a su sennor en hueste o en lid, ganare alguna cosa, el sennor debe aver la meetad...E si el vasallo muriere, é oviere fiiã, é non oviere fiiio, la fiiã mandamos que finque en poder del señor, é que la dé pora casamiento á omne conveniente, é quanto diera el señor al padre ó á la madre, todo lo aya la fiiã*”.

⁶⁷⁶ Paulo Merêa. *Estudos de Direito Hispânico Medieval*. Tomo II. *Sobre a revogabilidade das doações por morte. Notas complementares*. Págs. 173 y ss. Universidade de Coimbra, 1952.

⁶⁷⁷ Henrique da Gama Barros. *História da Administração Pública em Portugal*. Tomo VI, pág. 319. 2ª edição.

también que la firmeza y estabilidad de futuro de tales donaciones eran semejantes a la firmeza de las compraventas. Más adelante nos referiremos a diversos ejemplos extraídos de diplomas que fundan la firmeza en la expresión *magnus est titulus donationis* así como en el hecho de que, en cuanto a los efectos, quedan equiparadas las donaciones y las transferencias de dominio llevadas a cabo por la *emptio venditio*.

Merêa⁶⁷⁸ concluye señalando que por muy influyente que fuere la tradición romana en tales actos traslativos, aceptando que en la raíz de las *donationes post obitum* se encuentran las *donationes mortis causa*, así como la preponderante influencia de la Iglesia en los Estados hispánicos, tal transformación esencial no es fácil de determinar. Es comúnmente admitido, en el Derecho Hispánico Medieval, tanto el cauce jurídico utilizado en las *donationes post obitum* como el de las *donationes reservato usufructo*. Las primeras en traslaciones de la propiedad, o en su caso, de la posesión, efectuada por un particular a la Iglesia habitualmente como su receptora, cesión sobre la que pesa una condición suspensiva, mientras se mantenga con vida el titular de la heredad. Mientras viva el donante, sigue éste trabajando la tierra, fuente fundamental de riqueza y sustento en el Medievo, y solamente a su fallecimiento la donación mediante la *traditio*, se hace efectiva. Hasta ese momento la donación no pasa de ser más que una mera expectativa de transmisión de los derechos sobre la tierra. Así, vemos, a manera de ejemplo, cómo el presbítero Didaco Cidiz, hace donación a la Sede de Coimbra de una viña que tiene más allá del río Mondego y de su casa que tiene en el suburbio de la *civitas*, reservándose el usufructo vitalicio *pro beneficio per benedictione* del Obispo y los clérigos. Es diploma de fecha 1096⁶⁷⁹.

Y no solo la Iglesia es receptora de cosas sino que incluso aparece como donante. Así, en 930 el Abad Reterico dona al Rey Alfonso IV varias heredades y sus libertos⁶⁸⁰. El referido donante dona el pleno dominio de unas propiedades. En otras ocasiones es una mujer, Bona Tructesendiz, quien dona y concede la mitad de toda su heredad al Monasterio de San Cristóbal, sito en *castro amaie*, por donde circula el Duero, en

⁶⁷⁸ Paulo Merêa. *O problema da origem das doações post obitum. Notas complementares*. En *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, Tomo I, cit. pág. 192.

⁶⁷⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 495: “*et que usque ad horam mortis mee acquirere et obtinere potuero ea racione ut ego ea omnia in mea vita usu fructuariuo obtineam pro beneficio per benedictionem episcopi et clericorum eius sedis et post obitum meam reddantur omnia ad integrum supradicte ecclesie sancta marie...*”.

⁶⁸⁰ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la Historia de las Instituciones*, cit. pág. 2: “*...ut tibi domino meo facerem donationem, sicut et facio, de omnibus rebus meis...Dono atque concedo tibi domino meo...qui ista carta a ne rovorata ex mea persona tradat meo domino, sicut et tradidit*”.

territorio *portugalense*, pero introduce en la cesión una condición o modo para que un tercero, el frater Martinus, maestro de ella, tenga esa heredad en toda su vida, y tras su muerte, la heredad pase al Monasterio citado. Va fechado a 1097⁶⁸¹. Es decir, estamos ante un supuesto de donación a un Monasterio, pero el derecho queda debilitado pues la posesión y disposición del bien está en manos de un tercero en virtud de un usufructo dispuesto a su favor. El presente supuesto se aparta de los casos más habituales que son aquéllos en los que se lleva a cabo una donación de un bien, pero el donante se reserva el usufructo vitalicio de ese bien donado.

No solamente era la Iglesia la entidad beneficiada por este tipo de *donationes reservato usufructo*. Hay un caso en que el noble varón Garsea Monniniz en virtud de diploma de 1066⁶⁸² hace donación de un gran patrimonio que poseía en territorio *portugale*, en la orilla del río Duero, nada menos que a Don García, Rey de Galicia. Principia el documento acudiendo al texto de que *magnum est enim titulum donationis* – grande es pues el título de la donación- que ningún hombre puede infringir lo que la ley del fuero prohíbe. Hace escritura y carta de beneficio de todas sus heredades al citado Rey García, pero retiene posesión de las mismas mientras viva el referido donante. El supuesto más habitual de donación es el de *reservato usufructo*, es decir, cuando los derechos de un particular sobre un bien tanpreciado como es la tierra, pasan a integrar el patrimonio de la Iglesia desde el mismo momento en que se suscribe el documento de donación con los requisitos legales de ser recogido mediante escrito, corroborado por testigos y refrendado por las partes, de que da fe el fedatario público, que suele ser el notario de la Iglesia. El documento queda integrado en el archivo eclesial. En este proceso de elaboración del documento se observan los requisitos legales que en esencia proceden del Derecho Romano Vulgar. Queda a favor del donante el derecho de usufructo sobre la tierra donada. Se trata este usufructo de un derecho real sobre la tierra, aunque su efectivo poder sobre la misma se convierta en una mera detentación vitalicia.

⁶⁸¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 509: “*ut deserviant ipsas hereditates superius iam dictas ipsi cenobio iam supra memorato temporibus cunctis et seculis seculorum servata autem modo ut abeat ipsam hereditatem supra memoratam frater martinus magister meus in vita sua post obitum vero suum relinquat eam sanam et intemeratam post partem ipsius monasterii sancti chistofori quod est fundatum secus castrum amaie discurrente flumine durio in territorio et diocese portugalense*”.

⁶⁸² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit., pág., 283: “*sic facimus a vobis nutu dei garsea rex textus scripture et kartula benefactis et placitus firmitatis de omnes nostras hereditates quicquid nisi sumus habere de aviorum parentorum...ut habeamus nos eas in vita nostra et post obitus relinquamus ad vobis eas cum omni integritate prenominatas*”.

Señala Rubio Sacristán⁶⁸³ que la posesión del usufructuario, en estos supuestos, es una *possessio iuris germanici*, es decir, una *Gewere*, como formalidad transmisiva del derecho sobre el bien. Merêa puntaliza esta opinión analizando el parco número de diplomas que sirvieran de base a Rubio Sacristán, en cuya virtud creyó el profesor conimbricense que al utilizar como ejemplo de *donatio reservato usufructo* una donación en que la reserva establecida en provecho de tercera persona, ello no permite llegar a conclusiones seguras⁶⁸⁴.

Interesante en el documento fechado a 951-957 que sugiere un breve comentario. Se trata de una donación entre particulares. El donante es hombre del Rey Ordoño III, que autoriza el acto *cum consilio et voluntate* del citado Rey. Aparece la fórmula calificadora de la donación como gran título que nadie puede romper. Consta carta de donación de una heredad propia que habita el donatario, en agradecimiento a los buenos servicios que hizo y que promete seguir prestando, facultando al donatario para sirva con dicha heredad a quien le beneficiare en *terra Legionense*⁶⁸⁵. El dominio que es cedido es la propiedad eminente, pues al vivir en ella ya tenía el dominio útil, y queda facultado para acogerse al derecho de benefactoría, pero limitado a un Señor del territorio de León.

En alguna ocasión aparece utilizada la vía de disposición a través de testamento para constituir mediante “*testamentum de peculiare*” un supuesto de disposición “*reservato usufructo de pecculium*”. Así se recoge en un diploma de 1057⁶⁸⁶ por cuya virtud el presbítero Adefonsus ofrece a la casa de San Salvador y sus monges o socios como entonces a veces de les llamaba, y al monasterio, en territorio portugalense bajo el monte Custodias por donde discurre el río Leça, a través de su Abad Randulfo, todo el peculio y el *peculiare* tanto como en el momento de testar tiene y todo cuanto pueda

⁶⁸³ Rubio Sacristán, José Antonio. “*Donationes post obitum*” y “*donationes reservato usufructo*” en *la Alta Edad Media de León y Castilla*, pág. 7. AHDE. Madrid, 1932.

⁶⁸⁴ Paulo Merêa. *Sobre a revogabilidade das doações por morte*. En *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, tomo I., cit. pág. 174, nota (3).

⁶⁸⁵ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la Historia de las Instituciones*, cit. pág. 3: “*una cum consilio et voluntate rex domno Ordonio...Magnus est titulus donationis in qua nemo potest hactum largitatis inrumpere...ut facerem tibi kartula donationis de ipsa tua hereditate propria in quod habitas...Damus et confirmamus propter mandaterias et servitios bonos qui nobis fecisti et promitis facere. Et facias que tua exinde voluntate extiterit, et servias cum ipsa hereditate qui tibi beneficerit in terra Legionense*”.

⁶⁸⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 248: “*...omne pecculio vel **peculiare** meun tam que habeo vel de hodie die augmentare vel ganare potuero usque ad obitum meum ab integro illum offero ad ipsum locum sanctum...et decimus in isto testamento ut habeamus ipso peculio in vita nostra et post nostrum obitum sit post parte monasterri leza...*”

umentar hasta el día de su muerte. Esto lo recoge en el testamento añadiendo que en su vida tenga el testador el peculio y tras su muerte, sea del Monasterio. Añade que es dueño de unas salinas en la hoz del citado río Leça. Actuó como notario el citado Abad Randulfo, cuya presencia notarial muy activa ya hemos reseñado. Este interesante personaje ya le hemos visto acudiendo a la Asamblea del Concilio de Coyanza y tomando notas sobre el contenido de los Decretos allí acordados. En este caso contemplado, en el citado diploma, aparece un *usufructo reservato* pero limitado a un peculio, es decir, una propiedad indeterminada de derechos, normalmente constituidos por metálico. Al vocablo *pecculium* se añade el término calificativo *peculiare* que puede hacer referencia a cuanto el presbítero Adefonsus pueda añadir de igual naturaleza a lo que en el momento de testar obrase ya como peculio consolidado y determinado. Este sentido puede estar justificado por la reserva del usufructo que lleva a cabo, pese a que en el testamento concreta que desde el momento o tiempo en que testa sus bienes, tanto el peculio como la *hereditas*, salen de su patrimonio y pasan al derecho patrimonial de ese monasterio.

La donación era una fórmula jurídica muy común en que los efectos desplegados, en cuanto a su relación con el tiempo, quedaban de alguna manera pospuestos, si se realizaba una reserva del usufructo del bien donado. Aquí, sin embargo, se aprecia un supuesto de *usufructo reservato* sobre un peculio cuya administración queda en las manos de su dueño, es decir, el cedente del mismo, con plenas facultades sobre el mismo hasta justo el momento de su muerte. Y dada la redacción del testamento, estimamos que las salinas, bienes de propiedad del presbítero que incluye en la escritura de testamento, también quedan sujetas a la reserva del usufructo, dado que en el mismo reza “*ipsum peculium vel hereditas*”.

De nuevo en el diploma de fecha 1069⁶⁸⁷ volvemos a ver a Tructesindo Gutierrez y su esposa Guntrode acrecentando su copioso conjunto de propiedades al recibir de Garcia Menendici y su esposa Odrocia los cuales les hacen un “*placitum et scriptura firmitatis*” por toda cuanta heredad tienen éstos en la villa de porcos, dejando la misma en vuestras manos o de vuestros hijos o nietos “*post obitum vero nostro*”. Se trata de

⁶⁸⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 298: “*que si abuerit a vindere aut a donare a vos et ad fillis vestris per precio iusto et filiis et neptis nostris ad illos vestros sic faciant et non abeamus licentia cum illa pro in scriptura aliena mittere et si abuerit inde ad exire pro in alia terra que llecse illa ad vos pagada et post obitum vero nostro relinquamus illa in manus vestras aut de filiis et neptis vestris...*”.

una carta de firmeza conteniendo con cierta complejidad dos interesantes aspectos: la primera es que contiene expresa designación de *usufructo reservato*; y la segunda es la promesa en firme de venta mediante el establecimiento de un precio justo, pues la firmeza de la transmisión ya ha quedado establecida por las partes, pero los efectos de la *traditio* o entrega efectiva de la posesión de la heredad quedan pospuestos hasta el hecho de la muerte efectiva en cuyo momento pasará a manos de los adquirentes, sus hijos o sus nietos, mediante el cumplimiento de la contrapartida del señalamiento de un precio justo y, desde luego, el pago efectivo del mismo. También las partes establecen una especie de derecho a comprar la finca con carácter preferencial si el titular de la misma, durante su vida y en todo caso, antes de su muerte, tuviere que irse a otra tierra. Nuevamente, volvemos a encontrarnos con un caso de entrecruzamiento del derecho de obligaciones, nacido del principio de la libre autonomía de la voluntad particular, y su repercusión en los derechos reales, de notoria influencia en la creación y delimitación de los derechos de propiedad o de posesión.

Un complejo caso es el observado en el diploma de fecha 1074⁶⁸⁸. Se trata de un asunto en que Petrus, que era el Obispo de la Iglesia de Braga, se negaba a reconocer al presbítero Gundesindus, de la iglesia de San Julián, sita en la villa de tabalazus, si no le hacían a él la dote y restauración de dicha propiedad, según el *canon* enseña. Este hecho debe encuadrarse dentro de la aplicación de la legislación canónica para las personas religiosas y bienes integrados en la doctrina de la Iglesia, tanto personas como bienes, y que coincide con la revalorización de los amplios poderes institucionales de los Obispos y la obediencia que a los mismos les es debida. Restauración de la iglesia de San Julián debe ser entendida no como la reparación del templo, sino como la devolución del mismo al poder episcopal. El precitado presbítero accede a la disposición del Obispo acatando los cánones de la Iglesia según el Obispo le había ordenado, pero pospone los efectos transmisivos al hecho de su muerte, como hombre del clero de Dios. Es decir, a cambio de la bendición y la paz, pero reservando a su persona el usufructo vitalicio “*in mea vita in quantum vixerit habeat et possideat*”. No tengo ninguna duda que el Obispo

⁶⁸⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 317: “*et noluit venire si non fecisemus ei dotem et restaurationem sicut kannon docet...et stet illa ecclesia in honore sicut vos ordinaveritis et ego in mea vita in quantum vixerit habeat et possideat et post obitum vero meum qualivet homo clericorum dei que nos bene videritis abitet et possideat et sic per manus vestras sicut de aliquis aepiscopuis de ipsa sede bragarensi ecclesie qui post vos evenerint faciant quod voluerint sicut kannon dicet...*”.

Petrus, de Braga, debía conocer con perfección los Decretos del Concilio de Coyanza. La versión que ofrece de la mano de Randulfo de tales Decretos, y que recoge el *Livro Preto sedis Coninbricensis*, imponía la obediencia al Obispo así como que los clérigos no debían tener propiedades⁶⁸⁹.

Interés jurídico complejo reviste el *testamentum donationis* fechado a 1044, por el que el conde Piniolo Jiménez y su mujer la condesa Ildontia donan al monasterio de San Juan de Corias diversas iglesias, villas y cenobios, siervos y los servicios que éstos debían prestar al monasterio. La villa donada es la de Corias con todo cuanto en la misma los donantes tienen, señalando cuatro iglesias con sus villas y pertenencias, que fueron de sus parientes y tienen, en plena propiedad *per iure eterne conmutationis* de la Sede Ovetense y su canónica. Tras describir las restantes propiedades donadas *cum suis pertinentibus et peculiaribus*, proceden a significar con sus nombres a los siervos de la tribu *Ismalitarum*, señalando que los donantes recibieron tales siervos del Rey Vermudo en la *mandatio* de aquella *tertia* de Cangas. Seguidamente el documento reseña los deberes de los siervos para con el Abad del monasterio de Corias: Trabajar para el cenobio dos días por semana, en los trabajos ordenados por el Abad y a expensas del monasterio. Otros cuatro días trabajen en lo que los siervos quieran, siendo su único dueño el Abad. El Conde Piniolo concede al Abad y a los *cultores* o administradores de Corias el derecho a acogerse a patrocinio de quien los defienda, ya el Papa, el Rey o persona *potente* que quisieren, de manera tal que los parientes de los donantes nunca tengan derecho dominical alguno⁶⁹⁰.

Nuevamente volvemos a ver aparecer en otro diploma, éste fechado a 1075⁶⁹¹, a Tructesindo Gutierrez y su esposa Guntrude recibiendo una *cartula donationis et firmitatis*, ahora de varias mujeres, respecto de la sexta parte de una cuarta parte, lo que patentiza el carácter expansivo de las propiedades del tanta veces citado matrimonio, así como la gran parcelación de las mismas. Lo notable de este diploma es la invocación de

⁶⁸⁹ García Gallo y de Diego, Alfonso. *El concilio de Coyanza*, cit. Según la versión portuguesa, el Decreto II-2 preceptúa “*et nichil habeant proprium nisi per licentiam sui episcopi aut sui abbatis*”, texto que en la redacción ovetense no existe. El texto portugués, Decreto II-3, coincidente en este extremo con el ovetense, éste en el Decreto II-2, recoge el primero lo siguiente: “*et ipsi abbates suis episcopis sint obedientes sicut sancti canones docent*”.

⁶⁹⁰ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la Historia de las Instituciones*, cit. págs. 18-21.

⁶⁹¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 321: “*et facimus de ecclesia sancta marina de VI^a IIII^a nos invenit in portione de padre ianardo et de presores nostros...in territorio portugalensis...damus ad vobis illa in ofretione pro que aiudastes nos in alias nostras ereditates cum nostros eredes et dicit liber gudorum que valeat vindictio sigut donatio*”.

las vendedoras referente a la procedencia de dichos bienes, que remiten a la *presura*. Este dato viene complementado por la invocación de la causa de la transmisión cual es que los adquirentes ayudaron a las cuatro mujeres que llevan a cabo la donación, pues las ayudaron en sus heredades ante las pretensiones de otros presuntos herederos, basando tal acto dispositivo en lo que dice el *Liber Gudorum*, cuando se sienta la doctrina de que vale tanto la venta como la donación, a efectos transmisivos.

No es motivo de sorpresa la reiteración de la invocación en la aplicación del *Liber* en cuanto a la vigencia de la doctrina jurídica en el mismo contenida. En otro documento, éste de 1089⁶⁹², referido a la confección de un testamento en el lugar de Santa María, toponimia muy común en el siglo XI, Iohannes y su esposa Matrebona hacen *cartam vel testamentum*, siendo muy frecuente que la disposición por vía testamentaria sea realizada por matrimonios conjuntamente, lo que equivale a resaltar el carácter de bienes ganados, en régimen de gananciales, respecto de su *hereditate* que ellos mismos califican de “*nostra propria*” señalando el origen de la heredad en la *presura* así como en la merced de Don Sesnando, a quien ya hemos visto aparecer antes. Este ilustre personaje fue Cónsul en Coimbra, nombrado por el Rey Don Fernando y, a su muerte, ratificado en el cargo por su hijo, el Rey Alfonso VI. Cuando el diploma califica esta *hereditas* como una cosa “*nostra propria*” está informando que esa propiedad o *hereditas*, dispone del título expresivo del más pleno dominio, es decir, que se trata de un bien sobre el que se dispone de un poder absoluto. Significa además que nadie tiene sobre ese bien ningún derecho ni pesa sobre el mismo ninguna carga.

La donación fue el mecanismo legal que en 1080 sirvió a Leoderigu Leoderiquiz, que era presbítero, para hacer a favor de dos sobrinos suyos una “*kartula donationis vel perfiliacionis*”, versando la *donatio* respecto de heredad recibida de su padre y sita entre el río Duero y el Tâmego, al lugar de leoderiz, de la cual el presbítero tenía la sexta parte. Inicia el documento resaltando el gran título que es la *donatio* y, seguidamente, añade una referencia al *Liber Iudiciorum*⁶⁹³ al señalar “*denique lex canet gotorum ut*

⁶⁹² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 430: “...ut faceremus cartam vel testamenti hic in loco sancte marie de hereditate nostra propria quam habemus da presuria et da mercede de alvazir domno sesnando domno nostro exaltet illum deus”.

⁶⁹³ *Liber Iudiciorum*, 5, 2, 6: “*res donatae si in presentia testum traditae est, nullo modo repetantur a donatore. ... Hoc tantum observandum est, ut si donator dixerit, nec dedisse nec derexisse scripturam, sed sublatam sibi fuisse, tunc ille vir, cui res donatae sunt, per testem convincat ad ipson donatore eandem aut traditam sibi, aut directam, aut ex eius voluntate in potestatem suam redactam, et dum provaverit, stabilis habetur*”.

rem donata si per presentibus tradita fuerit nullo modo reputantur sed per testes et scripture convincat' tal y como el diploma contiene. De nuevo encontramos una referencia al *Liber*. Se trata de un supuesto de típica donación con su consiguiente carta de confirmación pues el presbítero donante recibe de sus sobrinos una vaca con su ternero. Exige el presbítero que, después de su muerte, en el día de San Martín por remedio de su alma, ofrezcan cirios y oblaciones en el templo.

La donación, instrumento de traslación de derechos sobre la tierra, efectuada en beneficio de un poderoso, presuponía aligerar una parte del conjunto de los bienes familiares, en beneficio de un tercero y en quebranto de los herederos del donante. Tal transmisión quedaba netamente justificada acuñando la fórmula de "*pro remedio anime mee*" o "*pro remedio animarum nostrarum et parentum nostrarum*", es decir, por remedio de mi alma o por remedio de nuestra alma y de nuestros hijos. En la Edad Media fue mecanismo corriente en el tráfico inmobiliario la *donatio pro morte* invocando la justificación de hacer la donación *pro anima*⁶⁹⁴. Es práctica justificativa habitual en estos diplomas. Es profusamente usada incluso por los Reyes o sus Condes⁶⁹⁵. Hay también constancia documental sobre el origen de una propiedad mediante la *presura*, y expresando tal título con que la misma es donada. Así, en diploma fechado a 1087⁶⁹⁶, el Abad Petrus dona a la iglesia de Santi Martini, en territorio conimbricensi, en la parte occidental por donde discurre el Mondego, una tierra que tiene en aquel campo "*de apresuria*", es decir, adquirida y acreditada su propiedad mediante el título habilitador de la *presura*.

La donación se convierte, en muchos territorios peninsulares, en un instrumento jurídico frecuente en todo tipo de transmisiones de derechos sobre el uso de la tierra.

⁶⁹⁴ Paulo Merêa. *Sobre a revogabilidade das doações pro morte*. En *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, Tomo I, pág. 173. Coimbra, 1952.

⁶⁹⁵ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Códigos*, cit. pág. 25. En 941 el Conde Fernán González, su mujer e hijos donan al Abad y monjes de Cardeña el Monasterio de Javilla y así reza: "*et...pro remedio animarum nostrarum damus et concedimus...*". En la pág. 514 se recoge el Fuero de Balbás, fechado a 1135, otorgado por Alfonso VII, en que puede leerse: "*...grato animo et spontanea voluntate propter beneplacitum quod mihi fecistis, et pro Dei amore, et pro salute animae meae et parentum meorum, facio vobis cartam donationis et fororum et consuetudinum*". Aquí aparecen recogidas las ideas de una donación, que no es gratuita sino para satisfacer un favor ya hecho, la finalidad regia y de sus hijos de donar por la salud de su ánima y la de sus hijos, el que al hacerlo mediante carta se cumple un requisito legal y finalmente señala que el Emperador incluye y recoge en el Fuero otorgado además el derecho consuetudinario observado en el lugar. El Rey no crea el derecho, sino que lo fosiliza documentalmente.

⁶⁹⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, Lisboa, 1867. Kraus Reprint Ltd, Liechtenstein, 1967. Pág. 404: "*offero ad ecclesia sancti Martini que est fundata in territorio colimbricie discurrente flumen mondecum ad partem occidentalis mea terra que habeo in illo campo de apresuria...*".

Así en una donación regia a Villafría, Orbaneja y San Martín, del Señorío de Cardeña⁶⁹⁷, en la actual provincia de Burgos, aparecen dos géneros del dominio, en una misma heredad: el eminente o primario el cual no excluye a otro dominio útil o secundario, subordinado éste al primero. La transmisión de la tierra a terceros, generalmente a través de la donación, no transmite la propiedad, sino una posesión de uso o disfrute o mera tenencia para labrarla, consiste en que cualquier cesión del uso de esas propiedades donadas debe autorizarlas el Abad de Cardeña. Igualmente se aprecia la distinción entre propiedad eminente y propiedad útil en la carta de inmunidad de Villariezo⁶⁹⁸, que otorga en 1042 Fernando I a un Obispo y sus sobrinos, ex Abad de Cardeña aquél, que ya tenía el dominio útil de una heredad. Lo que el Rey citado dona ahora es el dominio eminente. De este acto aparece nítida la distinción entre ambas clases de dominio, y que el *dominus* o titular del dominio eminente es el Rey. El Rey disponía de la soberanía, absoluta propiedad, de la heredad.

Naturalmente, al ser cedida la heredad, le transmite una inmunidad tanto en el aspecto dominical como respecto de los poderes jurisdiccionales, militares y fiscales y de justicia. La cesión en *couto*, de un señorío a un señor, por parte del Rey, muchas veces no supone que el Rey renuncie a la totalidad de las cantidades derivadas de la comisión de infracciones. Así en el Fuero de Estremoz, *fecho* a 1258⁶⁹⁹ y otorgado por Alfonso III Rey de Portugal y Conde de Bolonia, el condenado por *furtum* pagará la composición, es decir, la *Wergeld* germánica, por mitades al Rey y al dueño de la heredad. En algunos diplomas, el vocablo *couto* aparece vinculado a *caritello et hereditate*, aunque como observa Merêa⁷⁰⁰, circunscrito a la región galaico-portuguesa. Se remite al diploma recogido por Hinojosa, que ya hemos reseñado. Por otra parte, además, en un fuero que el Obispo de Mondoñedo concede en 1272 a los pobladores de

⁶⁹⁷ Martínez Díez, Gonzalo. *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*, pág. 26. Burgos, 1982. El tenor literal del mismo es: “*Sic eam integre dono ... et sic dono eam vobis ad plenum ut possitis eam vendere et donare et camiare et facere in ea et de ea tamquam de vestro. Item volo et mando ut villani qui ibidem residentiam fuerint non possint alienare vendere domos, possessiones, hereditates predicta villae sine licentia et consensu Abbatum de Caradigna, neque sub alio dominio mittere*”.

⁶⁹⁸ Martínez Díez, Gonzalo. *Fueros locales*, cit. pág. 28.

⁶⁹⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 682: “*et homines qui habitaverint in hereditatibus de Stremoz si furtum fecerint ut supradictum est, componatur medietatem regi, et medietatem domino hereditatis*”.

⁷⁰⁰ Paulo Merêa. *Sobre a palavra “caritel”*. *Estudos de História do Direito, I, Direito Português*, pág. 193. Imprensa Nacional- Casa da Moeda. Lisboa, 2007.

Seseriz⁷⁰¹, otorga *voz de caritel* con la heredad de nuestro Villar Dameriz y otras propiedades que tiene la Iglesia de Mondoñedo. *Caritel* hace referencia a autoridad y amplio poder, el cual no debe ser infringido.

De este ejemplo cabe deducir que, a mediados del siglo XIII, la función de administrar justicia, de castigar, aún no ha sido asumida por el Rey en su exclusiva totalidad. Está en un punto intermedio entre ser, tal función del ejercicio de la justicia, una cuestión privada y particular y una razón justificativa del poder del Rey, es decir, una función pública. La debilidad del poder regio, sus limitaciones funcionales, demuestran que en tal época el Rey tiene un limitado poder, situación propia de un rey feudal. Tardará aún algún siglo para que se convierta en un Rey Soberano, cabeza de lo que será, más adelante, el Estado Moderno. Sin embargo asistimos ante un hecho del máximo interés que conviene ser destacado en este orden de cosas. El Rey, que ordena y dirige la guerra, carece de ejército. El ejército es la hueste feudal. Y ya en 1258 se observa la importancia, no solo económica, sino en cuanto a las fuerzas que la población urbana puede dotar a esa hueste feudal. Es la pujanza de las ciudades. Hay preocupación por la defensa de las ciudades, y junto a la obligación de acudir al *fonsado*, una parte de los hombres deben quedarse protegiendo a las villas y urbes. Así lo estableció el Cabildo de la Iglesia de Toledo, en 1180-1182, en Fuero otorgado a los habitantes de Santa María de Cortes. Los *milites* irán en *fonsado*, y los *pedites* quedarán en la villa para su custodia⁷⁰². En la citada fecha de 1258, el mismo citado Rey de Portugal Alfonso III otorga Fuero a Melgaço,⁷⁰³ en que se contiene una disposición en cuya virtud se impone a la tercera parte de los habitantes del Concilio o municipio la obligación de hacer *fonsado*, permaneciendo el resto de dos tercios de la población en la villa, sin duda para no dejarla en situación de vulnerable indefensión en caso de ataque.

De lo que se acaba de referenciar puede deducirse que, en la Península Ibérica, también se ha perdido el concepto del Derecho Romano Clásico de la *proprietatis*. Se ha desglosado la propiedad en diversos derechos en virtud de los distintos

⁷⁰¹ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...* cit. pág 179, art. 2º: “*Por estes términos les damos et outorgamus voz de caritel con la heredad de nosso Villar Dameriz...*”.

⁷⁰² De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*cit, pág. 84, art. 3: “*Item –statuimus- si archiepiscopus vel canonici facere voluerint fonsado, soli milites eant in fonsado, et pedites remaneant et custodiant villam suam*”.

⁷⁰³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 685, donde puede leerse: “*et tertia pars de vestro Concilio faciat fonsatum, el alie due partes stent in vestra villa...et non faciatis fonsatum nisi cum domino vestro una vice in anno nisi fuerit per beneplacitum vestrum*”.

aprovechamientos o distintas utilidades de la cosa, como ya hubiera sido atisbado en el Derecho Romano Vulgar. En el Medievo la propiedad contiene las características que en la actualidad corresponden a la Soberanía, que es tanto como decir que al *dominium* se le impregnan funciones propias de lo que más tarde será identificado con aspectos públicos o políticos, funciones características propias del futuro Estado. Es la inmunidad, *dominium* pleno con funciones militares, fiscales y de justicia integradas.

La explicación de tal confusión de lo público y lo privado consiste en la asunción por el régimen político feudal, de la organización articulada del ejercicio del Poder que aparece muy territorializado y parcelado. Y en el solar hispánico se aprecia un hecho nuevo que consiste en que el Rey asume la regiduría del ámbito militar. Cuantos territorios repuebla, organiza o reconquista, pasan a ser suyos, integrados en su Señorío, el Señorío del Rey. Es costumbre regia catalogar, detrás de su nombre, una serie de reinos y ciudades de los que es Rey, titular de la Soberanía. Así será observado incluso hasta tiempos de los Reyes Católicos.

La superpoblación humana del reino astur-leonés impulsó a la expansión hacia el sur, para ocupar el amplio territorio del vacío existente en el Valle del Duero. Son tierras yermas o *heremas*. Grupos familiares, personas particulares, bajo la iniciativa privada, pusieron en cultivo tierras con sus propias manos. Es la *presura*. Las tierras susceptibles de la *presura* eran las que carecían de titular, por ser desconocido y en apariencia haber abandonado el territorio como consecuencia de la guerra como la más posible de las explicaciones justificativas del aparente, visible, abandono del cultivo, y en algunas ocasiones gozando de la previa autorización o posterior reconocimiento del soberano quien de este modo confería al ocupante, *presor*, el derecho de propiedad o posesión sobre ese predio⁷⁰⁴.

Refiere Gama Barros que, concretamente en el territorio de Coimbra, desde 1064, después de su reconquista, es donde y cuando mejor se observa la adquisición de tierras mediante la *presura*. Esta afirmación de tan preclaro historiador, la veremos más adelante patentizada con las pruebas documentales al efecto, pues Gama Barros se limita a observar el hecho. Estamos refiriéndonos a la actividad bélica de los Reyes Don Fernando y a su hijo, Don Alfonso, que eran Reyes leoneses.

⁷⁰⁴ Henrique da Gama Barros. *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*. Tomo IV. Págs. 26-29. 2ª edição.

En estos casos se confirma que el principio general era fijar al ocupante y sus descendientes en el dominio del predio⁷⁰⁵. Actividad de ocupar la tierra mediante la *presura* también es reconocida como un derecho por los Fueros. En el Fuero de la ciudad de Zaragoza⁷⁰⁶ otorgado por el Rey Alfonso I el Batallador, dado a todos los pobladores que ya estaban poblando y a cuantos antes llegaron a repoblar, les respeta los derechos conforme fueron antes tomados por *presura*. Así sucede también en Medina de Pomar pues el Fuero⁷⁰⁷ reconoce la costumbre de labrar las tierras incultas en los términos de la villa. Esta institución de la *presura* da derecho a la posesión de la tierra a veces reforzada con el reconocimiento de un tipo privilegiado de posesión, equiparable al dominio. Y también en territorio tan alejado de la influencia del derecho franco, como es la hoy burgalesa localidad de Frías, existía como derecho de fuero labrar tierras yermas⁷⁰⁸. Y en este mismo texto foral aparece el derecho foral de no ser molestado en la posesión a quien tenga su heredad durante año y día⁷⁰⁹. En el Fuero de Villaverde Mogina, de la misma actual provincia, se legitima la *presura*⁷¹⁰.

Pero no siempre la *presura* tuvo lugar de forma quieta y pacífica. Por carta referente a una heredad sita en la villa de Taboadelo que por consentimiento de los miembros del cenobio de Vimaranes pasó a ser del conde Gundisalvo Menendi con la obligación de su defensa, y a su fallecimiento volvió al citado cenobio por hecho del Rey Don Ramiro. Posteriormente llegó el Rey Don Ordoño Ranemirez y su mujer Doña Elvira quien hizo presa de esta villa y la donó a su yerno Fernando Gundemariz y a su mujer Doña Mummadonna Ordiniz. Es diploma fechado a 1045⁷¹¹, en que tras un largo relato se recoge que dicha villa monacal de Vimaraes –Guimarães- volvió a ser del Monasterio

⁷⁰⁵ Henrique da Gama Barros. *História da Administração Pública*, cit. 2ª edição. Tomo IV, pág. 30.

⁷⁰⁶ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 451 y ss. “*sicut iam ante fuit praesum*”.

⁷⁰⁷ Martínez Díez, Gonzalo. *Fueros locales...de la provincia de Burgos*, cit. pág. 167. Art. 33: “*Sit etiam licitum omnes populatores de Medina omnes terras incultas intra terminos villae laborare*”.

⁷⁰⁸ Martínez Díez, Gonzalo. *Fueros locales...de Burgos*, cit. pág. 173 y ss. Art. 33: “*Et ubicumque invenire potuerint infra terminum hermas terras que non sunt laboratas laborent eas*”.

⁷⁰⁹ Martínez Díez, Gonzalo. *Fueros locales...de Burgos*, cit. Art. 32: “*Et nullus populator de hac villa qui tenerit sua hereditate uno anno et uno día sine mala voce, habeat soluta et libera*”.

⁷¹⁰ Martínez Díez, Gonzalo. *Fueros locales...de Burgos*, cit. Art. 36: “*Homo de Villaviridi qui fecerit presuram in monte et in rivo valeat ei*”. Refiere este autor que este Fuero sigue el modelo del texto foral de Palenzuela. Hemos tenido ocasión de leer este fuero, otorgado por el Conde Don Sancho, obrante en el Archivo municipal y nada dice respecto del año y día. El texto visto es el confirmado por Fernando III.

⁷¹¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 207, en que se refiere que “*post hanc causam venit Ordonio Ranemiriz et sua mulier domna Geloira ad multis temporibus in portugale et pressit ipsa villa per potencia et sine ullo recabito et dedit illa ad suo genro Fredenando Gundemariz et ad sua mulier Mummadonna Ordiniz*”.

mediante testamento que hiciera Menendus al objeto de que después de su muerte se tornen sanas e *intemeratas* al Monasterio. Lo interesante de este testamento es el argumento que el cenobio recoge, que no duda en calificar de *presura por potencia* sobre dicha heredad la que llevara a cabo Ordonio Ranemiriz. Cabe deducir que la fuerza se imponía como derecho, la violencia como modo de apoderarse de las cosas. Se puede igualmente deducir, además, que el cenobio utiliza argumentos de pura justicia para rectificar un acto de arrebato de heredad por puro poderío al usurpar una propiedad eclesial y recuperar legalmente la villa que, con anterioridad, había sido del Monasterio. El acto dispositivo, por vía de testamento, que lleva a cabo el benefactor Menendus desplegó sus efectos jurídicos transmisivos *post mortem*.

Las donaciones dan ropaje jurídico y validez social a una manera de transmitir la propiedad y la posesión de la tierra, que a veces adoptan unos recovecos con la finalidad de buscar para las partes, la reserva de algún tipo de derechos. Aunque muchas veces la donación transmite simplemente la propiedad o la posesión, sin otras ocultas intenciones. Late en Cartemiro y su esposa Astrilli, conjuntamente con sus hijos, la aceptación de la voluntad de Dios, por el remedio de sus almas y de sus difuntos, al donar a la Iglesia de San Salvador y de otras santas invocaciones, una heredad por sus términos que tenían adquirida por *presura*, en la que su hijo Fofino habitó la iglesia de Santa Eulalia fundada en la villa de Sonosello por *presores* de la misma villa. Esta donación es un ejemplo de unos padres que pretenden ayudar a un hijo en la fe cristiana. Aparece en este documento la idea de la *presura* como medio de acceder a la propiedad de la tierra. Actúa de notario el presbítero Menendo⁷¹². En esta reseñada *donatio bonorum*, fechada a 870, se refieren los donantes a que ese bien donado lo tenga y posea –*habeat et possideat*– pero parece evidente que lo que transfieren no es solamente la posesión sino también la propiedad, el dominio, pues ese bien procede de una *presura*. El empleo de los vocablos *tener* y *poseer* es una manifestación evidente de la difuminación conceptual del dominio ya que se relacionan una serie de “*derechos a*” tener y poseer, estando ambas funciones integradas en el *dominium*.

⁷¹² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*. Volumen I, cit. pág. 4: “*Ego Cartemiro et Astrilli accepit voluntas dei et factus de ipsa ecclesia cum ipso casale testamentum post partem de propinquis nostris et pro remedio animas nostras et omnes defunctorum que in ipsa ecclesia sepulti sunt...*”, “*et qui bono fuerit et vita sancta perseveraverit habeat et possideat*”. “*Menendus presbiter notuit*”. Lisboa, 1867. Kraus Reprint, Ltd. Liechtenstein, 1967.

Pero cuando se pretende eludir el asedio de un poderoso y se procura conservar de alguna manera el uso de la tierra como medio de subsistencia, ya conservando la tierra en vida, ya reservando el usufructo vitalicio de la misma, estamos hablando de las *donationes post obitum* y de las *donationes reservato usufructo*, a que ya nos hemos referido. Es cierto que ambas instituciones de traslación de la propiedad o la posesión ya las conocía el Derecho Romano. El Derecho Romano tenía la institución de la *donatio mortis causa*. La *post obitum* en cambio era irrevocable, reuniendo los requisitos de un *negotio inter vivos*. La *donatio usufructo reservato*, fórmula muy empleada en el Derecho Medieval, está comprendida en el *constitutum possessorio* romano, que se basaba en la transferencia de una *proprietas* romana, en la que el transmisor del derecho retenía en su poder la posesión o tenencia del bien, pero con un título distinto.

La transmisión del dominio se perfecciona con el contrato de donación, pero la reserva del derecho de usufructo pasa a constituir un *ius in re aliena*. El enfoque de este problema de la transmisión tuvo un enfoque distinto en Justiniano⁷¹³. La transmisión del *dominium* requiere la justa causa para la existencia del acto dispositivo, seguida o simultánea de la entrega o *traditio*. El simple acuerdo de voluntades es notoriamente insuficiente. La justa causa debía coexistir con la entrega del bien. La retención de algún derecho o la posesión era un nudo pacto y como tal estaba vedado en el Derecho Romano para producir efectos jurídicos.

Una vez más, se aprecia en el Derecho Medieval la desaparición de las rigurosas fronteras delimitadoras de los ámbitos de los derechos reales y de obligaciones. Ambas donaciones, la *post obitum* y la de *usufructo reservato*, fueron contempladas por el Derecho Visigodo⁷¹⁴, y ambas tenían la misma finalidad económica⁷¹⁵, lo cual lleva a

⁷¹³ Justiniano. *Codex*, 2, 3, 20: “*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*”. La *traditio* y la usucapación transfieren el dominio de las cosas, no los pactos desnudos. El derecho justiniano añade un refuerzo a la exigencia de que la *nuda traditio* no es mecanismo legal para transmitir la propiedad, si no hubiere mediado venta o la existencia de alguna justa causa que preceda a la entrega o *traditio*. En D. 41, 1, 31 se recoge un comentario de Paulo al Edicto: “*nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*”.

⁷¹⁴ *Liber Iudiciorum*. Libro V, título II, Ley VI: “*De rebus traditis, vel per scripturam donatis*”. El legislador ampara la donación con reserva del usufructo equiparando la forma de aquélla a manera de testamento. En un párrafo de dicha ley puede leerse: “*Qui vero sub occasione hac largitur, ut eamdem rem ipse, qui donat, usufructuario iure possideat, et ita post eius mortem ad illuc cui donaverit, res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam immutandi voluntatem suam, quando voluerit, etiam si in nullo laesum fuisset se dixerit*”. La firmeza de este acto dispositivo de bienes viene dada por la validez del acto recogido mediante escritura de donación pues entonces semeja la donación

Rubio Sacristán a la conclusión de que ambos institutos tienen muchos puntos en común en el Derecho Germánico. El derecho a una expectativa hereditaria de los hijos, herederos más próximos, a los bienes del causante todavía en vida de éste, es una consecuencia derivada de la comunidad de los bienes en que participan padres e hijos, siendo esta comunidad un patrimonio doméstico⁷¹⁶. Ya hemos visto esto en el Derecho Romano Arcaico, con un reflejo en el *Digesto* al que nos remitimos. Esta expectativa de derechos hereditarios de los hijos era un límite que tenía el poder de disposición del padre sobre sus bienes. El Derecho Germánico contemplaba la posibilidad legal de que disponía el hijo que se sintiera perjudicado por una disposición del padre respecto de los bienes inmuebles, básicamente, aunque tal disposición tuviera el carácter de onerosa, efectuada sin el consentimiento del heredero, y quedaba facultado para impugnarla dentro del plazo del año y día, y de esta manera recuperar el bien enajenado indebidamente, perjudicando los legítimos derechos hereditarios del hijo, por la transmisión que llevara a cabo su padre. Este tipo de transmisiones requería la *laudatio parentum*.

Similares derechos y soluciones jurídicas aparecerán en el Derecho Medieval Hispánico, en concreto en el Fuero de Salamanca⁷¹⁷, aunque con un plazo impugnatorio distinto, pues el transcurso de seis años libera de responder a la demanda. A estas limitaciones del poder de disposición en vida se opuso la Iglesia, que a través del respeto de la parte hereditaria de libre disposición del causante, abrió la puerta a las donaciones *mortis causa* para procurar el bien del alma. De esta manera se forjó el sentimiento social de beneficiar a la Iglesia, aunque con tal criterio no sea posible pensar que fuera, por sí solo, fundamento bastante para llegar a una derogación de la irrevocabilidad de la donación. Mediante este mecanismo, los reyes hispánicos justificaron las donaciones de bienes y derechos a las instituciones eclesiales. No obstante en otras ocasiones, es una autoridad eclesial, es decir, el propio Abad titular del

perfecta. “*quia tunc videtur vera esse traditio, quando iam apud illum scriptura donationis habetur, in cuius nomine conscripta esse dinoscitur*”, dice la Ley VI al inicio.

⁷¹⁵ Rubio Sacristán, José Antonio. “*Donationes post obitum...*” cit. pág. 12.

⁷¹⁶ Heinrich Brunner y Claudius von Schwerin. *Historia del Derecho Germánico*, págs. 244 y ss. Editorial Labor. Barcelona, 1936.

⁷¹⁷ Sánchez Ruano, Julián. *Fuero de Salamanca*. Ley 218: “*Todo omne que vender hereditat faga testigos a sus parientes que an de heredar; e si testigos non fecier duple el aver que pussier si lo arrancaren; e los parientes que ouvieren rancura de la hereditat, e fasta seis annos non demandaren, non respondan mais por ella*”. Y la Ley 204: “*Todo ome que hereditat tovier de su iuro seis annos e non gela demandaren, despues non responde*”. Salamanca, 1870.

Señorío de Sahagún, quien acude a la misma fórmula para justificar la concesión de un Fuero⁷¹⁸. Por otra parte, en el Derecho Hispánico Medieval estaba también arraigada la concepción familiar de los bienes, integrados en un conjunto de bienes familiares⁷¹⁹, y precisamente porque cualquier acto dispositivo de dichos bienes, podría afectar a tales derechos familiares, la confirmación y corroboración de su consentimiento era la prueba de la validez de tal acto dispositivo, evitando cualquier ulterior reclamación impugnatoria⁷²⁰. La defensa de los bienes familiares tiene su manifestación en el derecho denominado de troncalidad para mantener los derechos sobre unos bienes vinculados a la raíz de procedencia familiar, caso de que se carezca de hijos a quienes transmitirlos, con la finalidad de que esos bienes no pasen a otra rama familiar distinta. En los más variados documentos aparecen las fórmulas “*una cum coniuge*”⁷²¹, “*una cum...mea uxore*”. O “*pariter cum coniunge mea*”. El denominado derecho de troncalidad es característico del Derecho Hispánico Medieval, aunque también aparece en el derecho franco, a través del derecho de linaje. Es un principio rector europeo general. Es la reserva de los bienes con vinculación a la rama a que pertenecen, evitando la posibilidad de cambios de familias en la titularidad de ellos. Así viene recogido en el

⁷¹⁸ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. En pág. 307 se recoge el Fuero de 1110 que el Abad del Monasterio de San Facundo y San Primitivo otorga a Sahagún. Reza así: “*Licet largiente...dinationis obtineat vires, tamen oportunitum est hoc futuris temporis per scripture conscribere tramitem...pro animas patris nostri, et pro anima matris nostre, et parentum nostrorum, et pro remissione peccatorum, ut facimus cartulam donationis ad vos homines poblacione...*”.

⁷¹⁹ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *El elemento germánico en el Derecho Español*. Págs. 22-23. Junta para la ampliación de estudios e investigaciones científicas. Centro de Estudios históricos. Madrid, 1915. Cita Hinojosa en pág. 22, nota 3, dos documentos, fechados a 1172 y 1234 para acreditar la participación de los parientes suscribiendo los actos dispositivos de bienes.

⁷²⁰ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. págs. 88 y 89. Recoge un documento de 1187 por cuya virtud los propietarios de la villa de San Miguel del Camino reconocen el señorío de la casa de San Marcos de León, de la Orden de Santiago y establecen las obligaciones que asumen. Dice así: “*Nos heredes, qui moramus in illa villa de Camino que dicitur Santus Michael, facimus kartam donationis omnis hereditatis nostre, quam in ipsa supra nominata villa habemus: scilicet casas, terras, vineas...et quantum ibi habemus vel habere debemus. Hic facimus pro amore Dei et remissione peccatorum nostrorum et parentum nostrorum...*”, concluyendo el diploma con una enumeración de todos los propietarios al decir “*Nos omnes supra nominati heredes cum uxoribus et fillis et filiabus nostris hanc kartam, quam fieri iussimus, propriis manibus roboramus et confirmamus et signa facimus*”, y tras diversas firmas de testigos, encabezadas por la referencia al Rey Fernando con su hijo Alfonso, concluye con *Petrus notuit*, que es el notario que da fe del acto.

⁷²¹ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 266, documento de 1124: “*Ego Alfonsus Dei gratia Hispaniae Imperator, una cum coniuge Regina Berengaria, facio carta donationis...*”. Y en página 267, fechado a 1168: “*ea propter ego Alfonsus Dei gratia Rex Castellae, una cum Alienore Regina, mea uxore...*”. En el Fuero que Alfonso VI en 1084 otorga a Sahagún que corroboran con su firma, confirmando el documento, Urraca, hermana del Rey y su también hermana Gelvira: “*Urraca Regis soror sub Xpti nomine et eius imperio. Gelvira soror eius*”, junto con otros testigos cualificados, abad y Prior y todo el Convento, junto con distintos Obispos, actuando como Notario Alfonso Almiraz quien “*scripsi et confirmo*”.

precepto 78 del Fuero de Baeza. Esta ciudad, en manos musulmanas, tras el asesinato del Baezano, al-Bayasi, fue tomada por Fernando III quien en torno a 1230 concede fuero. Su hijo Alfonso X introdujo enmiendas en 1270 e hizo confirmación en 1273, eliminando la responsabilidad colectiva derivada de hechos delictivos. Pues bien, el antes citado precepto concluye con una norma lapidaria⁷²²: *la raíz torne a su raíz*. Debe ser añadido además que este Fuero fronterizo sigue el modelo de los fueros extensos, de prolija redacción, y pertenece a la influencia del grupo foral del Fuero de Cuenca. Este derecho de troncalidad era observado en el Derecho Franco, mediante la institución del derecho de linaje. De tal realidad cabe deducir la existencia de un Derecho común europeo, como hemos indicado.

Hemos visto la liberalidad del Rey como mecanismo para hacer donaciones a sus súbditos y a la Iglesia. Sin embargo, también hay casos en que es la propia autoridad eclesial la que hace donación de bienes al Rey. Así en 930 el Abad Reterico dona a Alfonso IV varias heredades. Se trata de una donación *post obitum*⁷²³. Las donaciones aparecen teñidas de un grave temor al juicio final, como señalan varios presbíteros, estando dos de ellos próximos a su muerte, *pro remedio animarum nostrarum*, en documento entorno a 773, al donar sus bienes a la Iglesia de San Juan Bautista, y al mismo tiempo se impregna la donación de una dualidad de tiempos, para confirmación de la plena eficacia de tal acto, es decir tanto en la vida de los donantes como también después de su muerte⁷²⁴.

En otras ocasiones, es el propio Rey quien realiza donaciones. Así vemos a Don García, Rey de Galicia, en 1068 haciendo una donación de propiedades sitas entre el

⁷²² Jean Marie Victor Roudil. *El manuscrito español 8331 del Arsenal de Paris*. Este autor publicó en 1962 *El Fuero de Baeza. Edición, estudio y vocabulario*. Publicaciones del Instituto de Estudios Hispánicos, Portugueses e Iberoamericanos de la Universidad Estatal de Utrecht. La Haya, 1962. En su artículo 78 puede leerse: “*Sy varon e la mugier que marit e mugier fueren e non ovieren fijos en uno e camio fizieren casa o molinos o otra lavor fizieren, maguer que la raíz sea del uno, qual quiere d’ellos pareia mientras partan aquella cosa quando menester fuere, tambien en vidas cuemo de muerte. E quando el uno d’elos muriere, el bivo aia la mehetat de la lavor que amos en uno fizieron, e los mas cercanos parientes del muerto aian la otra mehetat. Mas la rayz torne a su rayz*”.

⁷²³ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 2. Reza así: “*sed propria mihi accessit voluntas ut tibi domino meo facerem donationem, sicut et facio, de omnibus rebus meis...Dono atque concedo tibi domino meo; et direxi ex persona mea presentem Fulgaredum presbiterum subrinum meum, qui ista carta a me reborata ex mea persona tradat meo domino, sicut et tradidit....Quemobrem ipsi homines suprascripti ex meo dominio abrasi et dominico iure et dominio post obitum meo abeat et in perpetuo vindicetis, et quicquid exinde facere vel iudicare voveritis liberam in Dei nomine habeatis potestatem*”.

⁷²⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I. pág. 1. Lisboa, 1867. Kraus Reprint Ltd. Liechtenstein, 1967. Puede leerse: “*damus ipsas villas ad locum illius sanctis, tam in vita nostra etiam post obitum nostrum*”.

Duero y el Tâmega, a Monio Veniegas a quien le califica como “*fidele meo*”, expresión que recuerda la pasada época visigoda. Es la fidelidad una especial relación de dependencia con un personaje superior en la escala social. Este Rey Don García, nacido en 1042, era hijo del Rey Fernando I y de la Reina Doña Sancha, de León, y a la muerte del Rey Don Fernando, recibió el reino de Galicia, territorio desgajado de León, recibiendo además, como añadido, el territorio portucalense. El reparto territorial entre sus hijos, contemplado en el testamento de Fernando I, es una consecuencia política de la confusión de los conceptos de propiedad y soberanía. Ello explica la presencia de este Rey, documentada en diplomas de la *Portugaliae Monumenta Histórica*.

No tuvo fortuna de futuro este improvisado reino de Galicia, surgido del criterio del reparto patrimonial regio, más que de derechos políticos o de realidades nacidas de la necesidad social, pues su hermano Sancho le persiguió hasta Santarem, donde le apresó. Ya en 1071 Sancho se intitula reinante en Castilla y Galicia. Lo cierto según este diploma de 1068 otorgó a su referido fiel una “*kartula de hereditate*”. En realidad se trata de una *donatio* justificada con la consabida definición de la misma⁷²⁵, sin que falte el calificativo de “*actum largitatis*”, de viejo recuerdo a las larguezas o donaciones gratuitas que hacían los emperadores romanos extrayéndolas de sus cuantiosos patrimonios. Y de nuevo vemos, en diploma de 1070⁷²⁶, al mismo Rey Don García, “*gratia dei rex filii Fredenani imperatoris et Sanctia Regina*” haciendo un “*textum scripture et kartula firmitatis adque benefactis*” a su fiel Adefonso Ramiriz que lleva el encabezamiento idéntico al que acabamos de ver. Se nos relevará del detalle de las villas que en el diploma se relatan, todas ubicadas en territorio portucalense. Reitera el Rey el apelativo de “*fidele meo*” sin olvidar afirmar que dichas villas son “*ad prestitum hominis est*”.

En fecha 907 Odario David hizo escritura de donación y firmeza de ella de una villa propia nominada Freixeno cerca de Alvarelhos en territorio bracarense y portuclaense, describiendo una casa íntegra, monte y sus aguas con molino y sus prestaciones, al tiempo que le concede unas esclavas suyas moras, cuyos nombres individualiza, villa,

⁷²⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 296. “*Magnum satis est titulus donationis in quo nemo potest actum largitatis inrumpere neque foris legem...*”.

⁷²⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 304. “*et ego garcia gratia dei rex tibi fidele meo adefonso ramiriz do et concedo tibi ipsas villas cum quatumque ibidem ad prestitum hominis est pro servitio bonum qui mihi fecisti et veritamem directam qui mihi dixisti*”.

casa y esclavas que recibiera de su padre, al objeto de que a la muerte del donante se digan misas y enciendan cirios por remedio de su alma. De esta carta de donación merece ser destacado que al diploma se anexa una carta de confirmación en que se recoge que el donante recibe del donatario un vaso de plata y dos lienzos que tanto le complacieron. En la Hispania Medieval la donación carece del sentido de puro acto de liberalidad gratuita, porque contiene, en su esencia jurídica, un sentido de bilateralidad cuya confirmación es la contraentrega y recepción de un regalo, a manera de un precio simbólico, que, a modo de contrapartida, rompa la idea de gratuidad. En la Edad Media la donación no es gratuita. Tampoco es un acto. Es un contrato consensual, bilateral y con efectos traslativos del dominio para ambas partes. Así, en 1077⁷²⁷ Aldonza Ovequiz dona a Fernando Ovequiz, a su mujer Iubilo y a los hijos de ellos, un solar que recibiera la donante de sus abuelos y parientes en la villa nominada Populatione, en el arroyo de Cisneros, con era y huerto, su salida y su entrada. La donación viene justificada por el servicio bueno recibido y por el bien de su alma, para que la sirvan mientras viva y con unas obligaciones tras su muerte. Recibe del donatario y su mujer veinte *sueldos* de plata para corroboración de la carta de donación.

En documento que recoge la donación fechada a 919⁷²⁸, Gundesindo y su esposa Tegla, y otros, donan al Monasterio de Laurbano, en territorio de Coimbra, por remedio de sus almas y las de sus parientes, la villa de Gondelim, por valles que discurren hasta el río Mondego, con barcos y su puerto fluvial, detallando con amplitud todo cuanto dicha heredad contiene, donando todo cuanto se relaciona desde este día, y de que se hace entrega o *traditio* y perpetua confirmación. Del contenido de dicho documento da fe el presbítero Arias, que actúa como notario. En otra donación de fecha documentada 922⁷²⁹ el Abad Gutierre y su hermano Ausindus donan sus bienes propios al Monasterio de Ecclesiola, siendo la justificación de tal acto *pro remedio animas nostras* por cuya razón donan las heredades, junto con las prestaciones que allí se obtienen. En otra

⁷²⁷ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. págs. 32-33. Puede leerse: “*Do tibi ipso solare pro servitio bono que mihi facis et pro anima mea, et ut servias michi in diebus quibus vixero et post obitum meum medie die vel hora volueris inter casata de Vanimirel aut inter casata Afonso Didaz. Et si isti bene tibi non facerint, vadas sub Sancto Facundo: et accipio de te Fernando Ovequiz et de uxore tua Iubilo XX solidi de argento ad roborationem huius cartule*”.

⁷²⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 14: “*Ita damus vobis omnia que superius sonant ut ex presente die sint de nostro iure abrasa et in vestro dominio tradita vel confirmata perpetim abenda*”.

⁷²⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 17: “*pro remedio animas nostras ingenua relinquimus ipsas hereditates cum omnem sius prestationibus que in se obtinet*”.

ocasión son Sendino Roderiqui y su mujer quienes dan a Tructesindo Gutierrez y su mujer Guntrade, una parte que tienen en la iglesia de Santa Marina, fundada en la villa villar de porcos. La razón de tal donación es de agradecimiento a la ayuda recibida de Tructesindo con ocasión de “*baralia*” o conflicto no exento de ejercicio de violencia, que los donantes tuvieron con su familia de ellos sobre los repartos de las heredades familiares. Así indica el diploma fechado a 1074⁷³⁰, estando la heredad donada en territorio portugalense.

Es interesante reseñar la donación en el suburbio de Coimbra, *fecha* en 928⁷³¹, efectuada por Onecca y sus señalados nominativamente hijos, al Monasterio de Lauriban, quienes dan y conceden la villa llamada Villacoba por sus antiguos términos para que la tengan en posesión permanentemente con derecho quieto. De nuevo vuelve a surgir en esta donación la confusión de concepto entre propiedad y posesión. Lo que Onecca y sus hijos donan al Monasterio es la plena propiedad de Villacoba, pues ello se deduce de la calificación que se da en cuanto a la duración del derecho, es decir, permanentemente, y que el mismo, como derecho quieto, no pueda ser en absoluto perturbado por nadie. La razón de la abundancia de diplomas y documentos que han llegado a nosotros, pese a la acción devastadora del paso del tiempo, es el celo protector de sus derechos mostrado por los hombres de la Iglesia que les han conservado. Late en todo este tipo de documentos la preocupación por detallar el bien donado, con toda suerte de datos identificativos, y el traslado de un patrimonio o *iure*, como es denominado, a otro *iure*, así como que el bien es objeto de *traditio* o entrega confirmatoria, reseñando además que la *traditio* se hace para que el donatario lo tenga o posea así como su posteridad, de forma quieta o pacífica y por tiempo indefinido. Todas estas características pueden verse resumidas en la donación de un pomar sito en la villa de Alvarenga⁷³², fecha en 957.

⁷³⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 319: “...quantum in se obtinet et aprestitum ominis est, damus ad vobis illa in ofrecione pro baralia que abuimus super nostra ereditade cum nostras gentes et facestes ad nos ibi grande alhia abeatis illa vos firmiter...”.

⁷³¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 21: “Damus atque concedimus villa quam vocitant villa cova integra pro anima...Et est ipsa villa suburbio coninbrie et dividet cum alia villa cova et cum alquinitia et olibaria. Damus eam ab integrum per suos terminos anticos...ut abeant eam iuri quieto perenniter possidenda”.

⁷³² *Portugaliae Monumenta Histórica, Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 26. Puede leerse lo siguiente: “Ego Cresciduru vobis froila Ansaloniz...faceremus a vobis testum scriptura donacione in pumare...damus vobis de ipso pumare integro...cum suo terreno de nostro iure abraso et in vestro iure sit traditio vel confirmato, abeatis vos et omnis posteritas vestra iuri quieto in temporibus seculorum...”.

En los documentos de *Charta donationis* que al efecto se recogen con gran profusión en *Portugaliae Monumenta Histórica*, aparece con reiterada frecuencia, como complemento de la donación, una *confirmatio*. Generalmente consiste en una contrapartida simbólica, a veces más que simbólica, no expresada en términos monetarios y de un valor menor que el bien objeto de donación. Así en diploma de *Charta donationis sive confirmationis*, fecha a 990⁷³³, se detecta una confusión entre el concepto jurídico de *donatio* y el de *venditio*. La confusión de los intervinientes, es decir, el vendedor Leodegundie, del que recibe la heredad y de los testigos presentes, le lleva a escribir al notario Gontualdo dando al documento el sentido de valer como una “*donacio*” *sicut et* “*vendicio*”, tratándose el negocio en una heredad en la villa de Alduari en territorio de Portugal que se transmite al comprador Tructesendo Osereiz, al objeto de que éste sobre ella tenga potestad y la tenga con firmeza, haciendo entrega para la confirmación del negocio jurídico un buey y una piel, que tanto complació a Leodegundie. Tal posible confusión es más aparente que real. En efecto, con la finalidad de que la donación fuera firme y sus efectos transmisivos definitivos, se identificaba la donación con la compraventa. Tal donación, en cualquier caso, devenía irrevocable. El hecho de que la *donacio* no fuera revocable y confundida con la *vendicio*, siendo ésta irrevocable, tal vez confluyera a la exigencia de una contrapartida en la formalización de la donación, para llegar al efecto de la irrevocabilidad que la venta conllevaba.

En territorio de Portugal, es decir, en los entornos de Porto, Froila y su mujer Toda hacen a favor de Leoderigo una *carta donationis*⁷³⁴ fechada en 994 relativa a una heredad sita en la villa Sumlani y en villa Baquini, cerca del río Duero, donando esa “*medietate*”, a Sarrazina, recibiendo a su vez una carta de confirmación de tal donación, consistente en una copa de plata y XV *solidos* que mucho le complació. Nuevamente volvemos a encontrarnos con un supuesto de donación que en verdad puede ser conceptualizado como un *pactum venditionis* pues el precio recibido como confirmación de tal donación consta en metálico circulante, así como en un vaso de plata, lo que nos pone sobre la pista de una carencia de metal amonedado. Más adelante reseñaremos qué

⁷³³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 99. Puede leerse: “*valeat donacio sicut et vendicie, damus vobis hereditatem in villa alduari territorio portugal...abeatis potestatem ut habeatis firmiter vos et omnis posteritas vestra iuri quieto temporibus seculorum...et ad cartam confirmando accepimus de vos uno bove et una pelle tanto nobis bene complacuit*”.

⁷³⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 105: “*dono vobis ipsa medietate in ipsas villas...et accepimus de vos in ofrecione ad ista carta confirmandum uno copo de argenteo et XV solidos que nichil bene complacuit*”.

alcance tiene la expresión “*medietate*”, siendo suficiente, por ahora, señalar que era todo cuanto de la heredad, el donante podía transmitir, es decir, la mitad, dada su condición de *iunior*.

Un caso de donación pura, sin oferta de su confirmación, es decir, *donatio* totalmente gratuita, es el contemplado en el diploma de fecha 995⁷³⁵, en que el siervo de Dios y presbítero llamado Vermudo dona a Fradimius, presbítero igualmente, una heredad propia procedente de herencia de sus padres y abuelos, por remedio de su alma, sin que conste precio alguno ni confirmación mediante un pago siquiera fuere simbólico. El documento va testificado por otros siete testigos y por el Abad Gartias, que actuó como notario.

Un supuesto de constitución de un usufructo vitalicio, es otorgado por el presbítero Teodomiro, a favor de su criado Gontisalvo para que lo tenga y lo posea durante su vida, sin concederle licencia para poder proceder a venderlo, y a su muerte, sea de Santa María en la sede de Coimbra. En este diploma de 1001⁷³⁶ se dona solamente el usufructo vitalicio constituido a favor del indicado criado.

En 1005⁷³⁷ y en territorio portugalensi, Sandinus, diácono, tuvo en su mano, procedente de herencia familiar, el monasterio de San Andrés a quien complació hacer a favor de Froila Gindisalviz carta de donación de dicho monasterio, y sus casas y pomares “*ad prestitum hominis est*” para que lo tengáis vos y toda vuestra posteridad en derecho pacífico a perpetuidad, inmueble de que se hace entrega y confirmación, y en virtud de carta de confirmación recibe una yegua murzelana. En el presente diploma se respeta la costumbre de conceptuar la donación como un negocio jurídico que no es gratuito. La recepción por el donante de una mula es un acto de confirmación de la donación. En el presente contrato de donación se repite una constante fórmula que se da en casi todos los diplomas al referirse al préstamo de los hombres. Esta expresión puede referirse al origen de la *hereditas* que se transite a un tercero por donación, y que puede hacer un recuerdo de ello, es decir, que el bien transmitido tuvo su origen en un

⁷³⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 109: “*Ideo plagui mici per bona pacis et voluntas ut facera ad ipsius locis eglise...pro remedio anime mee...*”.

⁷³⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 114: “*ut illum abeas in vita tua et possideas. Et non do tibi licenciam vendendi sed post obitum tuum pro anima mea sit sancte Marie colimbriensis sedis*”.

⁷³⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 119: “*habeatis vos et omnis posteritas vestra iure quieto in perpetuum huius...in vostro dominio sit tradita et confirmata ut in vita mea faciatis michi bene et admodoretis et post obitum vero meum tradi pro anima mea...et ad cartam confirmandam accepimus de vobis ipsam equam murzelam, vos dedistis et nos accepimus*”.

prestimonio. El *prestitum* tiene su antecedente en el *Liber Iudiciorum*⁷³⁸. En toda la legislación visigoda se aprecia como condición exigible en todo *prestimonium*, la permanencia del requisito de la fidelidad, dato que viene a avalar el proceso de protofeudalización visigodo. Aunque han pasado varios siglos, en los documentos que estamos analizando, permanece el rastro de este “*prestamo de hombre*” que viene a significar la reafirmación del origen de las posesiones, o el uso o disfrute de las mismas, que se transmiten vía donación a terceros. El recuerdo de este *prestamo* en los documentos reafirma esta fidelidad debida, con la obligación de su devolución al señor al término de la relación de patrocinio⁷³⁹. Un diploma de 1025⁷⁴⁰ contiene una muy evidente referencia al origen de préstamo o *prestimonio* de una heredad que los presbíteros Gutierre y Vermudo entregan al Abad Teodegildo y sus hermanos de Vacariza, pues éstos prendaron su *medietate* con cuanto había de préstamo.

Un caso de donación pura, sin constancia de recibir confirmación por parte del donatario, es el contemplado en diploma de fecha 1021⁷⁴¹ en cuya virtud Bronila hizo donación, a Idila y su mujer Astileova, de un casal que la donante tenía en villa Margariti y que hubiera recibido dicha donante de su señora Mummadomna por los servicios que éste recibiera de cuya donación hizo escritura en el concilio de Vimaranes –Guimarães- y la donante Bronila hace entrega de dicha heredad para que se tenga a la donante en la memoria con ofertas de cirios, y oblaciones de pan a distribuir entre los pobres por remedio del alma de referida donante, lo cual se concede con cuantas prestaciones del bien donado se obtienen, para que la tengan los donatarios y su posteridad. En la presente donación está ausente el elemento de *carta confirmationis*, pero la contrapartida consiste en la obligación que contraen los donatarios de atender a los pobres en recuerdo de la memoria de la donante, así como honrar su recuerdo con cirios a encender en la iglesia. Cabe además destacar que la donante a su vez había

⁷³⁸ *Liber Iudiciorum*, Libro IX, título II, Ley VIII: “*et ad prestitutum vel vindicationem gentis...*”.

⁷³⁹ Sánchez Albornoz y Menduñía, Claudio. *En torno a los orígenes del feudalismo. Libro I-Tomo I. Fideles y gardingos en la monarquía visigoda*, cit. pág. 137, nota 51, en que cita del *Liber Iudiciorum* la Ley V, 3, 4: “*Ita ut supra premissum est, quicumque patronum suum reliquerit et ad alium se forte contulerit, ille cui se commendaverit, det ei terram; nam patronus, quem reliquerit, et terram et que ei dedit obtineat*”.

⁷⁴⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 169: “*et prendates vestra medietate parada de quanto ibidem habuerit de prestamo...*”.

⁷⁴¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 153: “*Proinde concedimus nobis in memoria in cereum et oblationem panem distribuendo pauperibus pro remedio anime nostre. Damus atque concedimus tibi illa quomodo nobis illa domna concessit cum cuntis aprestationibus sius quantum in se obtinet ad integrum. Habeatis vos et omnis posteritas vestra*”.

recibido este casal de quien hubiera sido su señora, que hiciera la correspondiente escritura ante el Concilio de Guimarães. Nuevamente aquí se vuelve a resaltar el necesario requisito de la constancia por escrito del acto dispositivo, así como de la publicidad y constancia social del acto, que se lleva a cabo ante todo el concilio.

El paso del tiempo y la influencia del clero de la época hace que se vaya privando al *pactum donationis* de la *confirmatio* caracterizada por la recepción de un bien que destruyera el carácter de gratuito de la donación medieval. Siempre y cuando una razón o motivación de índole espiritual constituyera una obligación al donatario. De nuevo se aprecia la interferencia entre el derecho de obligaciones y los derechos reales. Se reitera en los diplomas la definición de *grande* para el *título de escritura de firmeza en el que nadie puede irrumpir estas larguezas*, teniendo el hombre la potestad de su causa de hacer lo que quisiere. Así aparece el encabezamiento del diploma de 1032⁷⁴².

Del examen pormenorizado de los diplomas que recoge *Portugaliae Monumenta Histórica*, se aprecia que el elemento de agradecimiento por los servicios personales y directos prestados y recibidos, va tomando carta de naturaleza justificativa de tal acto dispositivo y se afianza como mecanismo sustitutivo del *pactum confirmationis* o contrapartida que se realiza por el donatario para resaltar el carácter de la no gratuidad de la donación. Son servicios de asistencia personal y generalmente prestados en el ámbito doméstico, con un trato diario muy directo. Así en Diploma de fecha 1034⁷⁴³ se justifica la donación como gran título en el que nadie puede interrumpir un acto de generosidad o largueza ni las leyes del fuero lo prohíben, se dona a Suario Pelagizi y su esposa Eilán, una heredad que tiene en villa Pejarios con todas sus prestaciones, bienes que son ampliamente descritos y de la que refiere ser a préstamo de hombres, por todos los buenos servicios prestados que a la donante tanto le complació y que valga ya como donación ya como venta. Este diploma reviste las características de una donación, y en el documento se le denomina en concreto "*título donationis*". No obstante lo cual y a pesar de lo que se acaba de reseñar del contenido del diploma, a lo largo del mismo se

⁷⁴² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 168: "*Magnum est enim titulus scripture firmitatis in qua nemo potest hactum largitatis irrumpere sed habet omo potestate de causa sua inde facere quod voluerit*"

⁷⁴³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 174: "*deinde de suso damus vobis de quanto ibidem aveo ubique illa podueris invenire in kasas, in pomares...vel quanto a prestidum ominis est..illa alia vobis conzedo comodo vobis delimidavimus pro que est movido et pro alia gias bonas que mizi facestes et servizio bono, que nobis bene complaguit valeat donatio sigut vendizio ...ipsa ereditate de iure meo abraza et de ominis posteridas mea, et in vestro iure tradita et confirmada con cuntis prestatrionibus suis...*"

prescinde de formalismos y se señala que el acto dispositivo valga tanto como donación que como venta, porque tal vez la intención de la parte donante sea ofrecer la heredad transmitida como contrapartida o cantidad adeudada por los trabajos domésticos y personales prestados, aunque al agradecimiento personal sea muy destacado en el tenor del documento. En el diploma no aparece consignación alguna del *pactum de confirmationis*, que pueda permitir pensar en el carácter gratuito de tal donación. Tampoco se omite en el tenor literal del diploma la referencia al *prestamo de hombre*, como manifestación reveladora del origen de dicha heredad, es decir, un *prestimonio*. Sin embargo, puede apreciarse que, en el contexto en que tal expresión aparece, es decir, tras una descripción pormenorizada de sus linderos y acceso y salida que los mismos tienen, la expresión *ad prestidum hominis est*, la misma puede entenderse como mero recuerdo de un origen pasado y que en ese momento se refiere a cuantas son las prestaciones que la heredad conlleva en el sentido del beneficio que su tenencia acarrea. Normalmente tales prestaciones son servicios de naturaleza personal, como las *sernas*. La cesión de un derecho posesorio, de carácter real, acarrea el deber del desempeño de obligaciones de carácter personal, consistiendo las *sernas* en obligatorios trabajos agrícolas en las tierras del señor, preferentemente en la siembra y en la cosecha.

El *prestimonio* aparece con relativa reiteración en los diplomas del último tercio del siglo XI. Así en diploma fechado a 1074⁷⁴⁴ vemos reaparecer a Tructesindo y su mujer, Gontrode, quienes reciben de Fredenando “*cartula firmitatis*” respecto de dos salinas, en funcionamiento, en la orilla del río Ave. La causa de tal acto de entrega de dicha posesión se debe a que Tructesindo había perdido un vaso de plata y que Fredenando tuvo, en su derecho como suyo, oculto muchos días, alegando haberlo dado a otro hombre sin poder recuperarlo. Como compensación entrega sendas salinas “*cum suo aprestamo*”, es decir, con las cargas propias derivadas de la tenencia posesoria de tal *prestimonio*.

Y no solo en tierras portugalenses. De forma explícita cuando en 1131, el Abad de Sahagún con el expreso consentimiento del Prior del Convento de San Salvador de Nogal, concede Fuero a los vecinos de San Martín, en las proximidades de Carrión de

⁷⁴⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 318: “*et facimus cartula firmitatis de II^o sallinas cum sua vida, et abent iacentia ipsas salinas in ripa de ave...damus ad vobis ipsas salinas pro illo vestro vaso de argenteo que perdestes et teuve illo fredenando in suo iure occultato multis diebus et dedit ipsu vaso ad alio omine et non potuit illo sacare de ipso omine damus vobis ipsas salinas cum suo adprestamo ut abeatu firmiter...*”.

los Condes, y según reza el artículo cinco⁷⁴⁵, a los treinta y dos vecinos afectados por la concesión del Fuero les da, para que las tengan en posesión, a cada uno de ellos tres obradas de tierra en concepto de *prestimonio*, tierra entregada en *prestamo* que nadie puede vender, enajenar o dar en prenda excepto a cualquiera de los precitados treinta y dos vasallos.

Igualmente se hace referencia muy concreta a la *traditio* o ingreso de la heredad donada en el *iure* o derecho de los donatarios, aunque lo más probable es que los beneficiados por la donación estuvieran ya viviendo en la heredad. La *traditio*, pues, no es el acto o hecho material de la recepción en la mano del bien transmitido, sino un concepto espiritualizado que permite pensar en todo un compendio de situaciones que se ofrecen desde la salida de un conjunto de bienes del donante, en el caso que nos ocupa, al ingreso o entrada en otro *iure* distinto, el del donatario.

En otro diploma aparece, bajo el aspecto de una *donatio*, una cesión de la cuarta parte o porción de una heredad íntegra hasta la muerte del donante y después de su muerte. Fechado el documento a 965⁷⁴⁶, aunque en dicha donación no aparece una confirmación con un simbólico gesto que destruya la presunción de gratuidad, sin embargo en el documento se hace referencia a un censo del que no aparece detalle acreditativo sobre la cantidad en que pudiera consistir, pero cabe deducir que pudiera entenderse limitada la obligación del pago del mismo mientras viva el donante. Por consiguiente y según esta manera de entender el diploma, se trata de una donación de inmueble con plenos efectos desde la entrega en posesión o *traditio* de las tierras, pero con la contrapartida de abonar un censo, no concretado en el documento, a entregar al donante en tanto éste viva. Y a la muerte del donante, cesa tal obligación. Nuevamente aparece la inevitable confusión medieval entre el derecho de las obligaciones como forma de solaparse la intromisión de aquéllas en el ámbito de los derechos reales.

⁷⁴⁵ Rodríguez Fernandez, Justiniano. *Palencia panorámica foral...*, cit. pág. 235: “*Insuper damus vobis triginta duobus hominibus taxatis eiusdem ville commemorantibus ut unusquisque habeat tres obradas terre, talli pacto quod nullus sit ausus vendendi, inpignorandi seu alienandi nisi predicti vasallos iam dicti prioris de Nogar in eadem villa commemoranti, ita quod nullus liceat venderé vel emere vel impignorare nisi tantum unum solare cum suo prestimonio, et unoquoque faciat forum.*”

⁷⁴⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 56: “*usque ad obitum meum IIII porcione intecra tanmen in vilas in teras in pumares...sive in vita comodo et post obitum meum, et concedimus vobis ipsa hereditatem pro que nobis demisestis ilut censum...*”.

La preocupación regia por propiciar la labor de la Iglesia en pro de los enfermos pobres y los peregrinos, llevó al Rey Sancho en 966⁷⁴⁷ a donar al Abad Primo y su colegio de hermanos, la basílica de Laurebano, para crear un hospital con la finalidad de atender a aquéllos.

En algunos diplomas, como el fechado a 1032⁷⁴⁸ que acoge un testamento, se impone la prohibición de vender o donar el bien dado por disposición testamentaria. En cambio, por testamento fechado a 973⁷⁴⁹ Samaritana concede al presbítero Petrus, sobre la totalidad de los bienes detallados en el mismo, el usufructo vitalicio y dispone que, después de su muerte, es decir, la del presbítero Petrus, los mismos sean del monasterio de Laurbano. El citado presbítero había testado a favor del Monasterio sus bienes entre los que incluía lo que disfrutara en usufructo. En su consecuencia, aparece la idea de que el usufructo es un derecho real y que es transmisible por vía testamentaria que efectuara el titular del usufructo. De similar modo, por diploma fechado a 1001⁷⁵⁰, el presbítero Teodomiro hace carta de donación a su criado Teodomirus mediante la entrega de unos inmuebles para que en vida lo tenga y posea, y después de su muerte pasen a Santa María en la sede de Coimbra, negándole la facultad de vender. Por disposición testamentaria se constituye un usufructo sobre los inmuebles.

Froila Prolix Gundisalvo y Toda hacen un gran título de donación en el que nadie puede irrumpir contra el regalo ni siquiera el fuero del lugar, a favor de Leoderigo y su mujer Ermengru de una heredad cerca del río Duero en villa de sumlano y baquino en territorio portugalense y reciben de los donatarios, en virtud de carta de confirmación, una copa de plata y XV *solidos*, saliendo la heredad donada de su patrimonio y entrando en el de los donatarios mediante la *traditio* y la concesión. Señala el diploma de fecha

⁷⁴⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 58: “*ab integro concedimus et contestamus vobis ut sit pro sustentationem vestra seu ospitum pauperum et peregrinum*”.

⁷⁴⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 169: “*et non habeant licentiam vendendi nec donandi*”, imponiendo la obligación de “*sit eis in stipendium fratrum et hospitum peregrinum...*”. El destinatario de los bienes testados es un monasterio dúplice como se deduce de “*ad ipsum locum sanctum serviendi et fratribus vel sororis ibi perseverandi...*”.

⁷⁴⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 67: “*concedo tibi omnia que super resonat ut in tua vita tua omnia tibi deserviat et post obitum tuum iuri monasterio laurbanensium permaneat simul secundum illo tuo testamentum quod post parte ipsius monasterio testasti...*”

⁷⁵⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 114: “*ut illum abeas in vita tua et possideas. Et non do tibi licenciam vendendi sed post obitum tuum pro anima mea sit sancte Marie columbriensis sedis*”.

994⁷⁵¹ la finalidad para que la “*habeatis et omnis posteritas vestra iuri quieto et in perpetuum*”. El documento acoge la expresión *dono vobis ipsa medietate*, de la que cabe deducir que las partes tienen la cualidad personal de *iuniores*, y que de la heredad descrita los donantes solo pueden disponer de su *medietate*. La expresión *largitatis* recoge una expresión grata a los emperadores romanos, evocadora de tiempos pasados.

Argevadus y su mujer, en diploma de 1008⁷⁵² hacen una donación, principiando el documento mediante una alabanza de tal acto dispositivo como de un gran título en el que nadie puede atacar tal acto de largueza, ni siquiera un fuero, entendida la palabra fuero en el sentido de ser una norma jurídica. Donatario es Didaco Donanizi a cuyo favor hacen carta de firmeza de una heredad en villa de petrafitta, en la urbe portugalense, y de una *medietate* de tierras, pomares y árboles frutales y no frutales, que son “*ad prestitum ominis*”, *medietate* que está afecta al pago de las cargas fiscales. Los bienes son donados por un *iunior* que cede la posesión al decir “*iam in carta possuimus*” y tienen un claro origen de *prestimonio*, dato que se puede extraer de la expresión *ad prestitum ominis* y de la referencia al *fisco*. Esta última referencia al fisco debe entenderse que son tierras procedentes del patrimonio fiscal, sujetas al pago de un canon anual. Con el paso del tiempo llegó a conceptuarse como una renta.

Pactum donationis complejo es el que explicita el diploma de 1008⁷⁵³ en cuya virtud Argerio y Adosinda manifiestan que venderán al presbítero Evenando una heredad que los vendedores tienen en territorio de Portugal en la villa Manualdi que les procede de los abuelos y parientes, casas, pumares, viñas, tierras calvas, fuentes y molino que vienen de su madre Goda y su marido Trastemiro. Cuando en los diplomas de la *Portugaliae Monumenta Histórica* se habla de territorio portugalense, es innecesario

⁷⁵¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 105: “*Magnum est titulus donationis in qua nemo potest ac eum largitatis irrumpere neque foris locum...*” “*...dono vobis ipsa medietate in ipsas villas...et accepimus de vos in offertione ad ista carta confirmandum uno copa de argenteo et XV solidos qui michi bene complacuit*”.

⁷⁵² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 121: “*Magnum est enim in tidullo donationis in qua nemo podens est actum llargidatis irrumpere nec forum...et de alia medietate vobis concedimus in terras et pumares...et in quocumquo ad prestitum ominis... de illa alia medietate nobis inde concedimus ubi illa potueritis invenire pro que me devendates de fisco...et est ipsa ereditate in villa que vocidant petrafitta in urbe portugalensis...*”.

⁷⁵³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 124: “*et concedimus tivi in ista karta creditatem nostra probia quos abemus in villa manualdi territorio portogal... et est fora de alias tuas kartas que ian nos tivi inde rovoramus medietate integra tivi inde concedimus et illa alia medietate reserbamus pro nos et nec vindimus nec donemus ad alio hominem nisit ad te...et consudunasti nos todos tres in tua kasa ad tua bemfeitoria et dedisti nobis adhuc in precio II Boves et III modios de zivaria et II cabras et uno carnario tanto nobis bene conplacuit*”.

afirmar que se están refiriendo al territorio de influencia política de la ciudad de Porto. Pues bien, añade el diploma que la heredad de los citados Argerio y Adosinda, está fuera de otras cartas tuyas en que ya te roboramos la *medietate integra* que te concedimos, dicen los donantes. Éstos reservaron de una *medietate* para sí, con la condición de no venderla ni donarla a nadie excepto al presbítero Evenando en agradecimientos a determinadas ayudas recibidas pues les recibió en su casa y en *benefactoría*, haciendo entrega como precio dos bueyes, tres *modios* de cebada, dos cabras y un carnero. Nuevamente en el diploma que hemos reseñado aparece nítida la confusión de derechos reales, que se transmiten por pacto de venta, con los pactos internos de las partes, que contienen obligaciones que aparecen entremezcladas a lo largo del texto del diploma, como son la obligación contraída por los vendedores, que son *iniuniores* pues solo pueden disponer de su *medietate*, acogiendo una referencia a la *bemfeitoria* como una institución medieval por la que un inferior se somete a otra persona poderosa, con la finalidad de buscar en el poderoso la protección y su ayuda.

Ante el concilio de Guimarães, Doña Mummadomna había donado a su fiel servidora Bronili un casal en villa Margariti; en 1021⁷⁵⁴ la complace hacer a Idila y su mujer Astileova una *carta de casale*. No aparece contraprecio de confirmación, pero les concede el casal para que la donante sea tenida en la memoria con ofertas de *cereum*, es decir, encender velas de cera en la iglesia por su alma, y *oblaciones* de pan a distribuir a los pobres. Es un caso de donación sin confirmación; pero la gratuidad del acto aparece difuminada por la imposición de una obligación, es decir, ofrendas de cirios en la iglesia y alimentar a los pobres. Una vez más, vemos un entrecruzamiento de los derechos reales y de los surgidos de la regulación de las obligaciones.

III. 8. 4.- La *traditio*.

La *traditio* o entrega del bien objeto de una transmisión, hecho en sí mismo de lo más natural, ha sufrido una gran evolución. En el Derecho Romano la plasmación del acto transmisivo mediante un escrito que reflejaba el mismo, tenía un significado procesal meramente probatorio. Así, de la mera una mera costumbre de constancia escrita del Derecho Clásico, evolucionó en el Derecho Vulgar, de simple mecanismo de

⁷⁵⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 153: “*et fecit inde nobis scripture in concilio de vimaranes, proinde concedimus vobis illa ut habeatis nobis in memoria in cereum et oblationem panem distribuendo pauperibus pro remedio anime nostre*”.

prueba a llegar a constituir un elemento esencial del propio derecho⁷⁵⁵. La *traditio per chartam* fue una práctica que, procedente del Derecho Vulgar, subsistió a lo largo del Medievo en la Hispania cristiana.

En el Derecho visigodo la *traditio* se acoge bajo la expresión “*cosas que son dadas luego de mano*”, es decir, entregadas⁷⁵⁶. Esta versión del Fuero Juzgo difiere de la recogida en el *Liber*. En efecto, es más explícito el contexto visigodo, pues se refiere expresamente a la *traditio* y al necesario elemento personal de la presencia de testigos. Los testigos son un instrumento probatorio en caso de discusión procesal acerca de la veracidad material de tal *traditio* o entrega. Para el supuesto de imposibilidad de entrega o *traditio* en mano, por estar la cosa donada lejos *–longe*, dice el texto visigodo, o *luenne* en la versión romance- si es dada por escrito, no debe tener menor valor. En este supuesto, la voluntad de donar coincide con la prueba de la donación, es decir, la *carta donationis*. El escrito es la materialización de una voluntad. Es más, parece ser la voluntad misma.

Tales criterios visigodos se traspasan al Derecho Medieval, aunque la *carta donationis* puede adquirir muchas formas y contenidos. Se puede ello probar en los diplomas de los siglos XI y XII. Así, en diploma conteniendo un *testamentum* fechado a 1090⁷⁵⁷, que hace Trastemiro, del linaje de Moniz, con los testigos *robor* con sus manos la *traditio*. Se aprecia plena coincidencia de personales testigos y la forma escrita. También otro diploma de 1093 ó 1094, relativo a un testamento en el cual el otorgante *robor* con testigos idóneos⁷⁵⁸. Y en 1097⁷⁵⁹ Pelagius Suarici hace testamento a favor de la sede episcopal de Coimbra que *robor* con su mano sobre el altar de dicha Iglesia y, con testigos, hace la *traditio*. Elemento de la *traditio* que, sin duda, aparece en el

⁷⁵⁵ Luis Cabral de Moncada. *A traditio e a transferência da propriedade imobiliária no direito português (séculos XII-XV)*, en *Estudos de História do Direito*, volumen I. pág. 9. Universidade de Coimbra. Coimbra, 1948.

⁷⁵⁶ *Liber Iudiciorum*, 5, 2, 6: “*Res donatae si in praesentia testium traditae sunt, nullo modo repetantur a donatore*”.

⁷⁵⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 443: “*Trastemiro Moniz coram testibus ad roborandum manibus tradidi et ecclesie sancti iohannis bapstiste adsignavi robor*”.

⁷⁵⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*. Volumen I, cit. pág. 475: “*Et accepi cartam coram plurimis et idoneis testibus roboratum...*”.

⁷⁵⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 506: “*quod factum est...atque manu mea roboratum et super altare eiusdem ecclesie coram idoneis testibus traditum est...*”.

pactum permutationis que recoge el diploma de 1096⁷⁶⁰ entre el frater Menendus y Gundesindus quienes intercambian con Gutierre Suaz y Unisco Osoreiz mediante *cartula contramutationis et firmitatis de hereditate*. La forma escrita y la *traditio* aparecen configurados como esenciales en la permuta de bienes. Se añade al acto una simbólica puesta de las manos sobre la carta como su confirmación conjuntamente con la *roboración* mediante signos o señales de las firmas.

Paulo Merêa distingue entre *traditio cartae* y la transferencia de la propiedad *per cartam*. Para Merêa lo fundamental en los documentos de la Hispania Medieval es la *roboratio* del emitente y no la *traditio cartae*. La única *traditio* es la *traditio* o entrega a los testigos del documento o diploma para que la roboran o su *roboratio* por ellos. Sin embargo, mi opinión es que una cosa es la *traditio rei* o entrega de la cosa, acto de alcance jurídico muy concreto, y otra, con efectos puramente probatorios es la *traditio cartae* que los testigos roboran o corroboran. La *traditio* debería constar con la expresión *vobis tradimus*, con clara referencia a la cosa entregada. Hay un caso en que aparece una clara referencia a la *traditio* de una valiosa *hereditas*. Se trata de un *pactum donationis* llevado a cabo por Enrique de Portugal, casado con Teresa, hija de Alfonso VI. Tiene fecha de 1097⁷⁶¹. En dicho diploma se invoca la grandeza del título de la donación y que este acto de largueza nadie lo puede romper. Invoca la *Lex Godorum*, recogiendo la doctrina de que para la validez de la donación o la venta, es necesaria que la cosa donada sea *tradita* presencialmente como requisito esencial, y –añade– convenza por testigos y por escritura. Parece deducirse, de este regio diploma, que lo esencial es la *traditio ante presentibus* y rebaja tanto a los testigos como a la escritura que lo refleja todo, a unos sencillos medios de prueba. Añade el documento que la *hereditas* que dan a Suario Menendiz sale del patrimonio de Enrique y Teresa y entra en su patrimonio *tradito atque confirmato*. Los donantes lo *roboran* y confirman. Ordonius hizo de notario. El propio Rey Alfonso, emperador de toda “*Spanie*” lo confirma, junto con la Reina. La referencia evidente del diploma al *Liber Iudiciorum*, y su reproducción en el

⁷⁶⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 497: “*hodie die et tempore de nostro iure sedeat abrasa et in vtro dominio tradita...*”.

⁷⁶¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. págs. 512-513. “*denique lex canet Godorum, ut valeat donatio sicut venditio, et ut rem donata, si presentibus tradita fuerit, nullo modo repetatur ab eo, sed per testes et per scripture convincat*”. Más adelante puede leerse: “*quos tibi damus, de iure nostro sedeat abraso, et in tuo dominio tradito atque confirmato*”. Antes de las firmas de rigor, reza el diploma: “*et hunc factum nostrum abeat roborare stabilitate...ad tibi Suario Menendiz roboramus et confirmamus*”.

diploma nos lleva a examinar el aludido texto de la *Lex*⁷⁶² que señala que la cosa donada si fue entrega a presencia de testigos, de ningún modo puede ser repetida al donatario. La formalidad de la presencia de testigos, expresión del principio de la publicidad, se convierte en un elemento de irrevocabilidad.

La *traditio cartae* o concebir la idea de una *traditio* simbólica, señala Merêa, se prestan a error de concepto o al menos se presta a toda suerte de confusiones. Para este autor, el Derecho Visigodo, en materia de transferencias de dominio, no crea nada nuevo. Sigue los reflejos testimoniales del Derecho Vulgar. La presunción de espiritualización de la *traditio* no permite albergar la idea de una propiedad transmitida mediante el consenso de voluntades. Es el propio acto jurídico de la donación lo que transfiere la propiedad. Cuando en la *Lex* se habla de dos formas de donar⁷⁶³, ya por *traditio* ya por escritura, en ésta se mantiene como un mero nombre, sin contenido jurídico alguno. Pesaba en el derecho consuetudinario la tradición romanista que no concebía una transmisión de propiedad sin *traditio*. La *traditio* cedió su valor esencial al verse enredada en los entresijos del contrato de donación, suficiente *per se* para transferir la propiedad desde su realización con certeza y de una determinada manera. Para Merêa⁷⁶⁴ hablar de *traditio* simbólica es algo descabellado ya que el Derecho Vulgar desconocía la *traditio cartae*.

III. 8. 5.- Las compraventas.

En materia relativa a las compraventas y permutas de bienes, el Derecho Visigodo contiene las mismas prevenciones respecto de la incidencia de violencia o miedo en la válida eficacia transmisiva de tales contratos. En tales supuestos, señala el *Liber* que sencillamente carecen de firmeza⁷⁶⁵. La traducción al romance, obra del *Fuero Juzgo*, de mediados del siglo XIII, ofrece la misma idea: “*El camio que non es fecho por fuerza ó por miedo, vala asi cuemo la compra*”.

⁷⁶² *Liber Iudiciorum*, 5, 2, 6: “*Res donatae si in presentia testium traditae sunt, nullo modo repetantur a donatore*”. Lo siguiente que refiere la citada *lex* es para diversos supuestos de donación mediante escritura hecha y no entregada la cosa ni la escritura durante su vida; casos en los que la cosa es dada por escrito, aunque no haya entrega, debe valer como donación perfeccionada. En todos estos supuestos, tanto el documento como los testigos son medios probatorios.

⁷⁶³ *Liber Iudiciorum*, 4, 5, 3: “*ut si quid per traditionem rei, seu per scripturam, sive per donationem cuiuslibet, vel coram testibus traditae rei...*”.

⁷⁶⁴ Paulo Merêa. *A donação per cartam no direito romano vulgar e no direito visigótico*. En *Estudos de Direito Visigótico*. Págs. 63-81. Universidade de Coimbra. Coimbra, 1948.

⁷⁶⁵ *Liber Iudiciorum*, 5, 4, 1: “*Commutatio, si non fuerit per vim el metum exhorta, talem qualem et emptio habeat firmitatem*”.

Exige el *Liber*⁷⁶⁶ una garantía adicional para la firmeza de la venta. Se refiere al supuesto de que la figura del vendedor no ofrezca confianza sobre su dominio sobre la cosa que vende, en cuyo caso debe dar un *fiador*, que sea hombre libre, para que la venta adquiriera firmeza. Esta oferta de *fiador* viene a garantizar, en caso de necesidad procesal de verse inmerso el comprador en un pleito en que se ataque por un tercero la legitimidad del derecho del cedente de la cosa, que el fiador responderá de los posibles perjuicios que, al verse privado de la cosa comprada por la legítima reclamación de su dueño, el comprador pueda sufrir. El *Fuero Juzgo* califica a tal como “*vendedor non conuenible*”.

Otra manera de garantizar el contrato de compraventa en el Derecho Visigodo es la venta realizada por escritura, diploma que otorgará plena firmeza⁷⁶⁷. También es firme la venta aunque no se haga mediante escrito si el precio es dado ante testigos. Se pueden apreciar dos distintas formas de dar firmeza a la venta. Tanto la plasmada por escrito como aquella otra que sea verbal, pero con precio pagado ante testigos, son válidas en derecho y adquieren plena firmeza.

En el Derecho Hispánico Medieval poca innovación se aprecia con respecto a la práctica del pasado. Por ello la compraventa es otro mecanismo jurídico a disposición de las personas para transmitir la propiedad o la posesión, es decir, los derechos sobre los bienes. Las fuentes se refieren a ellas con la fórmula de *Charta venditionis*. En términos generales, estos diplomas contienen una detallada descripción de los bienes, básicamente tierras y casales, así como detalle de la procedencia de los mismos, el precio recibido, y la simultánea *traditio* de los bienes inmuebles transmitidos. Siguen y respetan las normas procedentes del Derecho Romano Vulgar, recibidas a través del Derecho Visigodo. Así se recoge en diploma fechado a 883⁷⁶⁸ en que Balteiro y su esposa Ogenia venden a Kartemiro y su esposa Astrillo, a Uiliado y su esposa Teodoriga, a Bonoso y su esposa Eilo, a Ermigio y su esposa Froili. Se describe la propiedad como “pequeños poblados propios nuestros conocidos como baltar y villarino”

⁷⁶⁶ *Liber Iudiciorum*, 5, 4, 2: “*Si venditor non fuerit idoneus, ingenuum fideiussorem dare debet emptori, et emptio ita habeat firmitatem*”.

⁷⁶⁷ *Liber Iudiciorum*, 5, 4, 3: “*Venditio facta per scripturam plenam habeat firmitatem*” añadiendo seguidamente: “*Caeterum si etiam scriptura facta non fuerit, et datum pretium praesentibus testibus conroboretur, et plenum habeat emptio robur*”.

⁷⁶⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. págs. 6 y 7. Puede leerse: “*siant ipsos vilares de iuri nostro abrasos et in vestro iure vel dominio sint traditus vel confirmatu abeatis vos et omnis posteritas vestra...*”.

todo lo cual venden en sus términos percibiendo como precio LX *modios*⁷⁶⁹ que complació al vendedor. Proceden y salen de nuestro derecho, es decir, un pleno derecho de propiedad que se recoge en la manifestación de ser bienes “*de propios nuestros*”, y entran en vuestro derecho y dominio, dice la parte vendedora, se hace la *traditio* y confirmación para que las tengáis vosotros y vuestra posteridad. Concluye con la prevención de que nadie procederá a contravenir dicha carta de donación, señalando la fecha y la *roboración* del documento por sus propias manos, y aparecen las firmas de varios testigos, de los que Nuntimiro es destacado como presbítero. Desde el Derecho Visigodo, la presencia de la figura del sacerdote era imprescindible para dotar de validez al contrato, como se ha dicho. Tal presencia como fedatario, en materia de testamentos, era figura imprescindible. Más tarde tal función pasó a ser competencia del Obispo, como ya hemos visto.

En 929⁷⁷⁰ el presbítero Thoresaruis conjuntamente con sus hermanos y hermanas, vende al Abad Uiliulfus y sus monjes unas salinas propias, es decir, de propiedad suya, sitas en el lugar llamado Capetello en la villa Dagaredi y la mitad de dicha propiedad con sus muros y parte del monte con sus muros de piedra, recibiendo como precio VI *solidos gallicanos* que al vendedor complació. Insiste en la ya vista fórmula de traspasos de derechos así como la prevención de no atacar la validez de la carta. La parte final del diploma es similar al ya reseñado antes. Estas salinas ariani, que nacen de una fuente, tienen establecido como se ha dicho, el precio de VI *solidos gallicanos*.

Esta enigmática referencia a un tipo de moneda que pocas veces aparece en los documentos, mereció el afán investigador de Claudio Sánchez Albornoz⁷⁷¹. Arranca su curiosidad de la pregunta sobre por qué solo se habla de *solidos gallicanos* en *Gallaecia* ante la hipótesis de que tales *solidos*⁷⁷² no fueran de origen franco. El calificativo de

⁷⁶⁹ Sánchez Albornoz y Menduïña, Claudio. *Moneda de cambio y moneda de cuenta*, cit. en *Viejos y Nuevos estudios sobre las instituciones*, volumen II, cit. pág. 865. Señala Don Claudio que el *modio* de trigo y el valor de una oveja, eran moneda de cambio o de pago, equivalentes a un sueldo de plata.

⁷⁷⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 22. Puede leerse: “*et accepimus de vos pretium VI solidos gallicanos quod nobis bene placuit aput vos nicil remansit ut de odie die ipsas salinas et onme sicut superius resonat de iuri nostro in vestro iuri vel dominio sit traditum aveatis iuri quietum et in perpetuo...*”.

⁷⁷¹ Sánchez Albornoz y Menduïña, Claudio. *Moneda de cambio y moneda de cuenta en el reino asturleonés*, en sus *Viejos y Nuevos estudios sobre las instituciones medievales españolas*, volumen II, págs. 855 y siguientes. Espasa Calpe. Madrid, 1976. El peso de estos *solidos* era de entre 3,60 y 3,75 gramos, inferior al *solidus* romano imperial.

⁷⁷² *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 667: “*Et in omnibus aliis rebus habeatis forum et consuetudines et usus de Penamocor*”.

gallicanos intuía la exclusión de que se aludiera *solidos* francos. Y con la apoyatura de otro diploma de 924⁷⁷³, con base en que no había referencia alguna a la posible acuñación de moneda en Galicia previamente a la invasión musulmana, recogiendo el diploma de 924 la frase *solidos gallicanos usui terre nostre*, elaboró la conjetura de que estos *solidos* eran *solidos* suevos, la cual fue adverbada por el estudio de Reinhart sobre la moneda sueva, acuñaciones que circularon por Galicia hasta la época de Leovigildo. Pues bien, desde muy avanzado el siglo VI, hasta el primer tercio del siglo X, estos *solidos* estuvieron en uso en Galicia, con general aceptación, como lo acredita la frase *según el uso de nuestra tierra*. Vemos, por consiguiente, plasmado en este diploma *fecho* en 924 un caso muy claro de consolidación de una costumbre o uso de la tierra, cuya observancia perduró durante varios siglos.

En numerosas ocasiones, en los Fueros se hace referencia a la ampliación de usos y costumbres a lugares distintos. Es poblar *al uso de*, expresión de que cabe deducir que esos repobladores procedan de un lugar en que tales usos estaban rigiendo, y de tal modo son exportados. Así en Fuero de Pena-García, que Alfonso III otorgara en 1256, concede a sus vecinos el derecho foral, el derecho consuetudinario y los usos de Penamocor, y también en el Fuero de Mogadouro, de 1273, en que el mismo monarca concede a estos vecinos que en cuanto a las voces o denuncias, columnias y *portazgo* se rigan por el Fuero de Zamora⁷⁷⁴, lo que constituye una prueba del carácter expansivo de un derecho consuetudinario que adquiere caracteres de una creciente ampliación territorial, así como que las normas consuetudinarias carecen de fronteras y de limitaciones e interferencias de la actividad política del Poder. Es una homogeneización del derecho, tan grata a la actividad de los monarcas, que ven con cierta preocupación la excesiva proliferación de los localismos.

Idea regia que viene reforzada incluso en el aspecto monetario, pues en el citado Fuero de Mogadouro se hace referencia a que el canon anual a abonar al Rey es de

⁷⁷³ *Portugaliae Monumenta Histórica, Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 19. Es un diploma que recoge una venta que hace el presbítero Belisario al presbítero Gundesindus. Cerca del río Ave, bajo el monte de Santa Marta en la villa de Palatiolo, el primero había fundado la iglesia de San Miguel Arcángel describiendo la amplia propiedad, que comprara a Onerico añadiendo “*omnia ad integrum cum omne sua prestancia extra terras et pumares de sitirredo que ibidem iam definitum continet illum aliud omnia vindo eum tibi ad integrum cum omne sua prestancia quicquid in se continent et accepit de te pretio pro inde III XeVim solidos gallicarios usui terre nostre...*”.

⁷⁷⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 732: “*Do et concedo vobis quod vocen et calumpniam et portaginem detis mihi et successoribus meis per forum de Çamora*”.

veinticuatro *sueldos* leoneses de moneda blanca, es decir acuñada con plata, o de cualquier otra moneda que comúnmente circule por esa tierra⁷⁷⁵. A juzgar por cuanto respecto de los pagos que se hacen por las compraventas, en territorio de Coimbra, aparece la plata como metal en que es acuñada la moneda en circulación. Así, en diploma de *pactum venditionis*, fechado a 1096⁷⁷⁶, en villa Mendiga se paga por una viña cantidad de sesenta y cuatro “*solidos argenteis*”. Por consiguiente, puede deducirse que a finales del siglo XI en territorio del reino de León, el sistema monetario se basaba en el patrón plata. Hecho confirmado por diploma fechado a 1018⁷⁷⁷ en que por precio de una venta de una heredad que Ermedinda tenía por mitad con su hermano Cidi en villa de recardanes se pagó con cincuenta *solidos* de plata mediante pago por liberación de cautividad y que unos judíos gestionaron en nombre de esta familia. Pago liberatorio de cautividad que era frecuente pues en 1023⁷⁷⁸ Citello entrega a Gunsalvo una heredad como agradecimiento pues liberó a sus hijos del cautiverio pagando trescientos *solidos* a un moro de Sena.

En otros diplomas aparece el pago de un *pactum venditionis* tanto en un caballo valorado en cincuenta *solidos* y además en otros dieciocho *solidos argenti monete*. Así en documento de 1097⁷⁷⁹. Como precio de venta de una heredad el Prior Martinus, de la Sede de Coimbra vende a Abdalla ben Zoleiman una viña por la que recibe “XXV *solidos monete*” en fecha 1098. Nuevamente aparece señalada la cantidad de XX “*solidos argenti monete*” en documento de finales del siglo XI, en pleito civil pues el Prior Martinus cuya mediación había sido rogada por Arias Menendiz y otros, ya que Pelagio Ramírez y otros, habían cerrado el acceso de agua a un molino y el juez les constreñía al pago de XX *solidos argenti monete* como composición por la injuria

⁷⁷⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 734: “*quod vos et successores vestris detis mihi et successoribus meis annuatim quilibet viginti quatuor soldos Legionenses de moneta branca vel de alia moneta que comuniter currerit in ipsa terra*”.

⁷⁷⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*. Volumen I, cit. pág. 493: “*et illam vineam quam tibi vendimus concedimus tibi cum es ingressus vel regressus eam et accepimus ex tibi LXIII solidos argeteis in pretium*”.

⁷⁷⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 148: “*et accepimus de vobis proinde L^a solidos argenti quos miserunt in nostra captivitate ad illos judeos*”.

⁷⁷⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 156: “*et damus vos ipsas villas pro eo quos sacastes nostros filios de cativo et dedistis pro illis unum maurum de sena CCC solidos...*”.

⁷⁷⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 506: “*Accepi autem de vobis precium unum caballum in L solidos et XVIII^o solidos argenti monete...*”. Similar es el diploma de 1098 en que el pago se hace en una yegua valorada en XXX et V *modios* y con la entrega de “V *solidos argenti*” obrante en P. M. H., vol. I, D et Ch, pág. 519.

inferida. La intervención del Prior y la Iglesia de Santa María ayudó a resolver la cuestión⁷⁸⁰ litigiosa.

Ya a finales del siglo XI, es decir, en 1099⁷⁸¹ parece ser que se ha consolidado el pago en metálico amonedado en metal plata. Así Adosinda Sendinez recibe por precio diez *solidos* de plata.

Zahadón y su esposa Aragunti, Cresconio junto con su mujer Smelio, así como Veremundo tomaron la voluntad de vender a Gondemiro y su mujer Susana, bienes sitos en territorio de Coimbra, de la villa de Albalat, la *tertia* íntegra y de *tertia media* a Gondemiro conceden por sus términos antiguos, que detalla, tierras que llevan al río Mondego. Señala el documento el precio *solidos* CCos Xm *toletanos*. Peculiaridad de este diploma es que Fromarigus, padre del vendedor, había conmutado con el Rey Ordoño, de León, una *senrra* de la fuente auria media, por cuya razón confirman el documento los reyes Veremundus –Bermudo- y Ranemirus –Ramiro-. Además, reseña la transmisión de un patrimonio al otro, con la *traditio* y la confirmación. Es datado en 933⁷⁸².

Además de la observancia de la necesidad del cumplimiento legal de detallar los personajes intervinientes, las propiedades o *hereditates*, el precio y la *traditio* o entrega, como elementos esenciales del contrato, lo que nos lleva a la realidad de destacar que el derecho de obligaciones está interrelacionado de forma inseparable con los derechos reales, este diploma contiene unas peculiaridades que vamos a tratar. En efecto, cuando se habla de “*tertia integra*” y de “*tertia media*”, produce una sensación de perplejidad respecto a qué se puedan referir las expresadas *tertias*. El documento es del primer tercio del siglo X. Estas expresiones, nos referimos a las “*tertias*”, para su correcta interpretación, deben de relacionarse con su propio contexto, es decir, en territorio de

⁷⁸⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 532: “*Domnus autem Martinus motus regatione supradictorum...et constricti a iudice debebant dare XX sollidos argenti monete...et ecclesie sancte Marie reddant illi pacatos ipsos XX solidos... et legaliter componant iniuriam quam fecerint*”.

⁷⁸¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 541: “*et accepimus de vobis in precium X solidos argenti...*”.

⁷⁸² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 24. Puede leerse: “... in territorio coninbriense. De villa albalat *tertia integra*, et de *tertia media* vobis concedimus per suos terminos anticos...” añadiendo más adelante “*et per hunc scriptura venditionis afirmavimus et accepimus de vos precio solidos CCos Xm toletanos tantum nobis bene complacuit penis vos nichil remansit in debitum. Ut odie die et tempore ipsas rationes de ipsas villas de iuri nostro abrasas et in vestro dominio traditas vel confirmatas. Habeatis vos et omnis posteritas vestra quicquid exinde facere volueritis libera in dei nomine habeatis potestate*”.

Coimbra, lo que nos ubica la propiedad en territorio integrado en el Reino de León, añadiendo el diploma “*et vendimus rationes nostras que abemus in villas prenomintas...de villa Albalat*”. El vocablo *tertia* en este contexto no puede interpretarse de otra manera, para que tenga comprensible encaje, si no es como tierra, propiedad raíz, es decir, con referencia a una *hereditas*. Y de tal *hereditas*, el titular que transmite sus derechos, solamente transfiere aquello que realmente puede, es decir, *nostras rationes*, o sea, las partes o porciones que de dicha *hereditas* son bajo su *potestas* y por consiguiente, puede disponer de esas *portiones*. También se refieren a dos tipos de *tertia*, siendo la primera de ellas la *tertia integra* y la segunda la *tertia media*. Son ambas las *rationes* o partes que el vendedor tiene en sendas heredades. La primera o *tertia integra*, debe ser entendida de modo que de esa *hereditas* el vendedor solo puede disponer de una tercera parte de la misma o sea de la tierra allí comprendida. La segunda a *tertia media* puede hacer referencia a que en esa *hereditas* la parte vendedora solamente puede disponer de la tercera parte de su *medietate*, pues es un *iunior* y su poder de disposición tiene ese límite.

En otros documentos, las fuentes hablan, con cierta reiteración, de “*tertia*”. Así, en diploma de 935⁷⁸³ Gondemirus y su mujer Susana hacen *cartula testamenti* a favor del Abad Mestulio y sus hermanos en religión a causa del miedo que la muerte les produce, dejando en primer lugar de la villa de Albalat por sus términos “*tertia*”, y la *tertia* tanto en el monte como en el campo; del campo de fuente auria, la *tertia*; y de pulgaria, la *tertia*. El término *tertia* debe ser entendido como la tercera parte, o un tercio, de todas las posesiones o propiedades enumeradas en el testamento. Al tratarse de unas disposiciones testamentarias, que se trata de terceras partes viene corroborada por ser el límite que tiene el denominado tercio de libre disposición, pues las dos terceras partes pertenecen por ley a los herederos legítimos por línea directa. Tercio de libre disposición por vía testamentaria que de forma habitual y reiterada destinaba el testador a la Iglesia por su alma.

Ya veremos, más adelante, los principios que en el Derecho Visigodo regían en materia hereditaria. Se movían tales principios entre el criterio del respeto al carácter de troncalidad de los bienes, hasta el criterio de plena libertad a la hora de testar. En medio

⁷⁸³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 25: “*In primis de villa de albalat per suos terminos tertia et de alia tertia ítem tertia tam in monte quam in campo, de campo de fonte auria tertia, et de pulgaria tertia*”.

de ambos estaba el principio del derecho de los hijos e hijas a la herencia. Se distinguía el supuesto de sucesión sin habla, es decir, sin haber hecho testamento. Los hijos y parientes eran sus herederos forzosos. Pues bien, Paulo Merêa estudió⁷⁸⁴ el problema de cómo y por qué aparece en materia de derecho sucesorio la facultad de disposición del causante de la tercera parte de los mismos como cuota de libre disposición. Discutido fue el posible origen visigodo de dicha *tertia*, que tuvo su precedente en el tercio de mejora de Ervigio; desde el siglo XI esta *tertia* era más frecuente que el *quinto*, que aparece en el *Liber Iudiciorum*. Las garantías hereditarias para los hijos del causante eran las denominadas reservas hereditarias consistentes en las cuatro quintas partes de los bienes de *abolengo*, afectos por el criterio de la troncalidad, y los dos tercios de los bienes de ganancia o gananciales. Esta reserva se impuso a partir del siglo XIII. La cuota de libre disposición osciló entre el quinto y el tercio. La generosidad de estos actos de libre disposición generalmente iba a parar a la Iglesia por remedio del alma, como rezan los diplomas. La presión ejercida hizo valer el respeto de la *tertia*, que terminó por imponerse como práctica habitual.

Este proceso concluyó con la generalización del tercio o *tertia* de libre disposición. El problema de tal imposición social de la *tertia*, se plantea a la hora de determinar sus antecedentes, pues ya vimos que en el Derecho Visigodo, en la *Lex Gotorum*, la *tertia* solo afectaba al tercio de mejora. Acude Merêa a la explicación de la influencia de la cultura mozárabe, que en convivencia con las leyes musulmanas, adoptaron la *tertia* como parte de la libre disposición de la herencia, y tal costumbre pudo verse traída por dichos migrantes mozárabes a los reinos cristianos del Norte. Pudo suceder también que, tras la reconquista de Coimbra, la población musulmana allí ubicada se desplazó hacia el Sur, por evidentes razones de supervivencia, llevando consigo esta costumbre que, por otra parte, ya habían dejado como derecho consuetudinario en Coimbra. Sea como fuere, la *tertia* aparece en documento de 1146⁷⁸⁵, en que Gundisaluus Cabeza hace testamento señalando que, si falleciere sin hijos, todo lo que tiene reciba el Templo de Salomón y de ello den a su padre diez *morabetinos*, si estuviere vivo. Si por casualidad tuvieren hijos –señala el testador- a ellos vayan los dos tercios del haber y la *tertia* la

⁷⁸⁴ Paulo Merêa. *Sobre as origens da terça*. En sus *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, tomo II. Págs. 57-81.

⁷⁸⁵ Paulo Merêa. *Sobre as origens da terça*, cit. pág. 71: “*post obitum meum accipiant et ex eo dent patri meo X morabetinos si vivus fuerit, Sed fortasi si prolem habuerimus semini meo due parte relinquatur partemque terciam milites accipiunt*”.

reciban los *milites* del Templo. Desde luego que con independencia del pasado jurídico de la *tertia*, así como su posible vinculación con la legislación musulmana, es lo cierto el influjo e influencia de la Iglesia, para la cual un tercio era superior a la quinta parte. Con el paso del tiempo, se fueron entendiendo de manera distinta. Criterios distintos fueron afianzándose en esta materia. Así, cuando en 1271 Alfonso X el Sabio confirme el Fuero de Baeza⁷⁸⁶ se estableció en este texto el principio de igualdad de las partes a cada hijo en su partición del haber hereditario, sin que ni por estar sanos o enfermos justifique atribuir partes desiguales. Y el segundo criterio consiste en la libertad de hacer mandas por su alma, sin establecer ninguna parte respecto del caudal hereditario⁷⁸⁷. No se limita ni al tercio ni a la quinta. Y esta materia hereditaria contenida en el Fuero de Baeza, nuevamente se deja establecida, sin ningún género de duda, el carácter preferencial y prioritario que tiene el respeto al derecho de troncalidad, qua acabamos de ver. Es la prohibición hecha a los cónyuges en el sentido de que no pueden darse absolutamente nada entre sí.

El principio del respeto riguroso a la procedencia de la raíz familiar del bien, en cambio, tiene una excepción, cual es la presencia en el momento en que se lleva a cabo el acto dispositivo de ambos cónyuges así como que los herederos otorguen la donación. Es decir, quienes hacen la donación no es el cónyuge sino los herederos de éste, lo cual constituye la mejor de las pruebas del pleno respeto del carácter troncal de los bienes y que el poder dispositivo de los mismos, ante un cambio de la raíz familiar, corresponde a los herederos, que son quienes en realidad otorgan la donación⁷⁸⁸.

La referencia llevada a cabo respecto, con anterioridad a este inciso sobre la troncalidad, sobre la *tertia* y la *quinta*, nos obliga a replantear la interpretación del Fuero de León, en su ley IX, cuyo tenor en latín no vamos a recoger en aras a la brevedad, evitando repeticiones que pudieran ser ociosas. En apretada síntesis, la señalada Ley del Fuero legionense, que expresamente hace referencia a “*mediam hereditatem*” expresión que guarda paralelismo con “*tertia media*” y la referencia que

⁷⁸⁶ Jean Roudil. *El manuscrito español 8331 de la Biblioteca del Arsenal de París*, cit. Su art. 84 señala que “*por estas razones que son dichas de suso, lo mandamos que sanos ni enfermos non den al I fño mas que al otro*”.

⁷⁸⁷ Jean Roudil. *El manuscrito español 8331*, cit. El art. 85, en su inicio señala que “*quanto a su fin mandaren por su alma varon o mugier firme sea e vala*”.

⁷⁸⁸ Jean Roudil. *El manuscrito español 8331*, cit. Art. 85 del Fuero de Baeza, en su inciso final señala que “*fueras end que el marido non puede dar a la mugier, ne la mugier al marido ninguna cosa, fueras si estidieren los herederos delant e lo otorgaren*”.

aparece en el Fuero de León, un poco más adelante, a una “*hereditatem...integram*” es la “*tertia integra*” que en el documento de fecha 933 se ubica en la Villa Albalat; es decir, el Fuero leonés prohíbe al noble o a persona de behetría comprar solar o huerto de *iunior* excepto en esa media heredad o *medietate*, sujeta al pago del foro o canon, como consecuencia directa de haber sido entregada en *prestimonio*, no a la mitad de la heredad de fuera, como se ha venido entendiendo.

Esta entendida interpretación, sobre la heredad de fuera, es incomprensible porque no se entiende a qué puede referirse al no indicar a fuera de dónde o de qué, de qué lugar o villa o propiedad. Y en esa referida mitad de heredad que compra, no puede el noble y el hombre de behetría hacer población. La explicación más razonable para justificar esta prohibición debe buscarse en que tanto el noble como el hombre de behetría son libres, pero razones de tipo fiscal impiden al noble agrandar sus territorios atrayendo población y, en consecuencia de ello, sus ingresos fiscales mediante imposición de *pechos* a quienes acudieren a la población en manos del noble o de hombre de behetría. Traslado de derechos fiscales al patrimonio de nobles o de hombres de behetría que perjudicarán sin duda a los derechos del Rey. Tal prohibición de hacer población, en cambio, no es absoluta sino que quedan facultados para hacer población o poblar “*in tertiam villam*”, es decir en esa tercera parte de la tierra de la villa, donde hay una población ya consolidada, pues de lo contrario no sería denominada villa, ya que el término villa lleva implícito que tal lugar está siendo habitado, aunque sea de forma mínima, sin llegar a tener la importancia de una *civitas*. El *iunior* que fuere desde una *mandatio*, o sea una demarcación territorial administrativamente organizada, a vivir a otra *mandatio*, puede comprar la heredad a otro *iunior* poseyéndola en su integridad si la habitare. Si no habitare en esa propiedad, puede desplazarse a vivir en villa ingenua o libre, hasta la tierra de la *mandatio*, no hasta la tercera *mandatio*, y ello sin pérdida de la mitad de la heredad o su *medietate*, con la excepción del solar y del huerto, pues huerto y solar se vincula directamente con el hecho de habitar. En el comentado texto de 933, tanto los vendedores Zahadon y otros, como el comprador Gondemiro, son *iuniores*. Esta es mi opinión, la cual discrepa también del texto castellano que Fray Juan de Sobreira, monge benedictino del Monasterio de Benevivere, en las proximidades de

Carrión de los Condes, y que ha publicado Tomás Muñoz y Romero⁷⁸⁹, que en lo sustancial coincide, como no podía ser de otra manera, con el texto latino que igualmente publica. En tierras del reino de León, Alfonso IX⁷⁹⁰ decretó que el *iunior* de cabeza no fuera recibido como vecino en villas de *realengo*; en cambio el *iunior* de heredad puede ser admitido si deja las heredades que llevaba y cumplía con el dueño según fuero. Se trataba de no perjudicar los derechos señoriales. Prohibición que vino a poner término a la pugna entre el Concejo y el Arzobispo de Santiago, pues el primero, para ampliar el número de vecinos, admitía sin reparo a toda clase de *iuniores*. Los nacientes Concejos luchaban por contrarrestar el poder feudal de los Señores.

En este contexto de pugna por el poder, los relativos aplicables a los territorios también son objeto de consideración. Así, en un documento de fecha 933, en tierra de Coimbra, a que nos hemos referido un poco más arriba, solo puede entenderse si *tertia* es considerada como referida a tierra, a la tercera parte de la tierra que está comprendida dentro de una *hereditas*. Coimbra a la fecha del diploma es territorio, conviene no ser olvidado, que pertenece al Rey de León.

Los textos medievales contienen otra serie de referencias a la “*tertia*”. Expresiones éstas dentro de un contexto de testamentos determinando una sucesión testamentaria. Así, hemos localizado un diploma de 981⁷⁹¹, finales del siglo X en territorio del suburbio de Coimbra. Se trata de un testamento de Fredenando Sandiniz y su esposa Geloira en mérito a reconciliarse con Dios nuestro señor realizando una carta de testamento referente a la *tertia de villa nostra propria* llamada Recardanes a la orilla de Agada, siendo dicha *tertia integra* en cuanto a su procedencia de la división de herencia con sus hermanos, asignación realizada mediante suerte, es decir, mediante el sorteo. El testamento está roborado por las manos de los propios autores del testamento, que fue escrito por el diácono Beniamin. Este documento nos obliga a una reflexión complementaria de lo que antes se ha manifestado.

⁷⁸⁹ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. en págs. 60 a 72 el texto latino y en págs. 73 a 88 inclusive el texto en castellano.

⁷⁹⁰ López Ferreiro, Antonio. *Fueros Municipales de Santiago y su tierra*, págs. 243-244. Santiago, 1895. “*Istud mandat dominus Rex pro directo in su aterra, quod totus homo qui fuerit iunior de cabeza et voluerit venire morari ad suam villam, non recipiatur ibi...et si fuerit iunior per hereditatem, ptertat tunc domino suo sicut fuerit fórum de terra et laxet hereditatem et veniat*”.

⁷⁹¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 82. Del mismo debemos destacar lo que sigue: “...*kartula testamenti series benefactis de tertia de villa nostra propia vocitata recardanes in ripa agada... Et habemus ipsa tertia integra per sortem divisionis cum nostros iermanos*”.

Sin perjuicio de ver más adelante lo relativo al testamento como forma de trasladar o transmitir la propiedad o la posesión, es suficiente por el momento el decir que hay diplomas⁷⁹² en que se habla de “*alia tertia*” o de “*tercia porcione*” respecto de las cuales se otorga “*cartula firmitatis*”, en que *tercia* hace referencia a la parte o porción que sobre tal dominio existe. Cuando en el documento referido se habla de “*villa mediana medietate ex integra de ea*”, en este diploma fechado a 1025 se hace referencia a que en Villa Mediana el otorgante tiene una mitad íntegra de la misma.

En aquel diploma de 981, que hemos visto un poco más arriba, se reiteran las expresiones *tertia* y *tertia integra*. Del contexto del diploma se llega a la conclusión de que *tertia* y *tertia integra* no pueden ser entendidas sino como una clara referencia a la propiedad recibida por reparto hecho a la suerte de adjudicación de las porciones de una herencia, explicación que viene avalada por la expresión de “*kartula testamenti series benefactis de tertia de villa nostra propria vocitata recardanes*”. No se habla de *tertia villa* sino de *tertia de villa nostra*, es decir, de la tercera parte de nuestra villa recardanes. En otro diploma, éste fechado a 1018⁷⁹³, que refiere una carta de venta de heredad que lleva a cabo Ermesinda quien, en unión de sus hijos, conjuntamente hacen carta de venta a favor del Abad Emilian y sus hermanos del cenobio en la villa de recardanes de una heredad que la parte vendedora tiene a medias, es decir, por partes mitades, con su hermano Cidi, bien que les transmitiera el padre de ambos, llamado Sagado. En el texto cuando se habla de “*per medium*” no se refiere a *medietate* en absoluto, sino a que en dicha heredad, Ermesinda solamente dispone de la mitad, que recibiera por herencia de su padre.

Una norma hispánica, vigente en el Condado de Cataluña desde tiempos de Jaime I y cuyo origen puede estar en el referido y citado Rey, está recogida en el *Usaje* de Barcelona bajo el nº 145. Viene a derogar una prohibición de enajenar la propiedad llamada *alodio*. El *alodio* era un terreno de propiedad privada, excluida de cualquier atisbo de ser vinculada a la organización feudal de la sociedad. La lamentable situación del pequeño cultivador catalán fue dulcificada con esta decisión del Rey de Aragón. La

⁷⁹² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 160: “*it sunt villa mediana medietate ex integra de ea...que in nostras cartas tenemus etiam in villa aminitello tertia porcione de ea sicut ea fuit de Gondisindo Osorit et de uxu sua domna Eilo, et alia tertia in ipsa villa aminitello...*”.

⁷⁹³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 148: “*et habeo ipsa hereditate per medium cum meo germano Cidi*”.

fórmula empleada “*precipimus*” –preceptuamos- significa un recordatorio de las fórmulas del rey leonés en su Fuero. *Alodiarius* podía ser tanto un *miles* como un *rusticus*, y para vender, dice el Rey, tenga licencia, con la reserva que pueda señalar el *bajulus* –juez- de los nobles. La licencia es tanto para vender como para donar. No hay duda alguna, por así recogerlo referido *Usaje*, de que es el *alodio* una propiedad privada, con todas cuantas cosas allí tiene⁷⁹⁴.

En otros dominios del territorio peninsular, el Fuero de León es un texto que recoge y hace suyo el derecho consuetudinario y tiene aquél una reconocida vocación de llegar a constituirse como un derecho territorial. La sombra del poder regio se va extendiendo en sus territorios. El derecho consuetudinario no se forma y conforma de la noche a la mañana, sino que necesita un largo periodo de tiempo en que se observa de forma continuada en que tres cuartos de siglo son significativamente suficientes para consolidar una costumbre.

III. 8. 6.- Medios de pago.-

Aunque a lo largo del siglo X escasea la masa monetaria, dinero amonedado, sin embargo hay proliferación de monedas de la más diversa procedencia, que aparecen detalladas, en algunos diplomas, como medios o instrumentos de pago. Así, por ejemplo, el diploma de 933 contiene una referencia al precio de doscientos diez *solidos*. Y se señala que el precio se paga en *solidos toletanos*, que Sánchez Albornoz estima ser moneda procedente del ámbito económico musulmán, pues rechaza la posibilidad de que los mozárabes de Toledo acuñaran moneda, dada la dependencia de un poder político organizado⁷⁹⁵. Sin embargo, dada la escasez de moneda acuñada en los reinos cristianos, estimo que el nombre dado a estos *solidos*, es decir, calificarlos de *toletanos*, responde a la presencia de moneda acuñada por los musulmanes y que tienen su llegada al reino de León, a través de la actividad de los comerciantes mozárabes y judíos, venidos desde Toledo con sus preciadas mercaderías, que describiera el citado historiador.

⁷⁹⁴ Brocá i Montagut, Guillem M^a. *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del Derecho Civil*, cit. pág. 171: “*Precipimus enim, ut si quis alodiarius, miles vel rusticus, alodium suum vendere vel dare voluerit ecclesie vel monasterio, aut aliqui, licentiam habeat, salvis bajulis nobilium; et quantum habet in proprietate alodii, tantum habeat in hominibus ibi habitantibus, vel inde exeuntibus*”.

⁷⁹⁵ Sánchez Albornoz y Menduïña, Claudio. *La primitiva organización monetaria de León y Castilla*, en *Viejos y Nuevos estudios sobre las instituciones*, volumen II, cit. pág. 892.

También en documento fechado a 984⁷⁹⁶, sobre venta de heredad que es de Vilarico y su mujer Guanadilli, que transmiten a Izila Christibaliz en territorio portugués, en la villa de Pedroso siendo el precio valorado en un *solido gallecano* respecto de las cosas entregadas. El comercio entre el reino de León⁷⁹⁷ y la sociedad instalada en la mitad sur de la Península era constante e ininterrumpido. Dicha proliferación de moneda procedente del mundo musulmán consta también acreditada en diploma de compraventa, fechado a 943⁷⁹⁸, en que al presbítero Petrus le complació vender a Daniel, también presbítero, la iglesia del primero, denominada de San Cucufato por el precio de cuarenta y cinco sueldos *kacimis* lo que tanto le complació. Reitera esta proliferación de presencia de la moneda musulmana otro diploma de 977⁷⁹⁹ que da testimonio de una compraventa de un molino que el presbítero Daniel y Zuleima y la esposa de éste y sus hijos, todos ellos, tienen en la villa llamada Forma. Daniel era dueño de dos partes y Zuleima del tercio restante. Recibe Zuleima de precio veintidós *solidos* de plata, diez y ocho *solidos hacimis* y cinco sueldos *mohomati*. *Solidos de argento* aparece referido en sentencia dictada por Alfonso VI de 1091 resolviendo una *contemptio* entre el Abad don Diego y los monjes de San Facundo, de Sahagún, contra los vecinos habitantes de Villavicencio⁸⁰⁰. Realmente, en el diploma no se contempla un Fuero, como preconiza Emiliano González Díez⁸⁰¹. El fuero necesariamente debía ser anterior a 1091. El Monarca resuelve aspectos controvertidos en la interpretación que dieran al mismo las partes, sobre ese anterior Fuero, por vía de sentencia.

Otro diploma, éste fechado a 1016⁸⁰² recoge un negocio jurídico por cuya virtud Maurus Mohomat Ibn Abderahmen, hijo de Abderahmen y nieto de Harit, vende al

⁷⁹⁶ *Portugalia Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I., cit. pág. 89: “*et accepimus de vos precio que nobis plaguit inter civaria et zizera et carne uno soldo gallecano vos dedistis et nos accepimus...*”.

⁷⁹⁷ Sánchez Albornoz y Menduñía, Claudio. *Una ciudad de la España cristiana hace mil años*. Ediciones Rialp. Madrid, 1966.

⁷⁹⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 30 donde puede leerse “*pro precio nominato, id est XXXX^a et Ve solidos kacimis tantum mihi bene complacuit, et de precio apud te nichil remansit in debitum, ita ut ab odierno die et tempore sedeat illa ecclesia de iuri meo abraza et in vestro dominio tradita vel confirmata perpetim abitura*”.

⁷⁹⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 76. Recoge en cuanto al precio la designación que sigue: “*Et ego Zuleiman accepit de vos argentum solidos XXII, XVII solidos hazimis et V solidos mohomati*”.

⁸⁰⁰ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la Historia de las Instituciones*, cit. pág. 40: “*Ad Vela, qui erat cecus, X solidos de argento*”.

⁸⁰¹ González Díez, Emiliano. *El Régimen foral vallisoletano*, págs. 83-84. Valladolid, 1986.

⁸⁰² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 143: “*in villa vellella territorio colimbrie a parte aquilonis cum omne quod aprestitum est hominis ex quattuor partibus*”.

Abad Dulcideo, del cenobio de Laurbano, un fundo de su heredad que tenía en la villa de Villella en territorio de Coimbra con todo “*quod aprestitum est hominis*” de la cuarta parte de tierras cultas e incultas con sus casales, todos los edificios e higueras a cambio del precio de cuarenta *solidos* de plata pura que el Abad y la congregación dio y recibió el vendedor. Refiere el vendedor que “*ullam pressuram hominis fecimus*”, lo que excluye cualquier posible derecho fundado en la ocupación y el cultivo del fundo mediante la *presura* con el plazo de año y día, como una forma de garantizar al comprador la inexistencia de cualquier tipo de posibles derechos que pudieran ser alegados sobre el fundo derivados de cualquier tipo de *presura* que se pretendiere alegar por un tercero.

La referencia a moneda de plata pura implica la garantía de que el metal con que se ha amonedado no ha sido objeto de manipulación o merma de su ley. A principios del siglo XI, en el Reino de León está en vigor el sistema monetario basado en el patrón plata, que impusiera Carlomagno dos siglos antes, en sustitución del patrón oro. Ello fue así por la razón práctica de dotar a la población de moneda para intercambios comerciales, ante la carencia de metal áureo con el que poder proceder a la fabricación y acuñación de moneda. El nombre del vendedor y su procedencia familiar no deja duda alguna sobre la pacífica convivencia de población de moros y cristianos. El mismo Abad Dulcideo y los padres del cenobio de Laurbano, en fecha 1016⁸⁰³ compran a Zuleiman iben Aciki en la villa de Uiaster tierras cultas e incultas, viñas, huertos, todo tipo de pumares, casas techadas y sin techado, todo ello al precio de veinte *solidos* de plata *kazimi*. Por otra parte, junto a estas monedas de acuñación musulmana, también existían y circulaban con general aceptación y complacencia en el reino leonés, los antiguos *solidos* romanos. Así se aprecia en un diploma de 952⁸⁰⁴, por cuya virtud se testimonia por escrito una compraventa que Uiuildi y sus hijos, es decir, la unidad familiar, sobre una heredad propia que tienen en territorio Uarganense en la villa llamada Alvarenga que procedía de sus padres y abuelos, fincas que son descritas, que

terras ruptas vel inruptas cum sous casales vel omnibus edificiis et ficaris...omne ad intecrum concessi supradicto abbati pro XXXX solidos de argento puro. Abbas et omne congregationem dediti et ego accepit... ”.

⁸⁰³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 143: “*hoc totum sano animo integroque consilio menteque perfecta pro XX solidos de argento kacemi tantum miho bene conplacuit... ”.*

⁸⁰⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica, Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 37, de que destacamos “*pro pretio que nobis dedisti XXVIII solidos romanos usum terre nostre*”.

compra Froila y Eleva, por el precio de ventiocho *sueldos* romanos de uso en nuestra tierra. La referencia, nuevamente recogida en los textos, de “*solidos* romanos que son de uso en nuestra tierra”, viene a confirmar que el *solidus* romano era algo más que una mera unidad de cuenta, sino que realmente circulaban entre la población y que eran sobradamente conocidos y admitidos, según el uso de la tierra.

En la actual provincia de Palencia, en Fuero de Paredes de Nava⁸⁰⁵, fechado a 1128, la pena económica para los casos de producción de heridas, se cifra en cinco *sueldos*. Por supuesto que en esa época tal moneda es un recuerdo del pasado que pervive entre la sociedad. Moneda que se puede apreciar reflejada en el Fuero concedido a Astudillo, *fecho* a 1147 al señalar el *pecho* por matar a caballero de dicha villa en *quingentos solidos*⁸⁰⁶. Alterna la referencia de moneda entre el *solidus* y la *moneta regis* el Fuero de Villamuriel. En esta aparente distinción monetaria, no obstante estimo que procede distinguir entre *solidus* como moneda de referencia de valor y *moneta regis*, como la moneda regia de uso corrientemente aceptado, bajo el aval regio. Situación monetaria que se observa en el Fuero que el Abad de Oña⁸⁰⁷ otorga en 1190 a los collazos del Monasterio, con referencia a la *moneta regis* y el *solidus*. En el antiguo reino de León, a partir de Alfonso VIII y de Fernando II, el derecho de acuñación de moneda fue un privilegio real, con excepciones muy restringidas⁸⁰⁸. Hacia 1160, el rey Fernando II labró moneda mudando los *solidos de vellón*, que mezclaban plata y cobre en su composición, por otros *solidos* denominados *leoneses* que en lugar de seis *dineros* significasen doce *dineros* cada uno. La vinculación del territorio de Villamuriel, una legua al sur de la sede palentina, al reino leonés no admite duda. El referido Fuero de Villamuriel⁸⁰⁹ fue otorgado por el Obispo palentino Don Raimundo II en 1162, emparentado con la realeza al ser tío-abuelo del Rey Alfonso VIII, además convertido

⁸⁰⁵ Rodríguez Fernández, Justiniano. *Palencia, panorámica foral de la provincia*, pág. 85. Palencia, 1981.

⁸⁰⁶ Rodríguez Fernández, Justiniano. *Palencia, panorámica...cit*, pág. 98, nota 8: “*Et si aliquis occiderit cavallero de Astutello, pectet pro illo quingentos solidos...*”.

⁸⁰⁷ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit, pág. 91, art. 3º: “*Tali pacto damus vobis hoc forum, ut unusquisque vestrum qui propriam domum habuerit, per festum Santi Michaelis persolvat abbato Honie duos solidos menete regis; et si aliquis moratus fuerit inter vos per annum et domum conduxerit, persolvat unum solidum*”.

⁸⁰⁸ Sánchez Albornoz y Menduïña, Claudio. *La primitiva organización monetaria de León y Castilla*, pág. 334. AHDE. Madrid, 1928.

⁸⁰⁹ Sáez Sánchez, Emilio. *Fueros de San Julián y Villamuriel (Palencia)*, págs. 557 y ss. AHDE. Madrid, 1944. “*Preterea, do vibis pro foro ut unusquisque vestrum det palentino episcopo, annuatim, pro sua casa, in marcio, unum solidum regie monete tunc currentis*”.

en clérigo legislador que diera fueros a Palencia y a Mojados, localidad ésta última en la actual provincia de Valladolid, fechado su texto foral en 1176, como la fecha más razonable, al decir de González Díez⁸¹⁰. Cuando en 1294, Don Blasco, Obispo entonces de Segovia, actualiza el texto foral de Mojados, para el pago del impuesto anual señala para el Concejo la suma de ciento veinte *maravedís de la buena moneda*. El pago del *pecho* de un *solidus* en la *moneta regis* vuelve a repetirse en el Fuero de Santa María de la Fuente⁸¹¹, en las inmediaciones de Benevivere, próximo a Carrión de los Condes, en el Camino Francés, fechado a 1161.

En territorios del Condado de Castilla, en lugares de la actual provincia de Burgos, se recoge en los textos forales la referencia al *solidus*. Valga como ejemplo la referencia al interesante Fuero de Miranda, de 1117, caracterizado como fuero de francos, que, al regular la paz del mercado, sanciona con el *pecho* de sesenta *solidos* a quien promueva altercado. Coincide esta suma con importe económico del *ban regio*, común a toda la Europa Occidental⁸¹². Regulación contenida en el *ban regio* que vuelve a repetirse en el Fuero de Frías⁸¹³, aplicado como sanción pechera a quien osare investigar o inquerir sobre un poblador de dicha villa que hubiere tenido en su heredad una tierra durante un año y un día sin mala voz, pecho que se safsifará al príncipe de la tierra. Primaba en el sistema foral el principio de la seguridad jurídica, siendo el paso del tiempo el más práctico de tales garantías posesorias. La sanción regia significaba una barrera a la creación de conflictos. La Iglesia y los Abades al otorgar los Fueros⁸¹⁴ se atribuyen la autoridad regia, estableciendo sanciones de sesenta *solidos*. Con posterioridad, hacia mediados del siglo XIII, vemos en el Fuero de Treviño⁸¹⁵, de 1254, que en materia de encierro en casa o sacar por fuerza peños también de casa así como en castigo del homicidio, tales quebrantos se sancionan con referencia al *solidus*. Pero cuando se refiere a la defensa de la paz de la casa, derecho emblemático del súbdito y un deber

⁸¹⁰ González Díez, Emiliano. *El Régimen Foral vallisoletano*, cit. págs. 40 y 170 y ss, donde se recoge el texto foral de 1294.

⁸¹¹ Rodríguez Fernández, Justiniano. *Palencia, panorámica...*, cit. pág. 245 y 246: "...et dabis singulis annis unum solidum de moneta regis que curret ..."

⁸¹² Martínez Díez, Gonzalo. *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*, pág. 162: "*qui movit prelium pectet in calumpnia sessaginta solidos*". Burgos, 1982.

⁸¹³ Martínez Díez, Gonzalo. *Fueros locales...de Burgos*, cit. pág. 174: "*et qui inquisierit eum postea. Pectet LX solidos ad principi terre...*".

⁸¹⁴ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. Documentos...cit, pág. 91, Fuero del Abad de Oña, 1190, a sus collazos, art. 5: "*Si aliquis ex vobis furtum fecerit et fuerit inde probatus, LX solidos persolvat abbati*".

⁸¹⁵ Martínez Díez, Gonzalo. *Fueros locales... de Burgos*, cit. pág. 204: "*peche dozientos maravedis*".

ineludible del poder su defensa, se observa la aparición de un *pecho* valorado en doscientos *maravedís*. La moneda del *maravedí*, de tanta raigambre en la historia económica española, data de la época de Alfonso VIII. El hecho de que en 1170 el rey de Murcia dejase de labrar numerario de oro, indujo a Alfonso VIII a acuñar monedas de oro, a imitación de los dinares almorávidas, incluso con la leyenda árabe, surgiendo así los primeros maravedises castellanos. Este revolucionario hecho monetario pronto fue imitado por Fernando II de León y Sancho I de Portugal⁸¹⁶. La moneda regia, *moneta regis*, fue privilegio inalienable en manos del Rey, como quedó atestiguado en las Cortes de Benavente de 1202, origen del *pecho* de moneda forera. El privilegio real de acuñar moneda y su compromiso de mantenerla sin alterar su valor durante siete años, recibiendo del súbdito sendos *morabetinos* anuales, que fue el contenido económico del *pecho de moneda forera*⁸¹⁷.

No siempre en los documentos archivados expresamente se señala el importe del precio recibido, como instrumento de pago. Así en diploma de fecha 933⁸¹⁸ Uiliulfo, y su esposa Antulina, venden a Froila y su mujer Elcuva, la séptima parte de la *quintana* de teuuli en la villa de Alvarenga con sus pumares, casas, lagar y tierras por el precio que complació. También puede verse la ausencia de precio señalado en diploma de fecha 957⁸¹⁹. Y de igual manera en diploma fecho a 967 sobre venta de heredad en territorio portugalensis en que el vendedor declara haber recibido y haberle complacido. En otras ocasiones, el precio no es abonado en dinero amonedado. Así en diploma de 953⁸²⁰, Flamula vende al Abad Gonta y sus hermanos y hermanas que habitan el cenobio de Guimarães, cenobio dúplice, mediante escritura de venta y confirmación, unas villas de su propiedad que tienen en la orilla del mar en la proximidad del rio Ave bajo el monte Terroso, esto es, la Villa del Conde, con sus salinas, su pesca y su iglesia

⁸¹⁶ Sánchez Albornoz y Menduñá, Claudio. *La primitiva organización monetaria de León y Castilla*, cit. pág. 335.

⁸¹⁷ Muñoz y Romero, Tomás, *Colección*, cit. pág. 108: “*Haec acta sut, et firmiter statuta, apud Benabentum in plena curia domini Regis, V Idus martii, Era MCCXL cum dominus Rex vendidit monetam suam gentibus terre à dorio usque ad mare VII annis de singulis pro emptione ipsius, singulis recipiens morabetinos similiter eodem anno, et tempore simili eorum empta fuit moneta in tota Extremadura*”.

⁸¹⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 24. Puede leerse lo siguiente: “*et ipsas terras iuxta ipsa quintana pro pretio que mici bene conplacuit et...*”.

⁸¹⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 41: “*Et accepi de vos precio quantu mici bene conplacuit*”.

⁸²⁰ *Portugaliae Monumanta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. págs. 38 y 39, donde puede leerse: “*Et accepimus de vos II mulas placiviles, I saia fazanzal cum sua vatanna tiraz manto azinguiave cum suo panno fazanzale, I vaso inmaginato et exaurato, II pelles anninias, fint sub uno mille solidos ipsum nobis bene conplacuit*”.

fundada en el castro llamado de San Juan y conceden al comprador otra villa llamada Quintanella, propiedades que los vendedores recibieron de sus padres Pelagio e Iberia, siendo el precio pagado mediante dos mulas, una saya, un vaso y dos pieles, valorado todo ello en mil *solidos* que complació a los vendedores.

También encontramos casos de compraventa en que el precio es referenciado a diversos bienes. Así sucede en diploma de fecha 957⁸²¹ en que se refleja que Fofu y su esposa Guanadi venden una heredad en territorio portugalense en villa Sumlani junto con la mitad de un pomar a cambio del precio de cinco *modios* de mijo, dos quinales de sidra, y un macho cabrío todo lo cual le complació al vendedor. Caso similar en cuanto a la forma en que se señala el precio de la venta se recoge en documento de fecha 960⁸²² en territorio de Portugal y que consiste en una saya Karmesem valorada en treinta *modios*. En este caso las partes valoran la saya en treinta *modios*, que equivale en términos monetarios a treinta *solidos*. Se observa en los diplomas desde mediados del siglo X en adelante, una tendencia general a cifrar los precios en *modios*, así como que éstos son satisfechos a medio de cosas que en tales cantidades de *modios* son valorados. Así en diploma⁸²³ del primer cuarto del siglo XI, Veneiro y sus nietos venden a doña Unisco y al hijo de ella, llamado Oseredo, una heredad propia que tienen en la villa de Castrello, y en otras villas que dan con cuanto “*ad prestitum hominis est*”, formula que es de constante repetición en los documentos, recibiendo el precio “*pascibile*” en buey y vaca, en paños y en pan valorados en sesenta *modios*, que les complació sin quedar nada en deuda. Igual referencia al *modio* como expresión referente al precio se observa en documento fechado a 964⁸²⁴ en que Flamulina vende a Frola en la villa de Santo Martino, entre los ríos Duero y Támeaga una heredad que es descrita, señalando como precio once *modios* de cebada. La equivalencia en términos monetarios como unidad de cuenta es de once *solidos*.

⁸²¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 44: “*pro que accepimus de vos in precio V modios de mili et duos quinales de sicera et uno cabrone tanto nobis bene complacuit*”.

⁸²² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 49: “*Ita tamen de iure nostro iuri vestro sit concessio abeatu vos et omnis posteritas vestra et accepimus de vos precium in saia karmeses in XXX modios que mici bene complacuit*”.

⁸²³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 153: “*...concedimus cum quanto ad prestitum hominis est. Et accepimus de vobis precium pascibile in bove et in vaca et in pannos et in pane LX modios que nobis bene complacuit et de precio apud vos nichil remansit in debitum*”.

⁸²⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 54: “*et accepimus de vos precio XI modios de civaria que mici bene conplacuit. Abeatis vos et omnis posteritas vestras.*”.

En una ocasión la compraventa es hecha por Aldreto Olidiz y el comprador es Iquila Iben Nazeron, quien ofrece como precio un cautivo cristiano por remedio del alma del vendedor, y que tanto le complace. El inmueble objeto de venta en realidad no se vende sino que se constituye sobre el mismo un derecho de usufructo vitalicio a favor del expresado comprador, y a la muerte de éste pasará a propiedad del Monasterio de San Mamés. El citado asunto está fechado a 961⁸²⁵. En otra ocasión el precio es satisfecho mediante la valoración en ochenta *modios*, entre mijo y trigo. El vendedor es Marcus y su esposa Antulina y sus hijos que venden la heredad que tienen en Ferrariolos, conforme documento datado en 976⁸²⁶. Tampoco aparece el precio en diploma de fecha 985⁸²⁷, ya bastante avanzado el siglo X, en territorio de Portugal donde el presbítero Seguredus vende a Aloyttus y a su esposa Gudina una heredad suya propia que tiene de sus padres, en villa Laginosa estableciendo las partes como precio una yegua, un buey y tres lienzos.

Mudilli estuvo complacido, con la mejor fe y voluntad y sano ánimo, para hacer escritura de venta de la “*medietate*” de toda su heredad a favor de Izila Chistovaliz y la esposa de éste, Creusa, heredad ubicada en villa Castellanus bajo el monte Zebreiro, entregando y concediendo la integridad de dicha “*media*” de esa villa con cuanto en la misma se obtiene, *et ad prestitum ominis est*, recibiendo cuarenta *modios* como precio. El presbítero Ihoannes actúa como notario. La fecha del diploma es la de 995⁸²⁸. Es un diploma de *pactum venditionis* típico que reúne todos cuantos requisitos legales se observan exigidos por la legislación entonces vigente, que los toma de la legislación visigoda. Muchas de estas exigencias que afectan a la facultad o capacidad dispositiva de la persona, respecto de sus bienes, serán recogidas por el Fuero de León pocos años más tarde. Nos estamos refiriendo a la expresión reseñada expresamente en la “*kartula venditionis de medietate de omnia mea hereditate*”. Con ello el diploma está queriendo

⁸²⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 54: “*Et accepimus de vos uno captivo chistiano pro remedio anime nostre tantum bene complacuit. Et hoc notum sit ut illa senara habeatis illa in vita vestra et post obitum vestrum que remaneat illa senara ad monasterium...*”.

⁸²⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 74: “*venderemus vobis nostra villa integra que vocitan ferrariolos pro precio nominato id est octuaginta modios inter milio et tritico tantum nobis bene complacuit...*”.

⁸²⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 93: “*et accepi de vos pretio una egua et uno boue et III lenzos et de precio abut vos nicil remensit in devitum*”.

⁸²⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 109: “*damus vobis adque concedimus ab integro ipsa media de ipsa villa cum quantum in se obtinet et ad prestuum ominis est per suis terminis et locis antiquis, et accepimus de vos XXXX modios in pretio que nobis bene complacuit et de pretio aput vos non remansit in debito*”.

decir que Mudilli dona y concede a Izila Christovaliz de la heredad que tiene en villa Castellanus, todo cuanto como máximo puede vender, aunque con evidente error las partes y el notario actuante hablen de donación o concesión. Nadie de los intervinientes hace expresión alguna respecto a que tanto Mudilli como Izila Christovaliz son *iuniores*. Del examen del documento, visto desde la legalidad a la sazón en vigor, se deduce que el comprador ni es ni puede ser noble ni hombre de benefactoría. Viene tal afirmación avalada por el contexto del diploma, cuando se expresa que concede el vendedor íntegramente “*ipsa media*”, que es tanto como decir el máximo que el vendedor puede enajenar, de esa villa de Castellanus con todo cuanto allí se obtiene. La denominación de “*castellanos*” que se da a esa villa, puede referirse a que la misma fue poblada por habitantes de Castilla, aunque, dado el alejamiento geográfico de tal región, es plausible que con el término *castellanos* pueda referirse a concretas personas que habitaran en algún castillo o fortificación de carácter defensivo, existente en el territorio. A continuación el documento refiere “*et ad prestuum ominis est*”. Fórmula muy común en muchos de los diplomas y documentos contenidos en *Portugaliae Monumenta Histórica*, cuyos precedentes constan en el Derecho Visigodo, como ya hemos indicado. La recogida de los impuestos a satisfacer de quienes tuvieran posesiones en préstamo estaba bajo la responsabilidad de mayordomo de *prestamario*⁸²⁹ como administrador de las rentas. Así en el Fuero de Codesaes, en término de Villarino, de 1257 otorgado por el Rey Alfonso III.

También en diploma de fecha 1073⁸³⁰ se recoge de manera expresa la conocida fórmula “*et aprestitum ominis est*”. Se trata de un *pactum venditionis*, en la villa de avenoso, en territorio portugalense, en que reaperecen como compradores Tructesindo y su mujer Guntrade, que adquieren una serie de porciones, cuartas partes, de diversas heredades de aquéllos. Lo más destacable es que también reciben deversos “*mancipios*” y también “*mancipias*” a las que se les llama por sus respectivos nombres, con la finalidad de que los compradores tengan las heredades y la “*criazon*”, ésta a manera de “*servitutes glebae*” adscritos a las recibidas propiedades. Los vendedores, Menendo y su

⁸²⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 676. Puede leerse: “*et sit maiordomo de prestamario vel suo homine noluerit pettere et recipere predictos foros in superdictos temporis, faciatis testimonium bonorum hominum et penem in campo ponatis, et non respondeatis de illum in hoc anno*”.

⁸³⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 313: “*et damus ad vobis mancipios nostros et mancipias nominibus...abeatis illas hereditates et illa criazon...et accepimus de vos in precio uno kavallo apreciato in CC solidos...*”.

mujer, reciben como precio un caballo, valorado en la cantidad de doscientos *solidos*. Añade el documento la inevitable referencia a la *traditio* y confirmación. Un caballo debía ser muy valioso, al menos para la parte vendedora, que ceden a cambio en cuatro lugares distintos, otras tantas cuartas partes en ellas, así como cinco personas.

En fecha 927⁸³¹ el presbítero Samuel conjuntamente con otros, venden al Abad Mestulius y sus hermanos en la fe, las partes o porciones de una propiedad que los primeros tienen en una villa que va de la orilla del Mondego al puerto de Villacova, que obtuvieron de sus parientes y conceden íntegramente referidas porciones, a cambio del precio de diez *modios* de cebada, propiedad que es entregada o *tradita* y confirmada. Este diploma pone de manifiesto la ausencia de moneda, por cuya razón los pagos se llevan a cabo mediante trueque, en este caso, de cebada valorada en el precio de diez *modios*, es decir, diez *solidos*. Se trata de una economía natural, aunque las referencias de valor no se han perdido. Lo que ya se ha perdido es la referencia al *solidus*, como unidad de cuenta, que ha sido sustituido por el *modio*, dada la escasez de circulante. Otra deducción, que del diploma cabe extraer, es la división de los dominios en porciones o partes. Y tal caos de propiedades son resueltas mediante la compraventa de las mismas para ir conformando unidades de explotación. Y la tercera conclusión a obtener es la pujanza de la iniciativa económica de los clérigos que viven en comunidades religiosas, en que la propiedad es comunitaria, regida por la necesidad de que la presencia activa y la firma o roboración de todos los integrantes de la comunidad religiosa para poder dar validez al acto.

Muchas veces aparecen documentos en los cuales, aunque la apariencia sea la de un *pactum venditionis*, se practica en realidad un trueque. Así en 978 Zuleiman iben Lazaro, su mujer e hijos, intercambian con el Abad Primus, cabeza de la *collatio* de aquéllos, es decir, de la parroquia, si bien dicen que le venden un molino que tienen en Forma, con entradas y salida y su acueducto, y reciben como precio una viña en la villa de Coselias, que dan, y respectivamente, reciben.⁸³²

⁸³¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 21: “*et vendimus nostras rationes in villa que iacet super ripa de mondeco ad porto de villa cova...sicut illas obtenuerunt nostros parentes ad integrum vobis concedimus nostras rationes, et accepimus de vos precio que nobis bene complacuit X modios de cebaria...*”.

⁸³² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 77: “*vendimus vobis ille molino ab integro cum suo acceso vel regresu et cum sou acueducto sicuti iuri nostro mansit. Et accepimus de vos in precio una vinea in villa de Coselias, vos dedistis et nos accepimus*”.

III. 8. 7.- Propiedades muy parceladas.

La excesiva parcelación apreciable en las propiedades medievales a veces lleva a confusión. El diploma de 933, recogido más arriba, en cuya virtud Uiliulfo y su mujer Antulina venden la séptima porción de la *quintana* de teuuli, lo que con este texto debe entenderse es que los citados vendedores entregan a los compradores es la séptima parte de una finca o propiedad que tienen arrendada y por la cual anualmente tienen que abonar a su propietario la quinta parte, o sea, el veinte por ciento, de la producción obtenida mediante el cultivo de la misma. Tanto en el territorio de Portugal -nos estamos refiriendo al territorio, en aquel momento histórico, de influencia de Porto-, como en León y Castilla hay numerosos testimonios topográficos que recuerdan esto con los topónimos de quintana, quintanilla, quintanar, etc. Incluso en algún texto foral encuadrable en el contexto de la repoblación de la actual provincia de Valladolid, al lugar de Villaermenegildo⁸³³, hacia 1074, a pesar de su brevedad y concisión, no admite duda de lo que venimos señalando cuando fija como pecho anual “*et suas quintas de suas ganancias*”. La confusión de términos es patente cuando Trastina en 976⁸³⁴ hace testamento de firme escritura y de donación *post parte de mea quinta* en villa de Cacanes en que tiene una basílica y de cuanto de su parte allí *ad prestitum hominis est*, es decir, cuatro campos de castaños con todo el terreno en tierras y montes. La referencia “*de mea quinta*” nos pone sobre la pista de que esa quinta parte es de propiedad de ella y tal parte es lo único de que libremente puede disponer por vía testamentaria. Ello es su *hereditas*. El contenido de este documento plantea un problema de si se trata de un testamento o de una *carta donationis*, o si el contenido del testamento contiene una donación *post mortem*. En la parte final del documento Trastina en el pacto de testamento con su mano hizo su señal, siguiendo los necesarios testigos, lo que me induce a pensar que estamos ante un acto de disposición testamentaria y que la donación o cesión testamentaria es *post mortem*. Me reafirmo en esta opinión por cuanto el diploma no hace referencia alguna a la *traditio*.

Finalmente ha de hacerse una reflexión sobre la *quinta*. En mi opinión se trata de una heredad obtenida mediante *prestimonio* por el causante, lo cual se deduce de la

⁸³³ González Díez, Emiliano. *El Régimen Foral vallisoletano*, cit. pág. 24.

⁸³⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 75: “*ut Facio testum scripture firmitatis vel donationis pos parte de mea quinta...*” añadiendo más adelante el diploma “*Omnia quod iam superius diximus concedo et dono omnia ab integro post parte de mea quinta pro remedio anime mee...*”.

expresión “*vel quantum ibidem ad prestitum ominis est*”, heredad que cultivaba el causante y por la que tenía la obligación de dar como canon al propietario eminente la quinta parte de lo obtenido en la cosecha, siendo tal propietario quien se la hubiera concedido en préstamo o *prestimonio*. Por consiguiente, cabe llegar a la conclusión de que Trastina dispone por vía testamentaria de entregar a su fallecimiento la propiedad, “*de mea quinta*” dada la interpretación que nos induce a pensar que es “*mea*”, de la Basílica de Cacanés, que es lo más que puede dar por la libre disposición, para no perjudicar los legítimos derechos de sus herederos.

En 950⁸³⁵ Argileuva concede a Froila, y a su mujer Trastalo, la cuarta parte o porción que tiene de un pomar en la villa de Banios “*medietate ab intecro*”. En realidad las partes intervinientes en este diploma de escritura de donación son *iuniores* pues lo que Argileuva concede a Friola está integrado en una posesión de que puede disponer como máximo de la *medietate* del pomar, pues respecto de la otra mitad no tiene poder de disposición. Froila y su mujer reciben de tal *medietate* solamente la cuarta parte, que es la que les cede el primero.

No obstante lo que hemos significado respecto de la expresión *quinta* o *quintana*, es decir, la obligación de abonar en concepto de canon el veinte por ciento de las cosechas producidas por la tierra, como aparece expresamente reconocido en el Fuero que el Abad Stephanus, del Monasterio de Alcobacia, otorga a los habitantes de San Martino, en 1257⁸³⁶ en que como contrapartida de tener in *perpetuum iure hereditario* las heredades, les exige la quinta parte de las cosechas. D. Martín, Maestre, y D. Rodrigo, Prior de la Orden de Santiago, en 1120 concede Fuero a los pobladores de Alcoba⁸³⁷ por el cual imponen la obligación anual de dar al señorío la quinta parte de todos los frutos de cuanto laboren en la villa y su término, y añade una precisión de interés que aclara el concepto *medietate*, es decir, la quinta parte se refiere a los cereales y leguminosas. Y

⁸³⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 34: “*damus atque concedimus vobis de ipsa quarta de ipso pomare medietate ab intecro cum suo terreno...*”.

⁸³⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 673: “*et eorum successoribus iure hereditario in perpetuum possidendam, tali videlicet conditione quos ipsi et omnes eorum successores persolvant nobis et successoribus nostris quintam partem vini, tritici, ordeí, siliginis, mili, olei, ac leguminum, et omnium aliorum fructuum quos perceperint ex eadem*”. Esa quinta parte el Fuero la extiende a cuanto vendieren procedente de pesca y de lino.

⁸³⁷ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 124, art. 1: “*Quod annuatim detis nobis vel successoribus nostris totam quintam partem de omnibus fructibus, quoscumque in ipsa villa et in suo termino laboravetis: quintam partes scilicet panis tritici et centeni et hordie et milio et leguminis; et quartam partes vini ex positores habetis aliam medietatem. Et si aliquis vasallus Hospitalis posuerit vineam in heredamenta Hospitalis, medietatem positure habeat; alia mediatas sit Hospitalis*”.

en cuanto a los viñedos, limita el foro o impuesto anual a la cuarta parte, pues de tales viñedos una *medietate* es de la Orden y la otra mitad es de los cultivadores, que sin duda llevaron a cabo la plantación. Tales expresados porcentajes carecen de uniformidad, pues en otros textos forales el *canon* consiste en la octava parte. En esta época la calificación a unas heredades *in perpetuum iure hereditario* denota la perpetuidad que en la nota distintiva del *dominium* pleno. Así en el Fuero que la Abatista Doña Marina otorga en 1257 a los habitantes de Midones⁸³⁸. La diferencia cuantitativa del *canon*, pues la octava parte supone el doce y medio por ciento, inferior al veinte por ciento que es el gravamen más común, viene dada por el deseo de ofrecer mejores condiciones a los cultivadores de las tierras, lo que era un reclamo para facilitar la captación de familias con que repoblar los señoríos, tan necesitados de mano de obra. Posiblemente fuera un incentivo superior dada la mala calidad de la tierra o la dificultad de su puesta en funcionamiento.

En general, en la materia de transmisiones de la propiedad, los intervinientes se ciñen a respetar las normas que exigen la identificación de las partes, descripción de los bienes, detalle de la procedencia del derecho mismo, la complacencia en la disposición de ello, y la clara voluntad, el precio y la forma en que el mismo es satisfecho, la salida del bien del *iure* del vendedor al del comprador, el claro hecho de la *traditio*, su *confirmatio* o ratificación, así como el derecho a tenerlo a perpetuidad. Tales señalamientos constituyen las notas significativas de que estamos ante un derecho de propiedad pleno, exento del pago de canon excluyendo el menor atisbo de vínculo feudal. También consta el señalamiento de una sanción para quien osare contravenir el contenido documentado, con pena de excomunión y la fijación del importe de la composición o indemnización, generalmente fijada en el duplo así como el valor a satisfacer el juez. Continúa el diploma señalando que el documento es plenamente *roborado*, y la fecha del documento, sin que pueda faltar la designación de los testigos que firman. Así aparece en diploma de fecha 976⁸³⁹, en que unos propietarios, que

⁸³⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 674: “vos rindatis nobis anuatim anno de ipsam villam predictam octavam partem de panem et vinum et linum et leguminis”.

⁸³⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 74: “placuit nobis atque convenit...propia nobis accessit voluntas ut venderemus vobis nostra villa integra que vocitan ferraiolos pro precio nominato id est octuaginta modios inter milio et tritico tantum nobis bene complacuit...Ita de odie et tempore sedeat illa villa de iuri nostro abrasa et in vestro tradita atque confirmata perpetimque abitura. Siquis tamen quod fieri non credimus aliquis omo venerit vel venerimus

conforman un grupo colectivo de Ferraiolos, venden al Abad Primus y sus monges una villa íntegra por el precio de ochenta *modios* entre mijo y trigo. Se trata de una colectividad de propietarios, que, aunque en el diploma no se refleje, posiblemente hicieron *presura* y en la tierra edificaron una villa o pequeña explotación agraria. Se trata de un supuesto de comunidad familiar o de un linaje, para cuyo acto dispositivo es preciso el consentimiento o asentimiento de todos. Señalado el precio en ochenta *modios* entre mijo y trigo, ello significa que el *solidus* actúa como unidad de cuenta no como moneda de cambio por ser de difícil acceso. El valor de un *modio*, ya lo hemos indicado, equivale a un *solidus*. Acoge el diploma el importe de la composición que quien pretenda infringir el contenido del acto dispositivo debe satisfacer, que es el duplo del valor dado. Cuando el documento señala en cincuenta *solidos* el importe a abonar al Juez, ello equivale a la determinación previa de las costas judiciales. De ello cabe deducir que las partes acatan el poder jurisdiccional del Reino.

Un ejemplo de diploma en que se mezclan las *quintanas* y las *tertias* está fechado a 1009⁸⁴⁰ en cuya virtud Pelagio y su esposa Crementina venden la heredad que recibieran de su abuelo y parientes en villa Custodias, en territorio portugués, entre los ríos Leza y el Duero, consistente dicha heredad en la quintana donde sus parientes habían habitado y de que venden la *tertia* íntegra y del pomar la *tertia* íntegra, con su terreno y casal. En este diploma Pelagio y su mujer venden la tercera parte del predio que, procedente de sus antepasados, tienen en un pago gravado con un *canon* anual o renta del veinte por ciento de la producción agraria, es decir, en una *quintana*. Pelagio y su esposa carecen del derecho absoluto de propiedad sobre la *tertia* que poseen en esa *quintana*, pues solamente tienen la posesión, por cuyo derecho a poseer vienen obligados a satisfacer un *canon* anual. La expresión *quintana*, en el mismo sentido que el que acabamos de ver en el diploma anterior, tiene en el documento de fecha 1009⁸⁴¹, en territorio portugués.

contra hunc nostrum factum ad irrumpendum in primis sit excommunicatus et quantum auferre conaberit in duplo componat et ad iudicem L^a solidos".

⁸⁴⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 126: "et vendimus nobis nostra ereditate que avemus de parentibus et de avio nostro domini in villa custodias inter leza et dorio territorio portugalense, vindimus nobis de quintana ubi ipsos nostros parentes avitaverunt III integra et de illo pomare III integra cum suo terreno sive casale...".

⁸⁴¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 128: "ipsa hereditate fere in illa presa unde discurre aqua ad ipsa quintana...".

Respecto de la voz “*tertias*” que, con reiteración, es empleada en los diplomas que recogen hechos de trascendencia jurídica a lo largo del siglo XI, en muchos de ellos se hace referencia a las partes en que deben hacerse de los bienes de una heredad a la hora de su reparto, ya entre comuneros, en el caso de propiedades en común, ya entre los herederos, en el caso de reparto de herencia. Así, en 1064⁸⁴², tres presbíteros que tenían la iglesia de San Martín, que hubieran recibido de Doña Pala y del Abad Menendo, disponen que lo sorteen “*in tertias per singula kapita*”. Podría aventurarse la idea de que en el entorno del río Duero, en el territorio de influencia de la actual ciudad de Porto, el censo a satisfacer por el uso o tenencia de tierra de otro, se cifraba en el veinte por ciento.

Y no debemos quedarnos en la idea de ser una aventurada opinión, pues la reiteración con que aparece la voz *quintana* en documentos del territorio portugalense, nos hace concebir la idea de que son propiedades o usos de posesión ya consolidadas por el paso del tiempo dentro de un entorno familiar, constituyendo bienes susceptibles de ser transmitidos hereditariamente. Los primitivos y originarios *presores* de la tierra como origen de una heredad, o los ricos-hombres o las instituciones eclesiales cuyo patrimonio vino derivado de *prestimonios* recibidos del Rey en el caso de los primeros, como premio de los servicios prestados, y, en el caso de la Iglesia, mediante donaciones *ex iure et hereditate* con inmunidad o *coto* o mediante permutas o compras de terrenos o recibidos por testamentos de personas piadosas, que en todo caso fueron configurando unos conjuntos de tierras que necesitaban de personas o familias que las habitaran y trabajaran para ponerlos en explotación. Como contrapartida, el *canon* por el uso de la tierra, estaba cifrado con carácter general en la quinta parte del producto obtenido. Se generalizó para esas explotaciones el uso de la denominación de *quintana*.

Una de las características de los predios del norte de Portugal y también al norte de expresado condado portugalense, a mediados del siglo XI es la enorme dispersión de la propiedad o posesión en pequeñas parcelas que aparecen descritas en los documentos. Así el Rey Don Fernando y la Reina Doña Sancha, su esposa, en fecha 1063⁸⁴³ documentan mediante diploma el otorgamiento a favor del Obispo Cresconio, de la

⁸⁴² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág.: “...qualive causa deus mandare dar que sortiamus illo in tertias per singula kapita...”.

⁸⁴³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 273: “...facimus hanc scripturam firmitatis de villas quas olim Adefonsus rex bone memorie in suburbio colimbriense...et terciam partem de villa travazolo inter agatham et vougam.”

Sede Iriense, y a todos los canónigos de la Iglesia del Apostol Santiago, una escritura de firmeza respecto de las villas que el Rey Don Alfonso, de buena memoria, le hubiera entregado, sitas en el suburbio de Coimbra, entre otras la tercera parte de la villa de Travazolo entre agatham y el río Vouga. La razón de esta ratificación de propiedad, de transmisión conferida por la autoridad regia, viene dada por la necesidad de ello. Al ser una decisión de un Rey, ya fallecido, dado el carácter de relación personal de que deriva dicho acto dispositivo llevado a cabo por el anterior Rey, era costumbre que el nuevo monarca ratificara tal acto. Y cuando se habla de la tercera parte de una villa, como bien reconocido en propiedad, ello nos pone de manifiesto también, la gran división de los patrimonios, incluidos los eclesiales, pues los mismos se fueron agrandando mediante sucesivos incrementos de propiedades recibidas, por cualquiera de los diversos admitidos en derecho, normalmente.

Abundan diplomas que contienen *pactum venditionis* respecto de porciones de heredades propias. Así al pago de Villaverde entre la villa de Aroes y el sitio de Mosteiro, cuatro copropietarios hacen a Adda y su mujer Eiloni, *kartula venditionis* de fecha 1059⁸⁴⁴, de una heredad que tienen en referido pago de Villaverde, consistente en la cuarta parte íntegra y de una casa con muro, la mitad, ubicada en territorio portugués. Se puede deducir que junto a diplomas que contienen testamentos con copiosas y extensas propiedades, también coexisten propiedades de reducidas dimensiones, consistentes en porciones de villas o pequeños lugares habitados. El origen de esta cuarta parte de la heredad de que pueden disponer los vendedores, no está explicado en el diploma citado.

También abonan la idea de la parcelación de las heredades, integradas algunas veces por pequeñas iglesias levantadas por familias particulares, e integradas en un pequeño patrimonio familiar. Así, Garzia y Aragunti Menendizi en 1068⁸⁴⁵ venden a Tructesindo Gutierrizi y su esposa Guntrode su *ratione* en la iglesia llamada de Santi Cosmadi, consistente en la octava parte por sus antiguos términos, y aldeas y lugares antiguos con sus edificios, en villa Gemundi, territorio portugués. Añaden los vendedores a la expresada octava parte de la iglesia citada, una *tertia* parte de villa

⁸⁴⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 255: “*damus ad vobis ipsa III^a de ipsa villa per suis terminis et vicis et locis antiquis...*”.

⁸⁴⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 291: “*vendimus nostra ratione integra de ecclesia vogabulo sancti cosmandi VIII^a integra...et de III^a parte cum ipsa villa gemundi.*”

Gemundi. Aquí *tertia* viene a significar un tercio o tercera parte. El precio señalado era el de veinte *modios*. Son iglesias dedicadas al culto, normalmente servidas por un miembro integrante de la propia familia, la cual era a su vez propietaria del templo por cuanto dicha familia la había edificado a sus expensas. En la medida que en el futuro la Iglesia se institucionalizó, estos templos fueron pasando al control, dominio y jurisdicción del Obispo. Conviene, en efecto, recordar los Decretos contenidos, al respecto, en el Concilio de Coyanza, a los que nos remitimos.

Y desde luego que no se detuvo aquí el afán de los referidos compradores Tructesindo y su esposa Guntrode, pues en el mismo año de 1068⁸⁴⁶ compran a Garzia, a Framula, a Guladria, apellidados todos ellos ben Elias, y a Pedro connotamento Eilas, otra octava parte de la misma iglesia, excepto la *tertia* con edificios y aldeas, a que en el anterior diploma comentado se hacía referencia. Poco debía valer el templo de San Cosmadi, cuando los compradores pagaron por dicha octava solamente III modios. Y tampoco se detiene con la expresada venta la reagrupación de la heredad de la tan repartida iglesia de San Cosmadi, pues en el mismo año de 1068, otra familia de copropietarios enajenan a los mismos citados compradores su tercera parte de la octava parte, siendo el precio establecido en un lienzo.

También es un ejemplo de escasa dimensión de las heredades, derivada posiblemente del sistema sucesorio, unido al incremento de población consecuencia de la elevación de la tasa de natalidad que se observó en la Edad Media desde al año 1000, y que ha sido estudiado como un modelo de revolución demográfica, el ejemplo que viene dado por el diploma de fecha 1077 que, aunque las partes lo proclaman como *carta venditionis* que hacen Arias Gunsaluiz y otros, de una heredad en territorio portugalense, a favor de Elvira Venegas, quien a su vez hace entrega de otro predio, en realidad se trata de una permuta. Lo llamativo de la permuta es que Arias y otros entregan la “*quarta quintam minus nonam*” del total de una finca sita al pie del monte Outeruelo. A su vez, Elvira Venegas entrega la “*quartam sextam integram*” de su heredad de Ordoni.

Cresconio donó al Abad Adefonsus y hermanos del monasterio de San Pedro mediante escritura su heredad sita en villa pausata consistente en “*quarta tertia in vineas in pomares...*”. El diploma es también de 1077. De igual fecha es el diploma en

⁸⁴⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 291: “*damus ad vobis de ipsa ecclesia VIII^a minus III^a...et ad karta confirmando accepimus de vobis in precio III modios...*”

que el noble Pelagius Gundisalviz iben Egas⁸⁴⁷ relaciona el inventario de sus bienes, procedentes de *abolengo* y de ganancia, que datan de los tiempos del Rey Alfonso. Cuando seguidamente se hable de ganancia se referirá a bienes ganados o gananciales. Se relaciona de ganancia la *tertia* de alaveiro; en sagadanes la *quarta*; *medietate* de Santa María de lamas; de ganancia *medietate* al pago de faralanes que comprara a Teton Arualdiz; *quarta* procedente de ganancia en arrabal; de ganancia también *tertia* de foramontanos; *medietate* de monasterio de Cedarim y de su villa; en la rivera de antuana, tres *quintas* en abladici, de ganancia, y *quarta* de canellas y de riu secu que recibió por *manda*, las que vendió a Gundisalvo siendo Conde del lugar Menendo, en tiempos del Rey Alfonso VI. El diploma seguidamente relaciona que, el año en que el Rey Don Fernando tomó Coimbra, sacó de dichas heredades a los hijos de Gundisalvo, entrando en las mismas sus *maiorinos* haciendo una investigación que devolvió las tierras a los hijos del citado Gundisalvo. En tiempos del Conde Sisenando, que imperaba en Coimbra, las reclamó Pelagio y recuperó en cortegaza *media* de *hereditate* que tenía el presbítero Garcia y *medietate* de heredad de Pelagio Lovensindizi; y *quinta minus quarta* de la heredad que fuera de Suario Galindizi; la heredad procedente de su madre, o sea la heredad de vimara y la heredad de Suario, en una relación prolija que justifica los diversos avatares de sus numerosas propiedades que, resultado de la actuación de la justicia en tiempos del Conde Sisenando, recuperó.

Fecho a 1078⁸⁴⁸ diploma de *pactum venditionis* que el antes citado Gundisalvo Suariz vende a Tructesindo de la villa de paradella, la décima parte de su porción *integra*. En territorio portugalense, Tructesindo Gutierrez y su mujer Gontrode, que aparecen de forma constante como terratenientes, compran a Gonzalvo Pelaizi una heredad que procede de sus padres, consistente en la *Vª integra*, valorada en XX *modios*, siendo el diploma de 1079⁸⁴⁹. Tauron Vermudiz hace testamento a favor del Monasterio Araucensi de San Pedro la *VIª* que procede de sus padres y abuelos en villa congostu mediante diploma de 1100⁸⁵⁰.

⁸⁴⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 334.

⁸⁴⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 341: “*vendimus a vobis de ipsa villa Xª de mea porcione intecra*” siendo el precio fijado en X *modios*.

⁸⁴⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 345: “*concedo a vobis de ipsa hereditate de pater meo V integra...pro que acebi de vos precio XX modios...*”.

⁸⁵⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 548: “*de omnia hereditate quanta in ipsas villas habeo VIª integra ad ipso monasterio dono et testo...*”.

III. 8. 8.- La permuta.

Al hablar de la compraventa ya se hizo referencia a los cambios o trueques de cosas y sus requisitos legales en el Derecho Visigodo. A ellos nos remitimos en aras a la brevedad. La permuta de bienes constituye otro medio de que disponen los hombres del Medioevo para intercambiar sus propiedades y derechos. Un supuesto de permuta de propiedades, referido a villa Custodias, pago que acabamos de ver referido poco antes, en fecha 101⁸⁵¹, Bellitz, Sisnando y Belmiro hacen *cartulam commutationis et firmitudines* respecto de casal, con sus casas y huertos que fueran de sus abuelos, sitios al pago de Gundivadi, a favor de Unisco y su hijo Oseredo. Los primeros comuneros, miembros de una misma familia, dan y confirman de dicho casal –es decir, una propiedad compuesta de diversos elementos- de *medietate quintam foris quintam de ipsa quinta*”. Aunque a primera vista pudiera parecer un mero juego de palabras, resulta que la posesión de la primera familia, la que transmite a Unisco y su hijo, les viene dada por su condición de ser *iuniores*, al explicitar que una parte da y la otra recibe de ese casal la *medietate*, siendo la *medietate* lo máximo de que los primeros pueden disponer, estando dicha *medietate* sujeta al pago del *canon* de la quinta parte de la producción agrícola por virtud de lo que dispone el fuero –*quintam foris*- recalcando seguidamente *quintam de ipsa quinta*, es decir, el *censo* de la quinta parte de cuanto se produce en dicha *quinta*, predio o finca. Se puede apreciar que la generalización de la *quintam foris*, o sea, el *canon* del referido veinte por ciento, se ha universalizado de manera tal que dichos predios han adoptado la nominación genérica de *quintas* o fincas. No concluye en la orilla de esa fuente el juego de palabras, pues el diploma continúa diciendo “*et in ripa de ipso fontano in ipso concluso de agro quod dicunt varcenella tercia foris quinta*”. Este párrafo complementa el sentido de lo que se acaba de señalar. Pues añade a la posesión que se ha transmitido de ese casal de la *medietate*, además, la llamada *varcenella tercia foris quinta*. Sobre esta *quinta*, finca o predio nominado *varcenella*, el *canon* consiste en la *tercia foris*, es decir, el treinta por ciento de las cosechas obtenidas, conforme establecía el texto foral. A cambio se recibe otra heredad en la que, en aquella *medietate*, fuera de la abuela de los primeros, llamada Baga, *medietate* que los segundos

⁸⁵¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 130: “*damus et affirmamus vobis de apso caslal de medietate quintam foris quintam de ipsa quinta et in ripa de ipso fontano in ipso concluso de agro quod dicunt varcenella tercia foris quinta. Et accepimus de vobis proinde alia hereditate tanta in illa medietate que fuit de nostra avola Baga que vos tenetis pro illa villa ut firmiter obtineatis unusquisquam accepit*”.

tienen con firmeza. Se trata por consiguiente el presente diploma de una *carta commutationis* o de permuta de propiedades.

Los diplomas de permuta reciben el título de carta o *cartula de contramutationes*. Así, fechado a 998⁸⁵² a medio documental de *cartula de contramutationes*, Ioacino y su mujer Guntilli y sus hijos, hacen entrega de una viña propia que tienen en el Monasterio de Villacova, que anteriormente le hubieran vendido los monges de ese monasterio, ubicada desde la aceña del Mondego hasta el camino que va hasta el barco, recibiendo los primeros del Abad Beniamin y sus hermanos, como precio, que les complació, una viña en la villa de Oliveira y un pomar junto a ella con treinta manzanos y una *quinta* de Martín con quince manzanos y tierras calvas y otros quince manzanos de Valentino. Aunque al inicio del diploma se habla de carta de *contramutationes*, al final del mismo se dice expresamente *cartula venditionis*. No resulta sorprendente de este diploma el hecho de que por la familia de Ioacino firman tanto los padres como los hijos, lo que refuerza el que la propiedad tenía una indudable consideración familiar, de origen troncal, y por lo mismo, al aceptarlo los hijos carecerían, a la muerte de sus padres, de la posibilidad de impugnar el acto dispositivo. Hay que destacar también la gran cantidad de bienes inmuebles, muy dispersos y de distinto origen, que tenía el Monasterio de Villacova. Entre ellos, cuando se relaciona la *quinta* de Martín, se hace referencia a una posesión o uso de un inmueble por el que se debía satisfacer el *canon* anual del veinte por ciento de la producción. En el siglo X era muy frecuente la gran dispersión de los patrimonios por cuya razón, la permuta era un mecanismo jurídico para procurar una integración de los bienes que supusiera una mayor proximidad entre ellos y rentabilidad de la explotación.

En 1048⁸⁵³ Roderigo permuta con Roderigo Pepiz y la esposa de éste, de nombre Tuta, a medio de una *kartula contramutationis vel venditionis de hereditates*, la del primero ubicada en pago de Pigeiros, en territorio portugués en la *civitas* de Bogonti, un casal cerca del mar con todas sus prestaciones y cuanto allí en *aprestitum est*; a

⁸⁵² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 110: “*et accepimus de vos pretium que nobis complacuit id est in villa de oliveira vinnea... et ego accepi et de pretio apud vosd nichil remansit in debitum*”.

⁸⁵³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 224, en que se refiere “*et facimus kartula contramutationis vel venditionis de ereditate nostra propria que avemus in villa quos vocitant pegeirus...civitas bogonti territorio portugalense probe litore meris casal...con omnibus prestationibus sius quantum ibi aprestitum est...pro que accepimus de vos alia ereditate in villa de celteganus id est vos dedis et nos accepimus et de precio apud nos nichil remansi in devito...siat ipsa ereditate de iuri nostro abrasa et in vestro tradita sit vel confirmada...*”

cambio de ello reciben una heredad en la villa de celteganus, llevando a cabo la *traditio* o entrega directa y la confirmación de la permuta. La expresión que recoge sobre el *aprestitum* hace referencia al origen de la heredad, pues la misma está en posesión o uso y sometida al pago de un *canon* anual, dado que solo tienen sobre ella el *dominium utile*. Al año siguiente, 1049 Rodorigo Brandalizi que hubiera recibido a medio de permuta la heredad de Rodorigu Pepiz y su esposa Tuta, descrita unas líneas antes, mediante una *kartula contramudationes* de dicha heredad, respecto de la cual nos aclara el diploma que habían recibido la *mediedade* de la casa con su *quintana*, lo que debe ser entendido como la consecuencia de que Rodrigo Pepiz era *iunior* y que recibió la *medietate* que era lo más que Rodorigo Brandazi podía recibir del anterior poseedor, también *iunior*, y que el *aprestitum*, origen de la tenencia de la heredad, a satisfacer al propietario eminente era de la quinta parte de las cosechas, de ahí que este diploma contenga una necesaria explicación complementaria del diploma de un año antes, que acabamos de reseñar. Como vamos viendo el territorio de influencia de la *civitas* de Porto tenía el derecho consuetudinario por el uso de la tierra consistente en unas cargas del pago de un canon del veinte por ciento de la producción agraria.

Aunque no sea lo normal, en un diploma *fecho* a 1080⁸⁵⁴ aparece reflejada una *permutatio* de bienes inmuebles, entre marido y mujer. El esposo, Menendo, de la prole de Gudinici, o sea del linaje de Gudinici, es dueño de una heredad que tiene en villa Custodias y que recibiera de su amo, el presbítero Sandino, consistente en un casal íntegro y la tercera parte de aquellas tierras que tenía allí el presbítero, propiedades de las cuales Menendo hace una permuta a favor de su mujer Adosinda, recibiendo de ella a cambio de esa villa, otra villa en Villa Pinario, en territorio bracalense. La heredad del marido tiene su origen en un *prestimonio*, sujeta por ello al pago de un *canon*, que no se expresa, tal vez por no ser otro que conocido como el *quinto*, según el *uso de la tierra*. Es una *karta contramutationis*, llevada a cabo entre marido y mujer.

La permuta aparece con cierta reiteración para transmitirse mediante su intercambio la propiedad de los bienes. Así el diploma fechada a 989 en que el Abad Vimaredo, con el consentimiento de sus hermanos y hermanas del monasterio dúplice de San Miguel,

⁸⁵⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 353: “*ut contramudaremus a tivi coiungia mea adosinda villa mea probia...que dedit mico meo amo Sandino presbiter ille casal intecro et IIIª de illas terras de domno sandino...et accepimus de vos pro ipsa villa alia villa in pinario que iacet in territorio bracalensis...damus ad vobis ipsa ereditate per suis terminis et vicis...*”.

permuta con Froila Absalonizi predios sitios en el valle Saardoria y en el pago de Barius. Heredades que son *traditae et confirmatae*. La denominación que las partes dan al documento es “*cartula contramudationis*”.

Monio Viliulfiz conjuntamente con sus hermanos hacen a Adefonso Petriz *Kartula contramudationis* de la villa soberato que fuera del Conde Eavo al lado del monte muro por donde discurre el río Duero, en territorio portucalense, de IIIª *integra*, recibiendo a cambio otra heredad en el villar de perraz que comprase Adefonso por precio y por carta escrita. El diploma es fechado a 1097⁸⁵⁵. Otro caso de *permutatio* aparece en diploma de fecha 1098 por “*karta de contramutationes de ereditate*” sita en villa moraria en territorio portukale, de Tructesindo Guteriz, al lugar de refonteira que la intercambia por otra heredad de Diagu Guncaluiz y sus hermanos, sita en villa arones. Contiene el diploma la fórmula de ser realizada la *traditio* y su *confirmatio*⁸⁵⁶. En otro documento del mismo año de 1098, Egas Ederoniz y su mujer hacen escritura de firmeza de dos partes integras, que debe entenderse como los dos tercios, de heredad con casas y con tierras cultas e incultas, bajo el monte faro en territorio portucalense, a favor de Truitesindo Guteriz quien, a su vez, a cambio les hace entrega de una heredad en refonteira, que entra en su dominio y es *tradita* y *confirmata*. Este diploma recoge todos los elementos característicos de un trueque o permuta de bienes inmuebles.

III. 8. 9.- La dote.

La dote aparece en el Derecho Visigodo como una institución jurídica en la cual confluyen dos raíces distintas que apuntan a un origen tanto germánico, es decir, la *dos ex marito*, para cuyos pueblos era un elemento esencial del matrimonio según Merêa⁸⁵⁷, y el instituto de la *donatio ante nuptias* ya objeto de práctica en tiempos del Bajo Imperio Romano, recogida en el Derecho Romano Vulgar como una *donación de largueza sponsalicia*⁸⁵⁸. Una *lex antiqua* de Recesvinto, acogida en el *Liber Iudiciorum*,

⁸⁵⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 510. La formulación que el Notario Petro da al documento es la de una *kartula contramutationis*, designando las heredades permutadas así como reflejando que Adefonso Petriz lo hace *per precio et karta*.

⁸⁵⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 522: “*dou a vobis ipsa ereditate iam nominata pro alia ereditate qui de vos accepit in vila arones qui mici bene placuit ita ut de odie die vel tempore de iuri nostro sia abrassa et in vestro dominio sia traditaa aque confirmata ut abeates vos illa et omni posterita vestra* –en el texto aparece por error la palabra *nostra*- *iuri quieto tremporibus seculorum*”. Se observa que se emplea la expresión *in vestro dominio*; no se habla de *possessio*.

⁸⁵⁷ Paulo Merêa. *O dote visigótico. Estudos de Direito Visigótico*, págs. 23 y ss. Coimbra, 1948.

⁸⁵⁸ CTh. 3, 5, 2.

habla del precio de su hija cifrado en el *quadruplum*⁸⁵⁹. Pero obviamente no se trata del precio de una hija previamente desposada con otro, sino una cantidad indemnizatoria. No es posible asegurar en qué consistía la dote en el derecho consuetudinario visigodo, sea considerada ya como una donación, ya como el precio o la recompensa, elemento de un contrato nupcial que era la *desposatio*. La dote germánica era distinta de la *morgengabe*, consisten en regalo del marido, consistente en bienes muebles de contenido simbólico. En el Derecho Romano Vulgar, por su parte y coincidiendo con el Derecho Germánico, la ausencia de la dote del marido ocasionaba una unión irregular. Tal situación, en el Derecho Visigodo⁸⁶⁰ era subsanable, mediante la posterior entrega del *pretium* a convenir, o de las arras, como lo traduce el *Fuero Juzgo*, conforme se avinieran las partes. Para la seguridad y garantía de las partes, el legislador visigodo insiste en la conveniencia de la constancia por escrito⁸⁶¹. El Derecho Visigodo seguía en este extremo con fidelidad la idea del Derecho Romano Vulgar recogiendo en un documento la declaración constitutiva. La *traditio* correspondía con la transmisión de la propiedad. La *dos*, como negocio jurídico, tenía un tratamiento similar al de una *donatio*⁸⁶². Su cuantía era objeto de acuerdo de las partes. Naturalmente en el mismo latía el potencial económico de la familia. Era frecuente dotar a la mujer con la mitad de los bienes del marido. El *Liber* llegó a limitar su importe en la décima parte del haber del marido, aunque en la clase poderosa el límite alcanzara los mil *solidus*.

No faltan en el territorio de la Península Ibérica, a lo largo del Medievo, las entregas de bienes en concepto de dote a familiar como medio de transferir la propiedad de inmuebles. Así en el diploma de fecha 1054⁸⁶³ Goda, que era copropietaria de una heredad en villa fandilanes, próxima al río Duero, de su parte en la misma hace entrega

⁸⁵⁹ *Liber Iudiciorum*, 3, 3, 3: “*Si parentes raptori consenserint raptori, pretium filiae suae quod cum priore sponso definisse noscuntur, in quadruplum eidem sponso cogantur exolvere*”. El *Fuero Juzgo*, 3, 3, 3, eleva al doble la composición o *Wergeld* en caso de un posible acuerdo entre el que se llevó a su hija previamente desposado con otro, es decir, en *quatro duplos*. Ello evitaba la declaración de *inamittitia*.

⁸⁶⁰ *Liber Iudiciorum*, 3, 4, 7: “*Si puella ingenua seu vidua ad domum alienam adulterii perpetratione convenerit, et ipsam ille uxorem habere voluerit, et parentes, ut se habeant, adquiescant; ille pretium det parentibus quantum parentes puellae velint, vel quantum ei cum ipsa muliere convenire potuerit*”.

⁸⁶¹ *Liber Iudiciorum*, 3, 1, 4: “*et annulus arrarum nomine datus fuerit, quamvis scripturae non intercurrent, nullatenus promissio violentur*”.

⁸⁶² CTh., 8, 12, 9.

⁸⁶³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 238: “*et ego Goda ibi adicio alia carta ad tibi suprina mea nomina Goda pro que criavit te et feciste michi servitutum bonum. Do inde tibi de ipsa hereditate in casamentum de ipsa quintana de sursum I casa integra et uno cural cum medietate de ipso louio hic in illa quintana...*”.

a su sobrina, de igual nombre, justificando ello porque ella crió a su sobrina y ésta le prestó buenos servicios. Otorga carta de esta heredad “*in casamentum*” siendo la heredad de una casa integra de una *quintana* y un cural con la mitad de aquella *quintana* así como pedazos de tierra. Recibe a cambio, entre otras cosas, una piel y un lienzo. Es decir, a esta constitución de dote por razón de su boda, a favor de su sobrina, se la da jurídicamente el mismo tratamiento que si de una *donatio* se tratase. En el Derecho Hispánico Medieval la *donatio* no era un acto dispositivo gratuito, pues debía verse compensado, a su vez, con una entrega de bienes del donatario. En el caso contemplado, al estar ubicada la heredad –la casa- entregada en una *quintana* y añadir a la dote la *medietate* de aquella *quintana*, que era lo máximo de que como *iunior* podía disponer, se puede llegar a la idea de que lo que se entrega es la posesión, pues en el diploma se indica expresamente que Goda y su hermana, madre de la citada sobrina beneficiada por la dote, esa heredad la tenían en posesión, al decir, “*possideat ipsa hereditas*”. De la referencia a la *medietate* en que no está ubicada la casa, se puede entender que la dote consiste en la mitad, pues la *medietate* es lo máximo de que puede disponer. De la expresión nominativa de *quintana* puede deducirse que consiste la dote en un predio sobre el que pesa el *canon* de la quinta parte de lo obtenido del mismo.

Digno de ser reseñado es el diploma de 1081⁸⁶⁴, que principia con una amplia cita bíblica, del Génesis, a manera de irrefutable justificación de la gran cantidad de villas y propiedades con que Gundisalvus Luz confirió a Unisconi mediante un *titulum dotis*. Propiedades que en el caso de Villa Nogaria comprendía sus bienes adjuntos, compuesto por una gran nómina de *mancipios* y *mancipias* con sus familias compuestas de hijos y nietos, propiedades de que hace entrega a ella “*tua iuri perenni*”. Naturalmente que en un acto jurídico tan ampliamente generoso no faltó notario, pues Lovesindu “*vidi et notui*”. La perpetuidad –*iuri perenni*- de la transmisión era una nota característica de tratarse de un derecho de propiedad sobre el bien transmitido.

En los fueros extensos que configuran el Derecho Hispánico Medieval la institución de la dote aparece con un tratamiento que parece heredar las ideas del Derecho Visigodo

⁸⁶⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. págs. 357-358: “*Et ego Gundisalvo Luz conjungia mea Unisconsi juxta portioni de ipso qui in dote resonat vel in carta...ut aveatis vos, et omnis posteritas tua juri pereni*”.

así como el sustrato del Derecho Romano Vulgar. El Fuero de Cuenca⁸⁶⁵, que data de finales de 1189 o principios del siguiente año, fue un hito jurídico, de la mano del conquistador y legislador Alfonso VIII. En su amplio contenido, este texto foral recoge, como no podía ser de otra manera, las normas observadas en el uso cotidiano de las gentes consolidadas en un derecho consuetudinario. Son tiempos en que la necesidad de organizar jurídicamente los amplios y nuevos horizontes, en la Extremadura castellana, que la actividad bélica proporciona, propicia que por doquier afloren textos forales. Casi dos décadas antes ha sido otorgado el Fuero de Palencia, de la mano del Obispo Don Raymundo II, tío abuelo del mismo citado Rey. Y de manera sorprendente, en el Reino de Aragón el Rey Alfonso II en el año de 1177 concede a los vecinos de Teruel⁸⁶⁶ un Fuero extenso. Dado que la ubicación de referidos textos forales, Cuenca y Teruel, responden a dos Reinos distintos, ambos en las extramaduras de los núcleos centrales de ambos, cabe pensar en una comunidad jurídica hispánica en que ambos textos forales estaban inmersos. No es casualidad que los contenidos legales respondan a dar respuesta a similares problemas. Ni que obedezcan a una inspiración común. Estamos a finales del siglo XII. Décadas antes de que se aprecie la renovadora explosión jurídica que inspirará la Recepción del Derecho Romano de Justiniano. La explicación plausible e inspiradora de este fenómeno foral pueda ser que el Derecho Romano Vulgar, sustrato de la población hispánica, adquiera una generalización, asimilando en su esquema los criterios del Derecho visigodo, así mismo de la misma raíz romana vulgar, haya sufrido dicho fenómeno foral una evolución natural. La asimilación no fue traumatizante por ello. Resulta llamativo el hecho de que los contenidos jurídicos de ambos están a su vez esparcidos en otros textos forales de distintos lugares. Este hecho permite atisbar la idea de un sentimiento, o necesidad, común a todo el conjunto poblacional, en distintos lugares geográficos y además, ubicados en distintos reinos hispánicos.

La dote, en el fuero conquense, tiene un tratamiento personal distinto desde el punto de vista de la mujer. Si es *civem puellam*, es decir, vecina de Cuenca, sometida al derecho de la ciudad, la dote que ha de recibir al ser desposada es de veinte áureos en dote o *apreciaturam*, y en *pignus* veinte monedas de áureos. El Fuero ya asimila la dote

⁸⁶⁵ De Ureña y Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca. (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf)*. Edición crítica, con introducción, notas y apéndice. Madrid, 1935.

⁸⁶⁶ Barrero García, Ana M^a. *El Fuero de Teruel. Su historia, proceso de formación y reconstrucción crítica de sus fuentes*. Pág. X. Madrid, 1977.

absorviendo la *apreciatura*, que puede entenderse como la *Morgengabe* germánica, de lo que cabe deducir una asimilación en la institución, de la coexistencia de distintos derechos, producto de una evolución integradora. La viuda de la villa conquense tiene derecho a una dote de diez *maravedís*. En cambio, si la mujer fuere viuda no conquense o joven rústica o aldeana, la dote es de cinco *aureos* para la viuda y de diez *aureos* para la joven aldeana⁸⁶⁷. En este mismo instituto, en el Fuero de Alfambra⁸⁶⁸, si la mujer que se toma en prenda en manceba en *pellos*, debe darla como arras veinte morabetinos alfonsíes; diez, si se trata de otra mujer. En el fuero de Heznatoraf, siguiendo el texto conquense, sobre este particular y materia, en principio la solución es la misma, aunque asimila la *apreciatura* junto a los *pennos*. Matiza, por otra parte al fuero conquense que no diferencia la dote de la viuda conquense a desposar, como hace el fuero de Cuenca, pues solo contempla la dote de la viuda aldeana.

La conquista militar de Toledo por Alfonso VI, 1085, además de su impacto simbólico, hizo ver que el Derecho visigodo permanecía vigente. Como tuvo ocasión de ponerlo de manifiesto Alonso Martín, los mozárabes de Toledo mantenían en vigor las normas del *Liber* en materia matrimonial. La dote a la mujer desposada era el *diezmo* de los bienes del marido. Generalmente la dote la constituían los padres del novio. A la tradición visigoda de la dote del marido, la *decima*, por vía consuetudinaria se incorpora la contraprestación que a manera de donación lleva a cabo la esposa, costumbre del Derecho Romano Vulgar, inventariando el conjunto de ambas, que administra el marido, todo ello “*según es fuero, y uso y costumbre de Toledo*”, como expuso Alonso Martín⁸⁶⁹. Así, en 1236⁸⁷⁰ está documentada una dote con condición de Mayorazgo, o mejor dicho

⁸⁶⁷ De Ureña y Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*, cit. Cap. IX, 1: “*Mando quod quicumque civem puellam desponsaverit, det ei viginti aureos in dotem vel apreciaturam, vel pignus viginte aureorum*”. Y Cap. IX, 2: “*Cive vidue dt decem aureos: qui puellam rusticanam vel aldeanam desponsaverit, det ei decem aureos; vidue quinque aureos*”.

⁸⁶⁸ Barrero García, Ana M^a. *El Fuero de Teruel*, cit. pág. 217: *Arras de muger. Omne que prenda muger manceba en pellos donile por arras XX morabetinos alfonsines; a otra muger, X alfonsines*”. *Muger en pellos* reaparece en las *Partidas* con la nominación de mujer en cabellos, es decir, mujer soltera con posibilidad social de llevar los cabellos al aire, pues la desposada debía ir tocada.

⁸⁶⁹ Alonso Martín, María Luz. *Sobre la dote en los documentos toledanos de los siglos XII-XV*, págs. 395 y ss. AHDE, 1978.

⁸⁷⁰ Alonso Martín, María Luz. *Sobre la dote en los documentos toledanos*, cit. Apéndice 1, pág. 421 y s. “...sin que enagene de ninguna manera de las maneras de los enagenamientos e de las vendidas, et despues fiquen las casas a sus fijos, que las casas a sus hijos, que las hereden por si et a sus nietos despues dellos, et a los nietos de sus nietos et a los que se engendraren de la liña derecha, según es fuero del libro, sin que las puedan enagenar ninguno dellos toda su vida por ninguna manera de las maneras... Et si finire Doña Mencia sin fijos et sin nietos, et se detajare la generacion et sus herederos de la liña derecha como es dicho es, pues que finquen todas las casas dichas et tornen a sus hermanos fijos de su

y así parece deducirse, con reserva absoluta del derecho de troncalidad, dote que Doña Mencía recibe de sus padres con ocasión de su boda a realizar con Rodrigo. Bienes apreciados en mil *maravedís*, como donación de carácter irrevocable, pero con prohibición de enajenar. Tras su muerte, dichas propiedades pasen a sus hijos y nietos engendrados en línea directa “*segúnd es el fuero del libro*”; si falleciere sin descendencia Doña Mencía, volverán a sus hermanos de padre y madre y de “*su linaje los que pertenescen heredallas*”.

En otro diploma, fechado a 1226, encabezando una carta de dote, es acogida la máxima jurídica que afirma que “*legalis est ordo et antiqua consuetudo ut coniugium sine dote non fiat*”, - es legal el ordenamiento y antigua costumbre que unión matrimonial sin dote carece de validez-. Una carta de dote *a fuero de Toledo*, de fecha 1285⁸⁷¹, principia en similares recordatorios, y tras enumerar el inventario de los bienes dotales de la novia, el novio relató todos los bienes de él, de los que la novia recibiría la décima parte, todos los cuales el esposo se comprometió a conservar, como manda la ley.

Ninguna duda cabe sobre la vigencia del *Liber* en Toledo, pues en 1377 Ferrand Garsia otorga carta de arras a favor de su prometida Ynes Garsia y tras valorar Ferrand su patrimonio en más de “*dosientas veses mill maravedís de la moneda blanca de diez dinero el maravedí*”, lo que excede sobre lo que es “*el vestro diesmo e de vuestras arras*”, el esposo se lo asigna y obliga a tenerlos en las heredades, teniendo en cuenta en dicho diezmo y arras “*contando los diez mançebos e las diez mançebas e los veynte caballos e los mil sueldos de las donas que dice en la ley del fuero del libro judgo que dicen de Leon, el cual fue fecho en Toledo, del qual fuero vos e yo somos e al qual fuero vos yo obligo e someto*”. No deja cabo suelto el diploma, pues Ferrad renuncia al fuero de los castellanos que dice que ninguno puede dar a su mujer en arras por casamiento más de quinientos *sueldos*⁸⁷². Estimo que el resumen de esta carta de arras es significativo.

padre y de su madre, o a sus herederos o a quien quisier dellos Doña Mencia la dicha que non salgan las casas dichas de herederos de su padre et de su madre et de su linaje los que pertenescen heredallas”.

⁸⁷¹ Alonso Martín, María Luz. *Sobre la dote en los documentos toledanos*, cit, pág.427.

⁸⁷² Alonso Martín, María Luz. *Sobre la dote en los documentos toledanos*, cit, págs. 442 y ss.

El fuero de León, en materia de arras matrimoniales, como señala el diploma de 1204⁸⁷³, se cuantifican en la mitad de los bienes del esposo.

Volviendo atrás los ojos, la *dos* visigoda es la *donatio propter nuptias romana*, ajena a las influencias germánicas, al decir de Otero Varela⁸⁷⁴. La dádiva complementaria distinta de dicha *donatio* es la décima, reflejada en el Fuero Juzgo⁸⁷⁵. Esta regulación de la *dos* en el Derecho Visigodo, conteniendo las ideas del Derecho Romano Vulgar, fue recogida a mediados del siglo XIII en el Fuero Juzgo y es la espina dorsal del derecho patrimonial familiar hispánico, con diversas variantes, fruto de costumbres heredadas de las que el Fuero, uso o costumbre de Toledo es una práctica derivada de la vigencia del *Liber* entre los mozárabes toledanos, en alguna medida ajena a la evolución de la sociedad leonesa. No está demás recordar la referencia diplomática que recuerda que el Fuero de León se hizo en Toledo.

III. 8. 10. La sucesión hereditaria.

En el reino leonés, de igual manera que en otros territorios del Occidente europeo, la institución jurídica de la herencia aparece vinculada a unos hechos naturales. Así, la sucesión hereditaria era, y sigue siendo, una forma de transmitir los bienes de una persona, que acababa de fallecer o había fallecido no hacía mucho tiempo, a otra u otras personas, que son sus herederos, personas que le sucedían en la titularidad de sus bienes.

La sucesión por fallecimiento, *mortis causa*, a lo largo de la historia humana no ha tenido un tratamiento jurídico uniforme. En ello ha incidido tanto la consideración de la situación subjetiva del poder de la persona en relación con los bienes, lo que posibilitaba, por un lado, una mayor capacidad dispositiva sobre sus bienes, y por otro, la vinculación de derechos de personas concretas sobre los bienes relictos. Desde el punto de vista objetivo, es decir, el reparto de los bienes y los criterios económicos que propiciaran la permanencia en proindivisión de los bienes. Así, si sobre los bienes es posible la admisión de un poder omnímodo del causante, la herencia puede ser considerada como un acto dispositivo de sus bienes plasmada por escrito, o con *fabla*,

⁸⁷³ Alonso Martín, María Luz. Sobre la dote en los documentos toledanos, cit. pág. 543: “*Prebeo atque mando tibi arras per forum ville Legionis scilicet medietatem de quantam hereditatem habeo...*”.

⁸⁷⁴ Otero Varela, Alfonso. “*Liber Iudiciorum 3, 1, 5*” (En tema de dote y “*donatio propter nuptias*”), págs. 545 y ss. AHDE, 1959.

⁸⁷⁵ *Fuero Juzgo*, 3, 1, 6: “*E si por ventura el padre...otrosí puedel dar la decima parte daquello que eredare el fijo despues de la merte de su padre, e aquella decima debe aver la esposa, e demás X mancebos e diez mancebas, e XX caballos, y en donas...que vala mil sueldos...*”

en un testamento. A su vez, el testador puede llevar a cabo directamente la asignación o atribución de bienes concretos a persona o personas concretas, o bien, limitarse a señalar algunos aspectos sobre los cuales tiene poder decisivo siempre respetando unos legítimos derechos de sus herederos forzosos o legales.

Criterios que son aceptados por el C. c. español. Así se establece en el art. 807.1º que son herederos forzosos los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes; y el art. 1.056 principia señalando que cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos.

La sucesión por fallecimiento puede ser también una sucesión *ab intestato*. Dado que el hecho de hacer testamento es totalmente voluntario, el causante que no hizo testamento porque no quiso o porque no pudo sorprendido por algún evento desgraciado, para todos estos casos, el legislador se ha tomado la libertad de suplir la ausencia de disposición testamentaria con una serie de normas que vienen a reglamentar quiénes tienen derecho a ser llamados a unos bienes relictos y cómo debe realizarse la atribución de tales bienes.

Puede señalarse la coexistencia de dos principios básicos informantes de los criterios de la sucesión hereditaria. Principios que se pueden apreciar en el Derecho Hispánico Medieval. De un lado el subyacente criterio de la libertad dispositiva por vía testamentaria, reflejado en el Derecho Romano, con las mandas, los legados y la parte de libre disposición. Este principio dispositivo queda limitado a los bienes muebles, pues en ellos se refleja una proyección relativa a bienes de carácter personal, ajenos a las limitaciones que establece el principio del respeto a la troncalidad. Y por otra parte, basada en el principio de la cohesión familiar, siendo la familia el núcleo que ha generado la adscripción acumulativa de bienes inmuebles, en orden a la propia subsistencia del grupo, se ha desarrollado el concepto de que la propiedad inmobiliaria de los bienes raíces, sobre ellos inciden derechos familiares y a todos sus integrantes pertenecen. Este principio, que se aplica a los inmuebles, fundamentalmente, tiene una proyección cultural de bienes colectivizados familiarmente, a manera de una comunidad, idea que está presente en toda la Europa Occidental, inspirada en el Derecho Germánico. Derecho de troncalidad hispánico o derecho franco del linaje. A su vez sobre estos bienes en comunidad incidirán dos criterios divergentes, uno inspirado en el Derecho Romano y otro en la comunidad germánica.

Lo característico de la comunidad germánica es la exclusión de la disponibilidad sobre la cuota que recae en bienes concretos⁸⁷⁶. En su aplicación concreta a la comunidad hereditaria, ésta se configuró como una comunidad germánica atendiendo a las ventajas que ello reportaba para los acreedores del causante. Se evitaba la merma o aniquilación del patrimonio, su destrozó como entidad económica que a todos los integrantes afectaba.

Y estos criterios no fueron ignorados por la sociedad integrada en el Sistema Feudal del Derecho Hispánico Medieval. La manera más común de acceder a la propiedad o posesión de una *hereditas*, conjunto de bienes y derechos familiares, era el sistema sucesorio, toda vez que era algo natural y se fundamentaba en la continuidad del grupo familiar, al menos en lo referente a los bienes inmuebles. Lo normal era que, en la sucesión en los bienes de una persona fallecida, brillara por su ausencia el testamento. En un contexto social en el que la gran mayoría de la población no sabía ni leer ni escribir, puede afirmarse con seguridad que la sucesión hereditaria, en la mayoría de los casos, sería intestada, es decir, sin declaración de voluntad emitida a través de un testamento, o como entonces se diría, morir sin habla.

Conviene precisar la respuesta a la cuestión de cómo estaba regulado el derecho sucesorio en la Hispania cristiana medieval. Es menester conocer de qué manera en tal época las personas y las familias resolvían la situación, respecto de los bienes y derechos, que el fallecimiento de una persona había producido. Ya hemos afirmado que el Derecho Medieval está fundamentado por la costumbre, a la que el hombre de la Edad Media está apegado. Este derecho consuetudinario no puede ser el Derecho Romano Clásico, que se basa en el parentesco civil, pues el concepto y la forma de organizarse y conformarse la familia ha variado. En el Medieval, el vínculo familiar está basado en la sangre, que es el engranaje natural que determina la pertenencia a un grupo familiar. La influencia de la Iglesia en este orden de la organización familiar fue decisiva. En otras manifestaciones del derecho practicado en la Edad Media, hemos visto cómo las referencias al *Liber Iudiciorum* eran bastante frecuentes, en los casos en que existiera testamento. Y por tales circunstancias, surge la sospecha de que la solución pueda verse en el Derecho Visigodo, es decir, que el *Liber* contenga la

⁸⁷⁶ Heinrich Weber-Grellet. *La comunidad germánica*, pág. 59. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2007.

normativa seguida por la sociedad en materia sucesoria, trasladable al Medioevo hispánico.

Desde mi punto de vista, procede, por tanto, examinar cómo a través de los casos concretos se daban las soluciones a los problemas sucesorios, en lugar de pretender elaborar teorías doctrinales a las que aplicar *a posteriori* el contenido de los casos concretos. Y respecto de cualquier cambio en los criterios generales aplicados, es más seguro tratar de buscar, a continuación, la causa de ello.

En primer lugar, visto que la sangre es el nexa personal más sólido, conviene ver en el grupo familiar la existencia de una fuerza vinculante, para sus personas integrantes. La relación entre la persona y su grupo familiar y un conjunto de bienes inmuebles y derechos sobre tales bienes raíces de carácter familiar, parece ser el origen de la idea de la troncalidad. Con una especial incidencia en los bienes inmuebles o raíces, es decir, la tierra. Sobre estas propiedades, sobre los bienes procedentes de un tronco familiar común forjado con el trabajo familiar, radica la esencia y el origen de los derechos de troncalidad, como una especialización del derecho sucesorio. En el Derecho Hispánico Medieval, a mediados del siglo XIII, incluso atribuye a los herederos el poder dispositivo, dando por válido el deseo del marido de donar un bien troncal a la mujer, mediante la prestación como testigos de su consentimiento a tal transferencia. Así como la existencia de un principio general del derecho formulado en que la raíz (el bien raíz o inmueble) debe ir a su raíz (el tronco familiar).

Sin embargo, se aprecia una necesidad de regular estas relaciones familiares, de manera tal que el propio legislador se inclina por conceder un orden de prelación de familiares con el derecho a suceder. Nada de extraño tiene que el *Liber Iudiciorum*, en su Libro IV, título I, principie por establecer una serie de graduaciones, pues es prioritario el origen natural, y dentro de él, la naturaleza es la base del primer grado, en el orden sucesorio, siendo de índole superior la fusión o confusión de los legítimos derechos del padre y de la madre, derechos integrados en la comunidad matrimonial de sus bienes comunales, régimen matrimonial que en general se rige por los principios de una comunidad germánica, y cuya finalidad es no solo la conservación de los bienes sino también la de ofrecer a la comunidad familiar una identificación de personas, que el matrimonio garantiza. La línea siguiente es el hijo y la hija, y así sucesivamente hacia arriba o abajo en el árbol genealógico, fundado en el linaje natural. Y seguidamente en

el Título II, declara que en el caso de fallecer sin otorgar testamento, son herederos forzosos y con el mismo derecho, las hijas y los hijos. Y concluye el título II señalando que cuando una persona no tuviere ni hijos, ni nietos ni biznietos puede disponer de sus bienes con plena libertad, añadiendo que en el caso anterior de carecer de descendientes, si falleciere sin testamento, los parientes más próximos tienen su derecho a los bienes⁸⁷⁷. Pero todo ello debe ser matizado adecuadamente. La *lex* se refiere a los supuestos en que no haya testamento, es decir, para los casos de sucesión *intestada*. Y establece los derechos a la herencia de sus herederos forzosos.

Por otra parte, la *lex* protegía los derechos de la viuda, en igual porción que los hijos, pero su derecho a limitaba, en cuanto a dicha parte de sus derechos, a un usufructo, que perdía si volvía a contraer matrimonio. Vuelve a identificarse un Principio General del Derecho en esa idea de continuidad y datación de la identidad, como hecho deseable y perseguible. Por otra parte, el segundo criterio que regía era el de la salvaguarda de los derechos vinculados al principio de la troncalidad. Cuando uno fallece dejando abuelos como herederos forzosos, los bienes a que éstos tienen derecho son los bienes que ganó el difunto, en la forma que establece la Ley VI del citado Libro IV, título II del *Liber*. Pero respecto de los bienes que el difunto tuviere procedentes de sus padres o abuelos, deben retornar a sus padres o abuelos como se les dieron, pues hay que respetar el principio especial del Derecho Hispánico Medieval que es la troncalidad. La referencia a los abuelos es conocido como *abolengo*. Son bienes propios, inmersos de lleno en la caracterización de plenos derechos de propiedad. El paso del tiempo contribuye a considerarles como bienes perpetuos.

Otro problema es determinar cómo se encajaba el poder de disposición del testador y qué porcentaje sobre sus bienes podría alcanzar tal capacidad dispositiva sin perjudicar los legítimos derechos de sus herederos, es decir, cómo conjugar aquélla con el derecho de los hijos, nietos y demás posibles herederos forzosos. Desde luego que en algunos diplomas había especial protección de los denominados bienes de troncalidad. La libertad de disposición de los bienes aparece en los documentos vinculada a la aplicación de tal gesto de liberalidad al remedio de su alma y de sus parientes, normalmente beneficiando con ello a la Iglesia. No es frecuente que en los diversos

⁸⁷⁷ *Liber Iudiciorum*, 4, 2, 20, in fine: “*Ex intestato autem, iuxta legum ordinem, sibi debitam haereditate poterunt iure successionem*”.

foros breves aparezca regulada la forma de heredar. Sin embargo en diploma de 1187⁸⁷⁸ que recoge el Fuero que Alfonso II dio a la ciudad de Braganza, expresamente se refiere que en el caso de que un habitante de expresada ciudad no tuviere hijos viviendo en dicha villa y éstos estuvieren fuera de la misma, pueden venir sus parientes y recibir su heredad. Y si parientes o hijos no tuviere, dé la mitad de todo cuanto posea al *concilium* o concejo y la otra *medietate* se la dé a su señor. Es decir, se concede en materia hereditaria un privilegio hereditario a favor de los hijos que vivieren en Braganza; si vivieren fuera dichos hijos pueden venir a vivir a dicha ciudad y recibir aquí su herencia. No se impone la obligación de vivir en la misma, aunque es de suponer que ello así fuere. Porque puede suceder el caso de que se negaren a venir a recibir su herencia, lo que implica una renuncia a la misma. Y tal negativa iguala al causante que careciere de descendencia. Para este supuesto, el Concejo de la ciudad de Braganza recibe la *medietate* de sus bienes. Y la otra *medietate* es para el Señor del difunto, por cuanto de éste los había recibido como *prestimonio*.

Lo que omite el Fuero es que esta solución legal en materia hereditaria es aplicable al vecino que tuviere la condición de un *iunior*, pues solamente podría disponer de la *medietate*, que es la que recibe el Concejo; el resto de la *hereditas*, es decir, la mitad, vuelve al *dominus*, a poder del señor de quien tal *iunior* hubiere recibido un bien en régimen de *prestimonio* o *prestamo*. Aquí aparece un caso clarificador de la distinción entre los bienes integrados en la *hereditas* de un vecino de Braganza, pues en vida solamente era un poseedor, un mero detentador, de sus bienes, y al fallecer, pasan a sus herederos forzosos o legales, en su caso, implicando ello la aceptación de tal condición de poseedores con las obligaciones que tal posesión conlleva; pero la vinculación a la tierra desencadena la imposibilidad de heredar a los hijos los bienes de Braganza si éstos tuvieren bienes fuera de la villa, es decir, en otro lugar distinto de Braganza. Faculta a los demás parientes para que puedan entrar en la herencia, siempre que se hagan cargo de los trabajos inherentes a tales tierras, así como el pago del *pecho* o canon, lo que señala ser el *prestimonio* su procedencia.

⁸⁷⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 463: “*et habitator ville vestre si mortuus fuerit et parentes aut filios non habuerit in villa vestra et eos extra villam vestram habuerit, veniat parentes sui et recipiant suam hereditatem. Si vero parentes non habuerit, medietatem omnium quecumque possederit det concilium pro eius anima, et alia medietas domino suo detur*”.

Aparece en el Fuero brigantino la legitimación del Concejo para ser heredero, lo cual, más que un beneficio al mismo, supone la asunción de la obligación del pago de impuestos. El hecho de que la mitad de la herencia vuelva al patrimonio del *dominus* no es un caso de sucesión hereditaria sino un caso de reversión de la propiedad, pues el causante sobre los mismos, solamente tenía la posesión.

Se regula en el Fuero de Cuenca el destino de los bienes de quien muriere sin testar. En el capítulo IX epígrafe 9, “*de eo qui sine lingua decesserit*” se señala el destino de sus bienes a quien fallezca sin testamento, si personas cercanas tuviere, la quinta parte de su ganado sea dada a su colación y no de otras cosas, esto es, de ovejas, bueyes, vacas u otras bestias, excepto el caballo de silla. El resto de las cosas sean para sus parientes próximos y ellos, con el cuerpo del muerto, hagan lo que quisieren⁸⁷⁹. También se regula el supuesto de quien muere intestado y además carece de personas cercanas, estableciéndose en tal caso que el quinto de su ganado sea para la colación de su huésped o de su señor. El resto sea para el señor o el huésped⁸⁸⁰. En ambos supuestos de muerte *ab intestato*, cabe reparar en que la quinta parte de sus bienes procedentes de sus bienes ganados constituye su porción legítima que es la parte que procede entregar a la parroquia, como si de un caso de derecho forzoso a la herencia se tratase. Sus herederos forzosos, parientes próximos, recibirán el resto de sus bienes; en el supuesto de inexistencia de parientes próximos que pudieren esgrimir algún derecho hereditario, referida quinta parte será heredada por la parroquia del huésped o del señor. El resto de sus bienes pasarán a manos de su señor, y si tal no tuviere, de su huésped.

Los hijos, en el Fuero conquense, pueden oponerse a que el padre o la madre, recíprocamente, puedan por vía testamentaria concederse bienes entre sí; tampoco tal disposición es posible si los hijos no están presentes en el acto de otorgamiento de la

⁸⁷⁹ De Ureña y Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*, cit. pág. 253. Cap. IX – 9-: Fragmento conquense: “*Mas si alguno sin testamento muriere y parientes çercanos non oviere, el quinto de su ganado sea dado asu collaçion y no de otras cosas, si non de ovejas o de bueys o de vacas o de todas bestias, sacado el cavallo de siella. Et todas las otras cosas ayan los çercanos parientes. Et ellos fagan...*”.

⁸⁸⁰ De Ureña y Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*, cit. pág. 254. Cap. IX -10-: Forma sistemática: “*Qui absque propincuis, et intestatus decesserit, detur quintum sui ganati collationi sui hospitis vel domini. Residuum sit domini seu hispitis*”.

escritura testamentaria⁸⁸¹. La razón de esta prevención es la salvaguarda de los legítimos derechos de los hijos, así como el posible respeto de los derechos de troncalidad.

Se regula en el Fuero de Cuenca la forma en que los hijos heredan al padre y la madre así como éstos a aquellos. Se distingue con nitidez entre los bienes muebles e inmuebles. El principio general es que los hijos heredan los bienes de sus padres, tanto muebles como raíces. El padre o la madre solo heredan del hijo los bienes muebles. Ambos no pueden heredar los bienes raíces del hijo que le viniere por su patrimonio: Los bienes raíces ganados por el padre o la madre han de quedar en usufructo vitalicio para el cónyuge supérstite por derecho de su hijo, dando fiador; tras la muerte del supérstite, en todo caso la raíz ha de tornar a la raíz⁸⁸². Es ocioso significar el máximo respeto a los derechos de troncalidad o linaje en lo que los bienes inmuebles respecta.

Son numerosos los documentos en que aparece reseñado el quinto de los bienes, fundamentalmente muebles, el máximo del poder de disposición de que puede hacer uso. Así, hay un diploma fechado a 976⁸⁸³ en que Trastina se vio complacido en hacer testamento mediante escritura firme o de donación por la quinta parte de sus bienes a la basílica sita en Cacanés para que la posean y la tengan los *fratres iure quietum et in perpetuum*. Según este diploma en el último tercio del siglo X, parece ser el límite de la facultad de libre disposición, la quinta parte de la heredad. En similares términos se pronuncia Gondesindus, casado con Enderquina que era hija del *dux* Menendus Gutierrez y su mujer Ermesinda, ésta a su vez hermana de la Reina Doña Elvira que fue mujer del Rey Ordoño y a su vez madre del Príncipe Ramiro. Como se puede deducir se trata de un personaje muy principal. Es un documento de disposiciones testamentarias de 897. Relata un error de su conducta, por lo que, de su cuantioso patrimonio, redujo

⁸⁸¹ De Ureña y Smenjau, Rafael. Fuero de Cuenca, cit. X, -11-. Fragmento conquense: “*Mas aquel que testamento fisiere, ninguna cosa non pueda mandar, nin otorgar a su meger, si a los herederos pesare, o non fueren delante, o nonlo otorgaren; nin la mujer al marido*”.

⁸⁸² De Ureña y Smenjau, Rafael. Fuero de Cuenca, cit. pág. Forma sistemática, X, I: “*Quilibet filius hereditet bona patris et matris tam in mobile quam in radice. Pater et mater bona filli in mobili. Pater enim non habet hereditare radicem filii, que eum de patrimonio suo contingerit...Post mortem parentisradix redeat ad radicem. Radix que filium de patrimonio contingerit, redeat ad radicem ea die qua ipse decesserit*”.

⁸⁸³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, cit. pág. 75: “*plaguit mici bone pacis voluntas ut facere sicut et Facio testum scriptura firmitatis vel donationis post parte de mea quinta ad domus sanctorum...vel ad suos fratres qui ibidem perseverantes fuerint in vita sancta...concedo et dono omnia ab integro post parte de mea quinta pro remedio anime mee ut donet mici dominus remisio peccatorum meorum abeant et possideant fratres iuri quietum et in perpetuum...*”.

una quinta⁸⁸⁴ parte y liberó a todos sus esclavos o siervos, levantó iglesias entre el Duero y el Vouga, haciendo testamento a favor del acisterio de Villa Fornos sobre la mitad de la misma y la quinta parte de su patrimonio obtenido, es decir ganado e incrementado con su trabajo, patrimonio considerado como ganancial, y de sus propiedades que estaban ubicadas entre los indicados ríos, haciendo pues testamento a favor de dicho acisterio de la quinta parte de cuantas villas tiene en toda esa tierra. No se olvida el testador de Froilo, su hija nacida de pecado según refiere, a la cual otorga un cuantioso patrimonio.

A finales del siglo X, en territorio del Reino de León, entre los nobles era costumbre transmitir mediante una donación, por vía de diploma de *testamentum*, dejando a la Iglesia la quinta parte de sus bienes a la Iglesia. Así, en 1087⁸⁸⁵, Tructesindus del linaje de Gutierre, hace testamento a favor de San Salvador, en la villa de moraria, territorio portugalense, de la quinta parte de todas sus *hereditates* y de dicha quinta ordena que toda su criazón sea hecha *ingenua*, es decir, libre. Previene a sus hijos y nietos o personas de su sangre que no aceptaren este acto dispositivo, que recibirán sentencia según los canones enseñan. Dicho en otros términos, el testador está reconociendo que puede disponer libremente del quinto de sus bienes, manifestando de igual manera que tal derecho dispositivo está amparado por la costumbre conforme consolidada jurisprudencia. Es de notar que Tructesindus extiende la advertencia no solo a sus hijos y nietos, es decir, a sus herederos forzosos, sino además a cualquier persona de su entorno familiar dimanante de la relación por sangre. Con la finalidad de que no puedan proceder a la impugnación aduciendo derechos de presunta troncalidad. Y con la expresa advertencia, pues no me atrevo a llamarlo amenaza, a quien no acatare las disposiciones testamentarias, se le aplicará la doctrina contenida en los cánones regulados por el Derecho Canónico. Con dicha severa advertencia, el testador pretende garantizar el estricto cumplimiento de su última voluntad.

⁸⁸⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, cit. págs. 7-8: “*quintamus nostro ganato et nostras villas que sunt inter durio et vauga in villa acibeto...et testavimus ad ipsp aciaterio de acibeto villa de fornos media et quinta de nostro ganato et de nostras ereditates de durio...*”

⁸⁸⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, cit. pág. 408: “*do et contesto ad ipsum locum iam nominato V^a de omnes meas hereditates...ut habeant et possidenat in ipso loco sancto. Et de illa V^a de omnia mea criazon mando illa ingenuare pro remedio anima mee ut sedeat ingenua et libera*” y advierte que “*siquis tamen qualibet generis homo filii nepti aut ex sanguinibus qui hunn factum meum infringerit voluerit in primis accipiat sententiam secundum canones docent...*”.

Otro caso se aprecia un testamento que lleva a cabo en 1092⁸⁸⁶ Annaia Joannes mediante una *cartam commendationis* de su alma temiendo una muerte repentina. De lo que hoy llamaríamos sus bienes gananciales, los divide en dos partes, disponiendo de la mitad a favor de la Iglesia de Santa Eufemia, sita en el monte sobre las viñas al otro lado del río Mondego, y la otra mitad de dichos bienes son dejados a favor de sus hijos. Nada reseña el testamento de otros bienes distintos a los ganados por ella, es decir, sus bienes gananciales, sobre los que cabe presumir que también fueron a destinados a sus hijos. El hecho de testar la mitad de sus bienes ganados u obtenidos, no implica necesariamente que su cuantía pudiera exceder de la tercera parte de todos sus bienes.

El diploma de fecha 1068⁸⁸⁷ recoge de forma expresa un principio general en materia de sucesiones hereditarias. En el mismo se observa cómo Froila, que es converso y hombre integrado en un monasterio, y el presbítero Branderigus, que carecen de hijos, hacen a manera de testamento una “*kartula benefactis vel perfiliationis*” de su heredad, procedente de sus padres, a favor de sus cuatro sobrinos, propiedad sita en villa seisosello al pie del monte Pedroso, en territorio portugalense y a dicha heredad pueden acceder porque dice la *lex* y la escritura que el hombre que no tuviere hijos puede disponer de sus cosas como quisiere.

Este principio general del derecho sucesorio conjuga dos ideas sobre la materia sucesoria. El principio de que los hijos son sucesores naturales en el patrimonio y derechos de sus progenitores y la ley así lo establece, por la influencia de la doctrina de la Iglesia que moduló en tal sentido el Derecho Romano que consagraba la plena libertad del causante a la hora de testar, criterio que el Derecho Visigodo recogió de forma parcial conjugando el derecho de los hijos a la herencia, con la salvedad de poder disponer de una parte de la herencia libremente siendo la principal beneficiaria de esta parte la propia Iglesia; y en segundo lugar, en esta materia, en el caso de ausencia de hijos, era plena la libertad de hacer el hombre con sus cosas lo que tuviere a bien. En el presente caso, Froila y Branderigus fuerzan la situación creando la ficción de adoptar, como si se tratase de sus hijos, a sus sobrinos, mediante una *karta de perfiliationis* que consiste en conferir u otorgar a los sobrinos la condición de hijos. De esta manera,

⁸⁸⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, cit. pág. 462: “*id est medietatem de omni meo ganato mando dare ad ecclesiam sancte eufemie...et aliam mediam ad meos filios...*”.

⁸⁸⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 289: “*per ubi illa potueritis invenire quia dicet lex et scriptura –hominis enim qui filium non abuerit faciendi de rebus suis quod voluerit-*.”

aplican con acierto el criterio de que quien puede lo más, es decir, hacer con sus bienes lo que quieran, puede lo menos, es decir, sin forzar el espíritu de la *lex*, convierten a sus sobrinos en familiares con la misma condición que si hijos suyos fueran, y en consecuencia, transforman la libertad de testar en la obligación de testar a favor de sus sobrinos convertidos en la condición de hijos. Tal vez en el uso de este subterfugio legal, desde luego, esté latiendo la idea de que los bienes provienen de su familia, y por aplicación del principio de troncalidad de los bienes, deben éstos permanecer en la familia, en claro perjuicio de los absorbentes derechos de la Iglesia a la que pertenecen. Ambos clérigos llevan a cabo de forma conjunta el testamento.

Igualmente, en otra ocasión el testamento lo hacían conjuntamente dos personas, *Seculare* y *Abuzat*, como reza el diploma de fecha 992⁸⁸⁸. Testan a favor del Monasterio de San Mamés la heredad que tienen en Alquinittia, cuyo contenido se detalla. El hecho de que su heredad pueda aumentar hasta la fecha de la muerte, nos hace patente que estamos ante un testamento, al que denominan “*karta testamenti*”, con efectos plenos *post mortem*.

De otra peculiar manera, en diploma de 1068⁸⁸⁹, el presbítero Auderigus propietario en territorio portugalense de una heredad procedente de sus parientes, es decir, heredad de carácter familiar, tras magnificar el título de la donación en la forma que ya hemos indicado en otros documentos de similares advocaciones iniciales, hace una referencia a los doctores y al *liber godorum* así como a la sentencia canónica al hablar de la ausencia de la violencia y el miedo como requisitos para la plena validez de la *donatio*⁸⁹⁰. Tras lo cual a su nieto, el presbítero Vermudo, le confiere *carta de donationis et perfiliationis simul et testamento* de toda su heredad, tras decir de él que le hace hijo y discípulo suyo. Hace en su testamento la advertencia de que si tras su muerte vinieren a la herencia su hermana Gunzina o los hijos de ésta, se reparta la heredad mediante suertes, es decir

⁸⁸⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 102: “*vel augmentare potuero usque ad obitum meum*”, aunque habla de muerte en singular el testamento lo hacen “*ego seculare et abuzar placuit nobis bone pacis et volumptas ut faceremus ad ipsius loci sancti memetis textum scripture de hereditate nostra...*”.

⁸⁸⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 293: “*Placuit...ut facere tibi filio et discipulus meus et nepto meo Vermudo presbitero carta donationis et perfiliationis simul et testamento de omnia nostras ereditates proprias...et si venerit germana mea Gunzina aut de filiis suis sortiatis anbos per medium*”.

⁸⁹⁰ *Liber Iudiciorum*, V, 2, 1: “*Donatio, que per vim et metum fuerit extorta, nullum habeat firmitatem*”. Casi de forma literal en el diploma comentado se recoge esta *lex*.

mediante el sorteo, por mitad; y si tal no ocurriere, -dice el diploma- téngalas el designado presbítero Vermudo para sí.

Es muy interesante este diploma pues, en materia de sucesiones, puede verse cómo pasada la mitad del siglo XI sigue en plena vigencia cuanto al respecto dispone el *Liber Iudiciorum* o “*godorum*” como se le designa, pese a haber transcurrido unos cuatro siglos. Se trata de un patrimonio familiar, y el testador a su nieto Vermudo le otorga el cargo, como heredero suyo, en el orden espiritual al frente de la iglesia integrada en la heredad. Aunque a su nieto le nombra en la *perfilatio* como si le hiciera hijo suyo, no queda muy seguro con esta forma de burlar la ley, y tiene el temor de que, siendo un patrimonio familiar afecto por el principio de troncalidad, su hermana Gunzina o los hijos de ella, puedan impugnar este testamento por cuanto con tal designación se conculcan los derechos legítimos de su hermana, o los hijos de ella, a su parte en la herencia, de origen en la troncalidad familiar. Dispone por ello el testador que en tal supuesto, la heredad sea repartida por mitad⁸⁹¹. Lo más llamativo de este diploma es que se siga al pie de la letra el tenor literal de la legislación visigoda en materia sucesoria, evidenciando su vigencia.

Esta vigencia de los principios jurídicos contenidos en el *Liber* traspasaron el tiempo y el espacio, pues en el Fuero de Palencia, en su artículo cuarenta y dos, el Obispo Don Raymundo II, cuando en 1181⁸⁹² dio fueros a los habitantes de esta ciudad, señaló la libertad de disposición de sus bienes a quien hijos o hijas no tuviere, pudiendo hacer con su heredad y bienes según su voluntad. Libertad de heredar que en el lugar nominado Bahillo⁸⁹³, de esa misma provincia actual, tanto clérigos como laicos tienen por foro una obligación de entregar al señor un *solidus* y al merino seis dineros, hecho lo cual todos sus parientes posean sus bienes y los tengan conforme su derecho. De este tenor cabe deducir que los sucesores del patrimonio de los mañeros, pobladores de este lugar disponían solamente del derecho posesorio y que tener los bienes del fallecido por

⁸⁹¹ *Liber Iudiciorum*, IV, 2, 9: “*Femina ad haereditatem patris aut matris, avorum vel aviarum, tam paternorum quam maternorum, et ad haereditatem fratrum vel sororum, sive has haereditates, quae a patruo vel a filio patris, fratris etiam filio vel sororis relinquuntur, aequaliter cum fratribus veniat. Nam iustum omnino est, ut quos propinquitas naturae consiciat, haereditariae successionis ordo non dividat*”.

⁸⁹² De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la Historia de las Instituciones*, cit. pág. 196: art. 42: “*Omnis homo de Palencia, qui filium vel filiam non habuerit, det hereditatem suam et bona sua cuicumque voluerit*”.

⁸⁹³ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la historia de las Instituciones*, cit. pág. 97. “*similiter et laicos, parentes illius dent unum solidum domino suo et merino sex dineros et omnia alia bona sua parentes illorum possideant atque iure suo habeant*”.

derecho sucesorio según su derecho comportaba subrogarse en las obligaciones que el mañero tuviere contraído con su señor. El documento versa sobre el derecho de mañería, tratando de forma incidental la sucesión mañera.

Un Fuero dado a los pobladores del lugar denominado Población de Soto, dependiente tanto del Abad de Sahagún como del Prior de San Salvador de Nogal, fechado a 1110⁸⁹⁴, establece el orden sucesorio para suceder el padre al hijo y éste al padre; si hijos no hubiere, herede el nieto; si no hubiere nietos, hereden los hermanos, y en su defecto los sobrinos. Si no hubiere, hereden los primos suyos, próximos o extraños. Si no hubiere *gentes*, es decir, familia aunque lejana, lo dé a quien quisiere. Seguidamente este texto foral refiere cómo deben ser heredados los bienes, que son llamados *substantia*, de un sacerdote que sirviere en Población y allí llegare su hora, siendo un tercio para el Monasterio de San Salvador; otro tercio para Santa María y el resto conforme su voluntad.

Un caso de testamento realizado por una mujer, llamada Trudilli a favor de quien era su marido, Evenando. Principia el diploma indicando que ambos fueron casados por la voluntad de sus padres. Siendo la fecha del diploma la de 908⁸⁹⁵, la orden familiar de casarse ambos, debió de ser anterior. En tal época estas imposiciones debían ser frecuentes, aunque matiza seguidamente que dicha unión fue hecha con la bendición de un sacerdote. Pues bien, la mujer testa a favor de su marido, señalando los bienes en villa en Villar de Avolo; otra heredad en villa freiseno y sus *mancipias*, de que da sus nombres, villa freiseno que recibieran de un hermano suyo, Odoario, así como además tres *mancipias* suyas de él, llamadas estas moras Mariame, Sahena y Zafara, aunque con tales nombres el Notario Cidi, presbítero, es obvio que no necesitó precisar que por sus nombres, estas siervas eran moras y que la esclavitud de las tres procedía de ser cautivas tras alguna escaramuza militar. La testadora pide a su marido que tras su muerte haga

⁸⁹⁴ Rodríguez Fernández, Justiniano. *Palencia panorámica foral*, cit. págs. 223 y 224: “...hereditet pater ad filium, et filius ad pater, et inde si filium non habuerit, hereditet neptos; et si neptos non habuerit, hereditet germanos; et si germanos non habuerit hereditet sobrinos; et si non habuerit sobrinos hereditet primos...et si gentes non habuerit que hereditet, det ubicumque voluerit. Añade más adelante: “Et aliter dicit de illo sacerdote que in illa ecclesia de Poblacione servicio Deo fecerit et obitus sus ibi venerit, tertia pars de sus substantia, tan sedente quam movente, sit data a Sancti Salvatoris monasterii, et secunda pars metat in aula Dei Sancta María, et tertia pars det ubicumque voluntas sua fecerit”.

⁸⁹⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*. Volumen I, cit. pág. 11: “qui fuimus coniuncti per voluntatem parentum nostrorum et benedictionum sacerdotum...ut facere tibi viro meo evenando textum scripture benefactis per scripture firmitatis...sit tibi licentia potestas avendi et possidendi totum in intecrum quod superior notuimus...et post hovitum meo faciatis mico minsas et zereum et oblationem in domo domini offeratis pro remedio anime mee...”.

misas, ponga cirios y haga oblaciones por remedio de su alma. No hay constancia en el documento reseñado de la necesaria complacencia de los hijos en tales mandas, dado que no consta la existencia de hijos. Con un siglo de posterioridad a lo reseñado en este diploma, en territorio de Palencia, dispuso el Obispo Raymundo II, en su Fuero, que los matrimonios debían ser contraídos con plena libertad⁸⁹⁶. El hecho de que la autoridad religiosa de la importante diócesis citada proceda a recordar la necesidad de libertad en los matrimonios, nos pone de manifiesto que tal práctica social de pactar las uniones matrimoniales debía ser bastante habitual. En lugar alejado del anterior, el Magister Gaudinus, junto a sus monges, del Templo de Salomón, en Thovar hace fueros a sus habitantes. Es de 1162⁸⁹⁷. El citado Magister exige la libertad del consentimiento matrimonial. Al libre consentimiento de la mujer debe añadirse el asentimiento de los parientes de ella, siendo éste una confirmación familiar a la libre voluntad dispositiva de la mujer. La ausencia de la aquiescencia de la familia de la mujer podría ser interpretada como un acto inamistoso.

En un diploma de 1041⁸⁹⁸, Alamiru y su mujer Rikilli hacen testamento de un lugar llamado leza, en territorio de Portugal al pie del monte custodias por donde circula el río Leza, a Tueildus y sus fratres, para que perseveren en santa vida. Cede y concede tras su muerte la misma, resaltando que se trata de una *medietate integra* “*quod aprestitum ominis est*”, heredad que es lícita de “*habendi et possidendi*”, efectos del acto dispositivo expresado que se deja *post obitum*. El testamento es fundamentado en el *Liber Iudicum*⁸⁹⁹ al señalar expresamente que quien hijo o nieto no dejare, de todas sus cosas, haga lo que quisiere. En el presente diploma, de que Ansemondu toma nota, se está en realidad llevando a cabo un acto de donación *usufructo reservato*, pues los

⁸⁹⁶ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos para la Historia de las Instituciones*, cit. pág. 194. Art. 30: “*nullus vicinus vel vicina de Palencia det aliquit vel pectet propter ossas, vel aliquem pro eis roget, sed matrimonia sint libera*”.

⁸⁹⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 388: “*et nullus eam vel filiam alicuius accipiat in coniugium sine voluntate sua et parentum suorum*”.

⁸⁹⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, cit. pág. 192: “*medietate integra post obitum vero meo ibidem dono atque concedo ubi illa potueritis invenire quallibe causa fuerit de quod aprestitum ominis est, ita ut in presenti die ipso que in testamento sit ei inde licitum habendi vel possidendi usque in finem et in seculum seculi rectionem retributa quia dicit liber iudicum –quia filium vel nepoto non reliquerit de omnia rem sua faciat quod voluerit–*”. Y más adelante reza el diploma: “*facta series testamenti...alamiro filius alderedo...in hanc scriptura vel series testamenti a me facta manu mea roboro*”.

⁸⁹⁹ *Liber Iudiciorum*, 4, 2, 20: “*Omnis vir ingenuus atque femina, sive nobilis, seu inferior, qui filios vel nepotes aut prenepotes non reliquerit, faciendi de rebus suis quidquid voluerit indubitante licentiam habeat*”.

efectos de tal donación quedan en suspenso hasta el momento de la muerte del donante, porque se otorgue a través de disposición testamentaria. Mediante la donación se ignoran los pretendidos derechos a la herencia de los herederos forzosos, es decir, los descendientes, hijos o nietos, éstos, en su caso, en representación de los derechos de sus fallecidos padres. Puede decirse que aunque tuviere hijos o nietos, no les deja nada a ellos pues al ser una donación, de carácter irrevocable, y no sucesión testamentaria, sus herederos forzosos nada pueden impugnar de tal acto dispositivo. La donación en vida era una forma de ceder los bienes sin posibilidad de impugnación.

La misma fundamentación jurídica, basada en el *Liber* que acabamos de reseñar, aparece en un diploma de 1014, *testamentum* de sunillanes, en cuya virtud una mujer, de nombre Ermengo, otorga un testamento y concede a Unisconi y su hijo Oseridi Tructesindi y “*fratres et sorores*, es decir, del Monasterio dúplice de sunillanes, heredad que la testadora había ganado con su marido Roderico Gundesindi, propiedad que es detallada. La da y la concede con la prohibición de vender o donar. Y se acoge la misma legislación goda que acabamos de indicar.

La libertad de disponer por testamento de sus bienes tiene unos límites para hacer manda por bien de su alma se trata. En el Fuero de Plasencia⁹⁰⁰, otorgado con toda probabilidad por Alfonso VIII, tras restaurar la ciudad en 1178, se contiene una serie de normas sobre la herencia. En caso de enfermedad grave tenga el poder de dar una quinta parte de sus bienes, hasta el valor de diez *maravedíes*. Si su voluntad excediere de tales limitaciones, no valga tal disposición si no es con el consentimiento y asentimiento de sus parientes herederos. Si uno falleciere sin testar, los parientes den la quinta parte de sus bienes, de cuya citada parte por fuero un tercio será dado al castillo; los restantes dos tercios de dicho tercio, por su alma a quienes quisieren los parientes, pero con expresa prohibición de la autoadjudicación a ellos mismos. Se deduce de lo reseñado sobre esta materia sucesoria en el Fuero de Plasencia un cierto aire de similares soluciones a un mismo problema en los Fueros de Cuenca y de Bragança.

Un supuesto específico, aplicable a los fallecimientos de los peregrinos que transitaban por el Camino de Santiago a visitar el sepulcro del Apóstol, viene recogido

⁹⁰⁰ Majada Neila, Jesús. Fuero de Plasencia, pág. 113. “*Si enfermo fuere, aya poder de dar el quinto del mueble et fasta X mrs.; si de más quisiere dar d’esto, non vala si non fuere con placer de los herederos. Et si sin lengua passare, los parientes den el quinto del mueble...*”.

en un decreto que en 1229 dicta Alfonso IX⁹⁰¹ cuando no hubiere constancia de testamento. Las normas sucesorias para este caso son muy concretas. El caudal hereditario, una vez deducidos los derechos de atención hospitalaria y del sepelio, se divide en tres partes, una parte tenga la persona que le dio acogida, otra para la *vox regia*, y la tercera para la iglesia donde fue sepultado.

En algún diploma que expresa una disposición testamentaria, se observa la desheredación de un hijo en el haber del caudal relicto. Así en diploma de fecha 1062⁹⁰², Romosindo Romariguizi hace escritura firme de *hereditate*, deshereda a su hijo Fernando de todos sus bienes. No se expresa la causa o razón de ello. Tampoco se señalan a qué partes o porciones ascienden los derechos de los hijos designados como herederos.

En el Fuero extenso conquense de la Hispania Medieval, la sucesión en los bienes de padre y madre, observa que el título hereditario principal reside en los hijos, derecho que limita el poder dispositivo de los progenitores. Principio general es que no debe desheredar a los hijos, dándoles tanto muebles como raíz⁹⁰³. Respecto de los derechos a suceder en los bienes de los parientes próximos del difunto, el derecho a heredar viene limitado por la necesidad de dar *fideiussores* válidos, condicionando la fiabilidad de éste el hecho de ser poblador de Cuenca al menos durante diez años, es decir, entiendo que dicho plazo rige con tal duración a la anterioridad del hecho causante. Se trata de un derecho prioritario con la finalidad de favorecer la repoblación. Se cuida mucho en el texto foral el principio de troncalidad. Así, si un heredero entrare en orden religiosa, solamente hereda el quinto de los bienes muebles, es decir, queda excluido de entrar en el reparto de los bienes inmuebles. Ello es coherente con el principio general de reciprocidad, establecido en el estatuto de las heredades –II, 2-, dado que está prohibido enajenar inmuebles a monjes o personas de orden religiosa porque la Orden les prohíbe

⁹⁰¹ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 144, art. 5º: “*Si autem defunctus non condiderit testamentum nec socios habuerit de terra sua, tunc per hospitem et capellanus sepeliatur honorifice ac pro modo facultatum eius funeri necessaria ministrentur, et de residuis, tertiam partem habeat hospes, tertiam vox regia, tertiam ecclesia ubi habuerit sepulturam*”.

⁹⁰² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 270: “*pro quo exivit meo filio Fernando de meo precepto exheredavi eum de tota mea rem*”.

⁹⁰³ De Ureña y Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*, cit. Cap. X, 1: “*Qual quier fijo herede los bienes del padre e de la madre tan bien en mueble commo en rrays*”. Añade: “*Mas despues de la muerte del padre la rays torne ala rrays*”. En X, 2 se lee: “*Mando que aquellos parientes que mas çercanos y vecinos fueren, hereden bienes de sus parientes muertos. Et si por ventura mas çercano pariente de aquestos viniere de otro lugar, herede los bienes del muerto, maguer primero de fiadores valederos que a lo menos sea poblador en cuenca diez annos. Et si non fisiere, non herede*”.

enajenar bien raíz a los vecinos de Cuenca. Es fuero o costumbre hacer de igual modo con ellos.

III. 8. 11.- Las decisiones judiciales.

Como ya se ha dejado apuntado más atrás, en el Derecho Hispánico Medieval estaba en pleno vigor la idea de la reivindicabilidad de los bienes. Todo derecho era susceptible de ser reclamado a un tercero, como posible ello era en el Derecho Romano. Pero los principios inspiradores del Derecho Germánico significaron una quiebra en la influencia del Derecho Romano respecto la reivindicación de los bienes, sobre todo en los bienes muebles, en el Derecho Medieval Hispánico, apreciable con anterioridad a la Recepción del Derecho compilado por Justiniano. El Derecho Romano Clásico distinguía entre propiedad y posesión. La *reivindicatio*, acción real que se ejerce en el proceso petitorio, compete al propietario. Los interdictos protegen al titular de los derechos posesorios ante cualquier perturbación.

En el Derecho Visigodo⁹⁰⁴ el legislador Recesvinto procuró que la justicia saliera de las manos privadas y el Poder decidió que el hecho de preñar estuviera bajo la tutela judicial. La versión castellanizada del Fuero Juzgo viene a decir que prohibimos a todo hombre que proceda a prender por sí. Y si el hombre libre prenda por sí a otro por fuerza, pague el doble del valor de lo preñado. Y si el siervo prenda, pache el importe preñado y además reciba cien azotes.

En el Derecho Hispánico Medieval, tras el hundimiento del Estado Visigodo, pronto se olvidaron los pretendidos buenos deseos indicados. El derecho de preñación como indica Ernest Meyer⁹⁰⁵ se funda en principios de derecho germánico. La existencia de una deuda, por sí misma, no deducía la existencia de responsabilidad, sino que además necesitaba de un acto posterior y complementario, relacionado con la existencia de la deuda, que explicase la realidad de su conexión con una responsabilidad *-Haftung-*. Tal acto complementario era la toma de prendas, que implicaba para el acreedor una garantía de no sufrir ningún perjuicio. La responsabilidad del deudor por la deuda

⁹⁰⁴ *Liber Iudiciorum*, 5, 6, 1: “*Pignorandi licentiam in omnibus submovemus: alioquin si non acceptum pignus praesumpserit ingenuus de iure alterius usurpare, duplum cogatur exsolvere. Servus autem simplum restituat, et centum flagella suscipiat*”.

⁹⁰⁵ Ernesto Mayer. *El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales*. Barcelona, 1926.

evidenciaba la responsabilidad⁹⁰⁶. La cosa tomada en prenda quedaba afecta a responder de la responsabilidad contraída. Solo ella, la cosa tomada en prenda, responde de la deuda, sin que en absoluto, ni la persona del deudor ni el resto de sus cosas, queden bajo la influencia del círculo de los cumplimientos. El pago de la deuda liberaba al deudor. En cuanto la prenda fuere constituida sobre una cosa mueble, se desplazaba la tenencia de la prenda a manos del acreedor, que tomaba la *Gewere*. En cambio, si fuere prendada una cosa inmueble, que por naturaleza es muy difícil de ocultar, la *Gewere* podía ser simbólica sin constituir una tenencia material del inmueble, pero no por ello menos efectiva. Como puede apreciarse de lo indicado, la fragilidad del Derecho de Obligaciones en el ámbito jurídico germánico proporcionaba a los Derechos Reales unos extremos de conexión que necesariamente afectaban a la propiedad o la posesión, en cuanto a su tenencia física o material.

A pesar de la tajante afirmación de Mayer, en el Derecho Romano Arcaico de las XII Tablas, también era conocida la prendación, o toma de prendas, aunque con un contenido y aplicación bastante diferenciado de la prendación practicada en el Derecho Hispánico Medieval. La Tabla XII, en su Ley Primera, según el tenor que refiere Varela Mateos⁹⁰⁷, se basa en las *Instituciones* de Gayo⁹⁰⁸. La toma de prendas quedó establecida por una ley de las XII Tablas, contra quien hubiere comprado un animal para su sacrificio a los dioses, y no pagó el precio, así como contra quien se negare a alquilar una caballería para realizar una ofrenda, siempre que el precio se hubiere pagado. Queda limitada la prendación a los aspectos relacionados con la religión romana. Por su parte Michel Humbert⁹⁰⁹ al estudiar esta Ley Primera de la Tabla XII, previamente al texto ofrecido por Varela Mateos, introduce otro texto de Gayo⁹¹⁰ señalando que la acción de toma de prendas *–per pignoris capionem–* se estableció para determinados casos, unas veces basada en la costumbre y otras en la ley.

⁹⁰⁶ García de Valdeavellano, Luis. *Estudios medievales de derecho privado*, págs. 364 y ss. Sevilla, 1977.

⁹⁰⁷ Varela Mateos, Esteban. En *Textos de Derecho Romano*, cit. pág. 35. Coordinador: Domingo Oslé, Rafael.

⁹⁰⁸ Gayo. *Instituciones*, 4, 28: “*Lege autem introducta es pignoris capio, veluti lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam amisset nec pretium redderet; item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in depem, id est in sacrificium, impenderet*”.

⁹⁰⁹ Michel Humbert. *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, págs. 797 y ss. École Française de Rome. Rome, 2018.

⁹¹⁰ Gayo. *Instituciones*, 4, 26: “*Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam rebus lege*”.

Este planteamiento jurídico de la toma de prendas, ya fundado en criterios del Derecho Germánico o en las arcaicas raíces de las XII Tablas de Roma, tuvo su repercusión en el Derecho Hispánico Medieval. Son criterios económicos, es decir, la asunción de deudas derivadas de préstamos de dinero realizadas por instituciones con gran poder, incluso espiritual, o personajes poderosos, próximo al Poder o el Poder mismo, efectuadas a pequeños cultivadores necesitados; son criterios sociales, es decir, que una familia debilitada por la insuficiencia de las cosechas, se sometía a referidos poderosos. A cambio de responder por las deudas contraídas o a cambio de sentirse protegido, se entregaba la propiedad de las tierras, pero seguía en posesión para el cultivo del predio a condición de entregar un canon o renta anual. La pignoración se documentaba *per cartam*, transmitiendo la propiedad al poderoso. La tenencia posesoria del predio era un *beneficium*.

La prendación, además de ser un acto jurídico relacionado con la existencia de una responsabilidad, dimanante de una deuda, constituía un requisito previo de procedibilidad. Con la prendación principiaba la *litis*. De ahí que, con las naturales limitaciones de personas que debían preñar o ante las cuales se podía preñar, así como las naturales limitaciones forales sobre la delimitación de los días hábiles para preñar, o ante las limitaciones de lugar en que no era lícito preñar, con tal acto se iniciaban los procedimientos judiciales.

Contrariamente a lo que caracterizaba al Derecho Romano en que, hasta el tratamiento legal en tiempos de Justiniano, las cosas eran *res mancipi* y *res non mancipi*, con muy escasa incidencia de la consideración de cosas muebles y cosas inmuebles, en el Derecho Medieval la distinción principal de los bienes viene impactada por la incidencia del concepto de *Gewere* en los bienes muebles. La investidura significaba transmisión de señorío sobre la cosa, que posibilitaba una protección jurídica. La tenencia de la cosa daba publicidad a la *Gewere*. La especialidad de las cosas muebles venía dada porque la pérdida de la investidura limitaba la eficacia de su derecho real⁹¹¹, porque el hecho, que es visible y apreciable directamente, es considerado como un derecho. De ahí se deduce la relatividad de la reivindicación de las cosas muebles en el

⁹¹¹ García de Valdeavellano, Luis. *La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el Derecho español medieval*. En *Estudios medievales de Derecho Privado*, págs. 21 y ss. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1977.

Derecho Germánico. Esta relatividad obligaba a acudir al expediente de buscar la protección de su *Gewere* en el transmisor de la *Gewere*.

Sobre la base del Fuero de Cuenca, modelo de fuero desarrollado y extenso, Merêa llevó a cabo la tarea de elaborar la doctrina de la demanda de haber mueble⁹¹². Con la base documentada de referido texto foral en la forma sistemática de Ureña⁹¹³, resalta la perentoriedad de dar *auctor*, y hasta el máximo de tres *otores*. Como en el Derecho Romano la cosa mueble debía estar ante el Pretor, así ante el tribunal de Cuenca la cosa estaba delante del *otor*, quien procesalmente sustituía al demandado en el proceso. El aforismo germánico *Hand muss Hand wahren* pervive para los derechos sobre cosas muebles como un mecanismo que es asimilado por el Derecho Hispánico Medieval.

El ejercicio de acciones reivindicatorias ante el *Concilium* constituía una manera de producirse las alteraciones o cambios de titularidad en las propiedades o posesiones que tenía su plasmación en sentencias recaídas en los juicios. Así, en documento de fecha 1075⁹¹⁴, que recoge un caso de *agnitio placiti* habido por altercado en relación con pleito sobre *hereditas* de recaredi ubicada en la villa de leza en que eran partes el Abad Aloito y el Abad Didacus; comparecen todas las partes interesadas y “*iudex qui lex gotorum solent comprobare*”. Nuevamente debemos destacar que ya en el último tercio del siglo XI los jueces se regían por las normas contenidas en el *Liber Iudiciorum*, y que su misión era comprobar y valorar las pruebas y según ellas, resolver. Añade el diploma que complació a los jueces y a los abades antes nominados, que se resolviese la *litis* dividir la heredad “*per medium*”.

Ya casi a finales del siglo XI, vemos cómo en el reino de León, en su territorio portucalense, fechado a 1097⁹¹⁵, un diploma recoge una donación que se inicia con la

⁹¹² Paulo Merêa. *Nota complementar sobre “a demanda de haver móvel”*, en *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, cit. págs. 31 y ss.

⁹¹³ De Ureña y Smenjaud, Rafael. *El Fuero de Cuenca*, cit. págs. 768-770: “*Quicumque dixerit rem testificatam sibi datam, aut vendita, aut depositatam fuisset, det auctorem. Et ille auctor det superlevatorem, qui compleat forum conche. Iste auctor similiter, si dixerit se dare alium auctorem, et eum dederit, ad forum conche recipiatur, si superlevatorem dederit, quod compleat forum conche. Et in isto tertio auctore finiat iudicium*”.

⁹¹⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 323: “*et iudex qui lex gotorum solent comprobare...et complacuit nobis et ad ipsos domnos superius nominatos ut sortiamus eam per medium...*”.

⁹¹⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. págs. 512-513: “*magnum est titulum donationis et meliorationis, in qua nemo potest hactum largitatis inrumpere, neque foris legem proicere, sed quicquid libenter amplecti: denique lex canet Godorum, ut valeat donatio sicut venditio, et ut rem donata, si presentibus tradita fuerit, nullo modo repatur ab eo, sed per testes et per scripture convincant*”... “*ad tibi vassallo fideli nostro Suario prolis Menendiz, facimus cartam, vel*

justificación de la grandeza de la donación que nadie puede romper tal acto de largueza, ni la ley del fuero. Y seguidamente recoge una disposición del *Liber Iudiciorum*, sobre la validez de la donación o de la venta, que requiere la *traditio* para la firmeza del acto dispositivo, así como la importancia de los testigos y la escritura a efectos probatorios. En la donación contenida en indicado diploma, el donante es el Conde Don Enrique que, conjuntamente con su mujer Doña Teresa, hija del Príncipe de toda España, Alfonso VI, hace una carta a favor de su vasallo fiel Suario, del linaje de Menendiz, sobre la propiedad que, recibida del Rey Don Alfonso, los donantes tienen en territorio portugalense, cuya amplitud y términos descrita es. La donación recibida no es de la mera posesión de tan gran patrimonio, sino que expresamente se recoge “*quantum nostrum directum est*” –cuanto nuestro derecho es-, es decir, sin limitación alguna pues es recibida de manos del propio Rey, y del patrimonio regio, que es confundido con lo que modernamente se podría conceptuar como Soberanía, lo que es tanto como decir que el contenido jurídico de la donación carece de la menor limitación. Y por ello confieren a su fiel vasallo en régimen de *coto*, es decir, el dominio pleno o propiedad conjuntamente con el ejercicio de la justicia, de modo que ningún hombre del Rey pueda entrar allí para castigar algún hecho malo, rapiña, *rauso*, homicidio y cualquier otra calumnia. El coto o *couto* tiene un doble sentido. Uno de índole objetiva, es decir, ninguna autoridad, incluso la regia, ni representante alguno en su nombre, puede intervenir persiguiendo hechos delictivos; y un segundo sentido, de carácter subjetivo, que quiere decir tanto como que ningún hombre o grupo familiar que haya sido objeto de daño, personal o patrimonial, pueda tomarse la justicia por su mano.

Es la concesión en régimen de *inmunidad*. Son momentos históricos que, en cuanto a la función de la justicia, ésta se va desplazando desde las manos privadas o familiares en cuanto a la legitimación para castigar y reprimir tales conductas perjudiciales, hacia su control, investigación mediante pesquisa, enjuiciamiento y castigo por parte de la autoridad. Y la segunda nota característica de la función de la justicia es que va vinculada al poder territorial, que está investido de la función de la justicia mediante delegación regia. Cuando un territorio o demarcación es cedida por el Rey en *coto* o inmunidad, ello lleva implícito la entrega de la función de la justicia, y otras

cvomissorium, de hereditates, vel de omnes, quos abemus in Territorium Portugalensem, quos nobis dedit genitori nostro Rex Domnus Adefonso pro nostram ereditatem” y añade más adelante “*ponimus tibi cauctum et degretum ut nullus homo ibi ingrediatur pro malefaciendum, non pro rapina...*”.

prerrogativas, ya fiscales, ya militares, relacionadas todas con el ejercicio del poder político.

Suarius Menendiz, referenciado ampliamente en el diploma anterior, reaparece también en el diploma de fecha 1099. Se inicia el documento haciendo referencia a que data el diploma de tiempos en que el Rey Don Alfonso reinaba en Toledo y en nombre suyo el Conde Don Enrique junto con la hija de dicho Emperador, por nombre Teresa y *tenente* de él, es decir, en nombre y representación del Rey, en tierra de Portugal, por su heredad. Aunque el documento se refiera a territorio portucalense, es decir, del entorno de la actual Porto, ya se van tendiendo a engrander con otra terminología distinta, la referencia territorial. Cuando se habla en el documento de heredad va implícito en el término el concepto de ejercicio de la soberanía, es decir, del poder político. Y engrandece la figura del Conde Enrique no solo el hecho de estar casado con la hija de Alfonso VI, sino que en el propio territorio de su condado, aparece la figura del citado Suarius Menendiz del que dice estar bajo el *patrocinio* del Conde, como su *tenente* en aquel *honor*⁹¹⁶ y en mucha tierra. Añade el documento que el citado Suarius tuvo en aquel *honor*, como *maiorino* suyo a Gonsalvo Pelagis, en tierra de Panafiel y Farias, por mucho tiempo, siendo el *honor* o cargo comprensiva de la responsabilidad de gobierno. En el ejercicio de tal cargo, Gonsalvo hizo muchas ganancias, para él y para Suarius. Hizo éste una gran investigación sobre su tierra y fueron conjuntamente a Penafiel donde estaba constituido un gran Concilio de sus gentes. Esto, que en el diploma es descrito, es un reflejo de lo que siglos más tarde será un *juicio de residencia* para investigar la actividad de un titular de un cargo público, al término de su mandato. Y Suarius apreció entre mulos y caballos unos mil *solidos*. Ofrecieron Suarius y su mujer Guntroda a Gonsalvo Pelaiz y su mujer Aragunti Pelagiz un *pactum simul cum dimissione*, por terminación y firmeza de este juicio o *agnitio* de investigación a la terminación de ejercicio del cargo, que todo aquello cuanta heredad y haberes ganaron, lo tengáis con firmeza, “*ex dutoonso*”, es decir, como recibido del Rey en *atondo* lo cual implica que debe permanecer siempre en lealtad y fidelidad al Rey. De lo contrario, es decir, si quebranta la fidelidad regia, corre el riesgo de perder todo. Se observa en esta

⁹¹⁶ García de Valdeavellano, Luis. *Curso de Historia de las Instituciones Españolas. De los orígenes al final de la Edad Media. Revista de Occidente*. Madrid, 1970. En pág. 389 afirma que el Rey otorgaba a caballeros y magnates como un *beneficio* o *prestimonio*, la administración o el gobierno de un territorio en *honor* o *tenencia*.

solución una manera de ir creándose por el Conde Don Enrique, en su Condado, una serie de relaciones de patrocinio, vinculaciones clientelares, con las que irá garantizándose y reafirmandose en su poder; y alega, para justificar legalmente la decisión tomada por Suarius, lo dispuesto de conformidad con la *Lex Gutorum*⁹¹⁷ cuando señala que las donaciones que hace el Rey deben quedar en poder de aquel que las recibiera debiendo pagar las contribuciones reales. El tratamiento que el *Liber* da a estas donaciones regias viene regulado por la posibilidad legal del Rey de ser deshecha o anulada mediante la alegación de cualquier deslealtad observada en el donatario. Con toda habilidad Suarius desliza en el contenido de la sentencia la expresión “*ex dutoonso*” pues la deslealtad al Rey o al señor es una causa de revocabilidad de la donación. Es consciente Suarius de que su *maiorino* se ha aprovechado con la gestión del *honor* en unos mil *solidos*, pero prefiere regalarle esa cantidad, a cambio de su lealtad futura.

Gunzalbo Gutierrez y su esposa Gelvira Gunzalbiz hacen a favor de sus nietos una *cartula benefactis sive donationis* de toda la heredad que tienen en villa egaredi. El diploma fechado a 1098⁹¹⁸ es iniciado con un texto, que ya hemos comentado y que exalta la grandeza del título de la donación. Tras la descripción de tal heredad se procede a fundamentar el acto dispositivo en un texto jurídico del *Liber Iudiciorum*.

Una vez más volvemos a encontrar un documento en que de forma expresa se hace referencia a la doctrina jurídica, aplicada en la práctica cotidiana del medieval reino leonés. Y no solamente se aprecia la influencia del Derecho Visigodo en cuanto a la redacción de documentos que permiten transmitir las heredades, de abuelos a nietos, sino que además, vuelve a aparecer en diplomas que recogen otros asuntos. Estos son todos los que acogen, aunque ello sea de forma incidental, referencias a los modos y maneras en que actúan cuantos intervienen en los juicios tendentes a administrar la justicia. Así, en el diploma fechado a 1098, cuando Arias, Martinus y Munius hacen referencia descriptiva de la procedencia de los bienes que van a transmitir al monasterio

⁹¹⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 542. Sobre ello el diploma reza así: “*sicut dicit in lex gutorum: Donatio Regiae potestatis, sibe cum late sunt. In eorum jure persistant; in eorum eas videlicet potestas contulerit Regia*”. En *Portugaliae Monumenta Histórica. Leges et consuetudines*, volumen I, cit. pág. 55 se recoge el *Fori Iudicum* o *Liber Iudiciorum*, V, 2, 2 que dice: “*Donationes regiae potestatis, quae in quibuscumque personis conferentur, sice conlatae sunt, in eorum iure persistant, in quorum nomine eas potestas contulerit regia*”. Como puede compararse ambos textos, el recogido en la sentencia del diploma y el tenor del *Liber*, son coincidentes en lo fundamental.

⁹¹⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 523: “*sicut in liver godorum scriptum est –ut ita valeat donatio sicut et emptio –et iterum ibi- donatio que per vim et metum extorta non fuerit semper plena abeat rovore et obtineat firmitate*”-.

de los que una parte de ellos estaban en villa adriati, para dar mayor fuerza si cabe a la certeza de los linderos señalando que esta heredad fue “*exquista per sabidores*”⁹¹⁹, es decir, investigada y deslindada por peritos, en tiempos del Rey Alfonso y estando presente el Conde Sisnando que en aquella tierra imperaba – se refiere al territorio portugalense- y, continúa diciendo el documento, mediante dichos sabedores y nuestros abuelos vinieron y vieron aquello que era la verdad nuestra. Y mandó el Conde Sisnando, sigue relatando el documento, aquella heredad a nosotros restituir según el juicio, y lo repuso. Sucintamente, recoge el diploma cómo los testigos directos y los peritos llegaron a conocer la verdad y cómo la autoridad judicial, es decir, el Conde Sisnando dictó y ejecutó la sentencia.

Un supuesto contemplado en el testamento que Garcia Odoriz llevó a cabo, viene recogido en un diploma de 1098⁹²⁰, relativa al destino de su heredad, sita en territorio lamicense y que deja a favor del Prior Gudinus y de sus monges de la Basílica de San Pedro. Cifra la parte de referido monasterio en la tercera o la quinta parte de dicha heredad. Y añade en su testamento la cláusula de que para el caso de que cuando fallezca dicho testador, si no tuviere hijos nacidos de legítimo matrimonio, toda la heredad será para referida Basílica. Concluye el citado testamento dando perfecta noticia de las autoridades del momento y por su orden de poder, es decir, cita en primer lugar al Rey, seguido del Conde de Coimbra, Don Enrique, para seguidamente nombrar al Prior Martinus, así como al “*dominante*” en el valle de Arauca, en que se ubica la Basílica, Egas Gondesindiz, al *iudex* Vimara y a sus vicarios.

En otro diploma de fecha 1003⁹²¹, que explicita un testamento, Vigila, hace carta de testamento de heredad que tiene en villa Recadero, en territorio portugalense, heredad en la que su marido Leovigildus tenía una *tercia integra* y la hija, por parte de su padre

⁹¹⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 527: “*et fuit ipsa hereditate exquista per sabidores in diebus rex adefonsus et ante alvazir sisnandus qui illa terra imperabat hic in lamego et per illos sabedores et per nostros avolos invenerunt et viderunt illa quia erat nostra veritas. Et mandavit domnus sisnandus illa a nobis ponere de iudicio sicut et posuit*”.

⁹²⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, cit. pág. 528: “*et de omnia mea rem similiter III^a vel quinta ad ipso loco testo et tibi gudinus prior et ad fratribus qui sibi sunt in vita sancta perseveraverint. Tantum notum sit si ego mortuus fuero et filios ex legitimo coniugio non relinquerint omnia mea hereditate et omnia mea rem que visus fuerim habere ad diem mortis mee testamentum Facio inde ad ipso loco superius nominato...*” y concluye así: “*Regnante adefonsus rex in toleto. In colimbria comes enrichus et martinus prior. Dominante arauka egas gondesindiz iudex vimara et vigarios eorum*”. El notario fue Miro.

⁹²¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 118: “*Ego famula dei vigilia...facere volumus cartulam testamento de hereditate que habent in villa recaredi et incartavit illam nobis pro ipso meo viro Leovigildo terciã integra et de illas duas partes racionem de mea filia...*”.

Leovigildus, la ración o porción de dos partes. En expresada villa había una basílica que por vía testamentaria pasa a los presbíteros hermanos y hermanas, de un convento dúplice, para que perseveren en la vida santa y posean dicha heredad y no tengan la facultad de donar o vender y que permanezca siempre vigente el contenido del testamento. En el presente comentado diploma, Vigila hace testamento de cuantos bienes, procedentes de su marido Leovigildo y su hija, podía disponer. Cuando se habla de *tercia integra* de Leovigildo no se refiere a tierra sino que explicita la parte de dicha posesión, que se completa con los dos tercios de que era titular la hija. Es muy posible que la totalidad de la heredad estuviera en la posesión de la hija y que el padre solamente dispusiera del usufructo de esa *tercia* y que la viuda Vigila, ante la ausencia de otros familiares, pudo disponer de esos bienes, al no perjudicar los derechos de troncalidad.

Aunque al diploma de fecha 1045⁹²² el Abad Tudeildus confiera el carácter de “*pactum simul et placitum*” que hace a varios presbíteros del cenobio de Vaccariza respecto de villa custodias, de una salina en la foz de Lesa y de una *medietate* para que la tengan y la posean conforme testamento según enseña la sentencia canónica, con la condición de que en vida de los donatarios no sea lícito transferirlo ni por testamento ni donarlo a otra parte extraña, estimamos que se trata de un testamento, pues pospone los plenos efectos para después de la muerte del testador al objeto de que a dicha heredad la tengan y la posean conforme el testamento, añadiendo que tal disposición tenga firmeza plena por los siglos por sentencia canónica. Se trata de un acto dispositivo testamentario *post mortem* y se aplica el Derecho Canónico al mismo, con una serie de limitaciones dispositivas. La referencia a una *medietate* nos pone de manifiesto que de esa heredad solamente puede disponer de una mitad, pues Tudeildus debió de adquirir el derecho posesorio siendo *iunior* y por tal condición personal solo puede disponer de la mitad de esa heredad.

Otro caso en que un diploma invoca el recuerdo de la aplicación del Derecho Canónico mediante la referencia a sentencias canónicas, que son referidas en el

⁹²² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 209: “*et de villa custodias et de salinas foce de lesa et de medietate de acisterio de vermudi cum aiectionibus suis que habeatis et possideatis illos de nostro dato sicut in tertamento resonat sicut canonica sententia docet. Post obitum nostrum habeatis et possideatis...*”

documento fechado a 1058⁹²³ relativo a una escritura de testamento de un patrimonio existente en villa Campaniana bajo el castro de igual nombre en territorio de Portugal cerca del Duero, procedentes los bienes de los antepasados, Gomice, cuyos hijos ya han fallecido, hace donación de sus bienes, obrantes en una *quintana* donde habitaron sus parientes en el villar de Gutini donde edificaron y habitaron en una *medietate* con su *prestamo*, y otra *medietate* en la villa de pinario. No es necesario explicitar el relato pormenorizado de los bienes. Sea suficiente aquí resaltar que en el territorio de Porto era frecuente que sobre algunos predios pesara la obligación anual del pago del canon de una *quintana* o quinta parte de las producciones; igualmente se refiere a que el origen de dichas *hereditates* era el *prestimonio* y además la condición de *iuniores* de muchos de sus habitantes pues solamente podían disponer en favor de los suyos de diversas *medietates*, y no de la totalidad de la heredad; y, sobre todo, que el Derecho Canónico era aplicado, pues hay una referencia explícita a “*conforme enseña sentencia canónica*”.

También existe algún diploma que se remite tanto al *Liber Iudiciorum* como a la ley canónica. Es un *testamentum scriptum firmitatis* en cuya virtud Sesnandus, que tenía una ermita dedicada a San Cristobal, sita a la orilla del mar entre villa socia y villa iliavo, en la actualidad denominada Ihavo, en las inmediaciones de Aveiro, en dirección hacia el Océano, la dona y entrega al presbítero Roterico, dejándole facultado para que tras la muerte de este presbítero la deje a un hombre bueno y que persevere en la vida santa, ya de entre su gente o a ajenos. Es de fecha 1088⁹²⁴. Aparece en el mismo año que acabamos de indicar, una *carta firmitatis* roborada por el cónsul Raimundus, quien lleva a cabo un elogio del citado cónsul Sisnandus que recibiera la potestad sobre toda la ciudad de Coimbra y sus castillos y que en nombre del Rey Don Fernando arrebató dicho territorio de los sarracenos y restituyó a los cristianos, cargo en el cual le ratificó el Rey Alfonso VI. Todo ello lo suscribe el sucesor de Sisnandus en el cargo, Raimundus, el cual confirma esta *carta firmitatis*. No concluye aquí la presencia documentada del cónsul Sisnandus, pues en otro diploma también fechado a 1088⁹²⁵,

⁹²³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 254: “*sicut canonigas sententias adfirmat id est...et villar de gutini similiter medietate cum suo prestamo...*”.

⁹²⁴ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 418: “*do tibi ipsum locum predictum cum sua mata comodo continet liber iudicum per legem canonicam ut edifices eam et plantes de tota tua bona voluntate in vita tua...et post obitum tuum relinquis eam ad hominem qui bonus fuerit et vita sancta perseveraverit tam de tua gente quam de extraneis*”.

⁹²⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 420: “*igitur dedi tibi cortem in illa civitate super illam portam de civitate in qua ego prius habitabam et in qua tu multa*

afirma que, cuando el Rey Alfonso le envió a Zaragoza, eligió a Paterno como Obispo, dándole tierras yermas en que plantó huertos y viñas más allá del río Mondego, con sus molinos y aguas y fuentes, propiedades que antes habían sido de los moros, mejoras que Paterno hiciera con sus propios bienes. Le da unas tierras del realengo que están sobre la puerta de la ciudad –se refiere a Coimbra, cuya puerta hoy puede seguirse viendo– donde Paterno hizo muchos edificios a fin de que les retenga en posesión mientras viva, y a su muerte, todo eso revierta al realengo. Mucha debía ser la piedad y el afán evangelizador del Obispo Paterno pues el Cónsul le autoriza a ir a mendicar a tierras de cristianos o de moros.

Tras una muy larga cita de frases bíblicas, tan del gusto de la época, García, hijo de Pelagio, deja todos sus bienes a su mujer para el supuesto de que él no tuviere hijos. Si tuviere un hijo legítimo le deja a éste los dos tercios de todo cuanto recibió de Dios y el otro tercio al monasterio Petrosensi. Relaciona sus bienes, tanto los heredados por él así como las familias de siervos y siervas, en oro, plata y otros metales y ganados. Puede apreciarse que en caso de no tener hijos, deja todo su haber a su mujer; y en el caso de nacerle un hijo legítimo, le hereda en los dos tercios, disponiendo de una tercera parte al citado Monasterio. La influencia religiosa fue imponiendo la costumbre de dejar a la Iglesia un tercio de los bienes, mediante testamento. Es el tercio de libre disposición. Así reza el diploma fechado a 1087⁹²⁶. Costumbre que también se observa contenida en el diploma fechado a 1095⁹²⁷ que trata de un testamento que hace Egas Moneoniz instituyendo heredera a su hermana Ermesinda y a quien da “*duas partes*” de sus bienes. Cuando se dice “*dos partes*”, quiere decir, las dos terceras partes de sus bienes, es decir, dos tercios de la totalidad de dicha *hereditates*. A finales del siglo XI estaba tan asumida esta forma de hacer las particiones, que se daba por hecho, derivado de la costumbre, como algo obligatorio, ceder a la Iglesia el tercer tercio de la herencia, que constituía e integraba el tercio de libre disposición del testador. Pero la generalización

edificia edificasti ut eam possideas omnibus diebus vite tue et post obitum tuum revertatur ad regalengum”.

⁹²⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 416: “*Ita sane ut ego in vita mea habeam et possideam ea que prescripta sunt et post obitum meum si ex me filiis legitime uxoris non remanserit relinquam illam sicut prescripta habentur ad integrum. Si autem filius legitime abueri habeat duas partes et alia tertia pro anime mee in supradicto monasterio deserviat*”.

⁹²⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 490: “*Egas moneonis ad vobis iermana mea domna ermesinda placitum vel benefactis Facio vobis...de omnes meas hereditates quantasque abeo de parentorum meorum seu et de ganantia. Do vobis inde duas partes et illa tertia que confirmavi ad aula sancti iohannis in testamento...*”. El diploma contiene otras disposiciones testamentarias, que ya han sido objeto de comentario.

de dar el *tercio* de los bienes a la Iglesia, como de libre disposición, solo puede deducirse de los diplomas archivados en iglesias y monasterios, que tenían por ello interés en su conservación, al constituir un título probatorio. No se puede atribuir expresada idea de ser costumbre general respecto de los bienes hereditarios de los que no hay constancia en expresados archivos, al carecer la iglesia de interés en conservarlos al carecer de interés para ella.

Las sentencias judiciales, como formalidad jurídica para resolver los litigios en los dominios señoriales dependientes políticamente de los Condes de Cataluña, conforme estableció el *Usaje* de Barcelona nº 81⁹²⁸ deben recaer en causas celebradas conforme a dicha normativa condal; en los supuestos en que no fueren suficientes dichos usos, se suplirán con las leyes godas y el arbitrio de los príncipes. Es un reconocimiento expreso de la pervivencia del *Liber Iudicum* y su aplicación, aunque fuere con carácter supletorio. Es cierto que el *Liber* ya no respondía a la resolución de la totalidad de los conflictos, pero pervivía su reconocimiento como normativa considerada como un derecho común hispánico. Hay que reseñar, por otra parte, que al lado de las leyes de los godos aparece como criterio de aplicación de justicia el *arbitrium* de los príncipes. Nada de extraño debe apreciarse en tal referencia pues la nobleza catalana se ha apropiado del derecho judicial, como una forma de dominación sobre las personas y bienes existentes en sus dominios. No obstante lo indicado, el desarrollo de las decisiones judiciales, en lo relativo a acreditar la posesión de los bienes, no siempre fue pacífica. El carácter feudal de la sociedad en Cataluña posibilitó la concesión de feudos. Diversas eran las pruebas para dirimir las contiendas sobre su reconocimiento. Discurren estas entre el *sacramentum* –juramento, con carácter decisorio- y la *batalliam* o lucha personal. Se trata de casos de feudos –*feuvos*- que tuvieron los *milites* y que el señor lo negase. Junto a estos medios de dirimir las posesiones feudales, añade el uso nº 57 de los Usajes de Barcelona, solamente aplicables a los casos en que los milites no estuviesen en posesión de sus feudos y los reclamaren, se practicaba la prueba de testigos y la de exhibición de escrituras⁹²⁹. El diferente tratamiento de ambos litigios

⁹²⁸ Brocà i de Montagut, Guillem M^a. *Historia del Derecho de Cataluña*, cit. pág. 155: “...Constituerunt prelibati principes ut omnes cause secundum usaticum essent iudicate, et ubi non sufficerent usatici, revertantur ad leges goticas et ad principes arbitrium, eiusdem iudicium atque curie”.

⁹²⁹ Brocà i de Montagut, Guillem M^a. *Historia del Derecho de Cataluña*, cit. pág. 149: “*Feuvos quos tenerint milites, si seniores eorum negaverint non eos illis dedisse. Averent illos por sacramentum et*

sobre los feudos se basa en el hecho de estar en posesión del mismo y pretender el señor la desposesión; y el segundo supuesto, poder probar mediante testigos o documentos el derecho a un feudo que, por la razón que fuere, seguía en poder del señor. En todo caso, el documento o escritura de su concesión contenía el derecho y, excepto en caso de falsificación, debía prevalecer. Era norma consuetudinaria la concesión mediante escrito.

Otra manera de acceder a la propiedad o posesión de bienes son las sentencias recaídas en juicios, como compensación del daño hecho. Con ocasión del *furtum* de una piel, una saya y un lienzo entre otras cosas, valoradas en cinco *solidos* interviniendo el sayón Framila que llevó encadenado al detenido al concilio, donde comparecieron la madre y hermanas del autor del *furtum*. En el mismo diploma de fecha 1068⁹³⁰, seguidamente la madre y hermanas del acusado hacen entrega al perjudicado de una heredad próxima al río Duero mediante una “*cartula confirmationis de ereditate*” como compensación de aquellas “*malefactorias*”.

También se admitía, como compensación por heridas hechas a los esclavos o personas afectas a la tierra, a la gleba, en definitiva personas sometidas a unos señores, la entrega de posesiones. Así en diploma de 1075⁹³¹ vemos de nuevo aparecer a Tructesindo Gutierrici y su esposa Guntrode, quienes reciben de Didago Olidici una parte de iglesia llamada Santa Marina, sita en Villar de Porcos, territorio portugalense, de *media octava de una tertia* con la indicación que tiene su origen en un *prestimonio*.

Cuando una parte se veía perjudicada en lo que entendía ser sus legítimos derechos, que se hubieran visto atropellados mediante la irrupción en su heredad sin reclamar la intervención de la justicia, se daba la *voz*, es decir, la denuncia del atropello, para ante la persona que tenía la función de hacer justicia. Así se observa en el diploma fechado a 1079⁹³², en que Onegildus y sus herederos en su propia voz, sin mandato de la potestad

per batalliam, et habeant illos. Illos autem quos non tenuerint et exclamaverint, aut probent per testes, vel scripturas, eos a senioribus eorum adquisisse, aut dimittant eos”.

⁹³⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 295: “*et venerum in ipse concilio sua mater...et suas germanas...Damus illa a vobis pro illas malefactorias...*”.

⁹³¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 324: “*damus ad vobis illa pro plagas et feridas malas que fecimus ad vestros mallados et non abuimus onde peitare damus ad vos media VIII^a de illa III^a...*”.

⁹³² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. págs. 345-346: “*qualiter surrexit onegildus in sua voce et de suos eredes sino iussio potestatis et sino saione et presumit illas de iure de ipso testamento et de suos eredes. Quando vidi domnus exeminus et suos eredes tale actio que erat facta per mallitia proclamavit se ad veritate cum ipsos malefactores qui eo testamento inrrumperant et venerunt in uno ante egas ermigici qui erat eorum senior inter ambos ribulos et hic assererunt suas voces ex amborum pars. Quando vidit domnus egas tale male que fecerunt increpavit super onegildus et suos eredes et mandavit eos intrare in pactum in tertium diem in sancto pelagio per*

y sin intervención del sayón, invocando su presunto derecho en un testamento, tomaron una heredad, y tal hecho vio el Abad Exeminus junto con sus herederos, que estimaron el empleo de malicia, se proclamó con el derecho de verdad y llegaron todos en uno ante el señor Egas Ermigici que tenía el poder entre ambos ríos –el diploma no los señala- y allí manifestaron sus voces –son las razones, hoy se podrían entender como los alegatos, que amparan los derechos- ambas partes; y Egas Ermigici comprobó tal mal – se refiere a la realización directa y arbitraria de justicia al margen de la justicia oficialmente competente-, así como acreditada la existencia de un testamento que tenía el Abad, increpó a Onegildus y los suyos y les ordenó llegar a un acuerdo en plazo de tres días en San Pelayo, a presencia del sayón Cidi Erigici, y cuando vieron que no podían probar verdad, movieron a misericordia y rogaron Onegildus y sus herederos al sayón, mandando el señor Egeas Ermegici por piedad y misericordia que cinco hombres de San Pelayo jurasen el testamento, y lo juraron. Seguidamente Onegildus en su voz – en su nombre- y en el de sus herederos, hizo al Abad Exeminus y herederos el “*placitum ligale et agnitio per scripture vere firmitatis*”, poniendo fin al pleito fundado en un malentendido y en el ejercicio de una gestión arbitraria al margen de la autoridad judicial.

La misma expresión de *placitum iudicatum* o *placitum mandetur* aparece en el derecho de los Usajes de Barcelona. Así en el uso 26 y en el 24. En éste⁹³³, son distintos los plazos para los *magnates* o *milites*, que los aplicables a los *rusticos*. Para éstos, en cuatro o cinco días. Para los primeros, el primer llamamiento en diez días, y los posteriores, de ocho en ocho días. La diferencia en los plazos de señalamiento a juicio refleja el diverso tratamiento y consideración procesal de las personas, según su consideración social. En el uso 26, se relata la manera de llevar a cabo el *placitum iudicatum* entre el señor y el vasallo, debiendo tener desde el primer momento el señor

sagione cidi erigici. Quando viderunt quia non potuerunt stare ad veritate moti fuerunt ad misericordia et rogaverunt...et mandavit dominus egas per pietate et misericordia que iurasent de parte de illo testamento...V omnes in sancto pelagio...et iurarunt. Obinde ego onegildus in mea voce et de meos eredes ad tibi dominus eximinus et suos eredes placitum ligale facimus vobis et agnitio per scriptura vere firmitatis...”.

⁹³³ Brocà i de Montagut, Guillem M^a. *Historia del Derecho de Cataluña*, cit. pág. 145: “*Placitum mandetur, tam magnatibus quam militibus, primum ad decem dies; deinde de octo in octo mandetur. Ad rusticos autem mandetur placitum in quarte die vel quinta*”.

aseguradas las cosas en su mano⁹³⁴. El poder feudal del señor se manifiesta en que dispone de garantías procesales sobre su vasallo.

No son raras las regulaciones forales hispánicas relativas a las reclamaciones judiciales respecto de la herencia. En el supuesto de que los parientes se llaman a la herencia del difunto, la proximidad es un mérito para prevalecer en el derecho a heredar. Así el Fuero de Cuenca exige probar que es el pariente más cercano que todos los demás aspirantes para heredar los bienes del causante; pero como requisito previo de procedibilidad debe dar fiadores para acreditar que él es habitante de Cuenca. La credibilidad y fiabilidad del fiador se basa en que tiene al menos con diez años de antigüedad como poblador de Cuenca. Es posible que este precepto se aplicase pasados diez años de la entrada en vigor del Fuero. Si el presunto heredero no justifica tales hechos, no herede⁹³⁵. El sistema foral es de naturaleza personalísima. Quien no es súbdito por vecindad, no es nada.

La mayoría de los juicios son de naturaleza civil, reclamaciones sobre inmuebles o entre el estamento clerical sobre derechos relativos a la propiedad de las iglesias. En el diploma fechado a 1086⁹³⁶, el asunto versaba sobre la iglesia de Santa Eulalia, en territorio de Viseu, sobre las dudas que suscitó una *intentio* entre el Abad Eusevius y monges del cenobio urbanensi con Ero, presbítero, y su hermano Froliá, presbítero también. Todos los contendientes llegaron a la ciudad de Coimbra en tiempos del Cónsul Sisnandus, a un *concilio* –asamblea judicial- invocando el Abad un testamento y alegando los presbíteros que la iglesia fue construida y fabricada *ad appresuria* en heredad de ellos y otros hombres de la tierra. Exhibieron el Abad y sus monges el testamento y se comprobó que era verídico. Como la mayoría de las *litis* de la época, las partes llegaron a una solución amistosa, la cual en este caso consistió en que los

⁹³⁴ Brocà i de Montagut, Guillem M^a. *Historia del Derecho de Cataluña*, cit. pág. 146: “*Placitum iudicatum inter senioren et vassallum, et iudicium ex utriusque partis laudatum et auctorisatum, et in manu senioris bene assecuratum...*”.

⁹³⁵ De Ureña Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*, cit. También en <https://previa.ucla.es>, cit. En Capítulo X, rúbrica II se lee: “*Parentes qui propiniores et vicino fuerint, hereditent bona consanguinei sui defuncti. Si aliquis consanguineus propinquorum istis venerit aliunde, hereditet bona defuncti, set tamen prius det fideiussores valituros, quod ad minus sit populator conche per decem annos: quod si non fuerit, non hereditet*”.

⁹³⁶ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 397: “*et prevenerunt ad concilio inde in civitate colimbrie in diebus de consul domno sisnandus...et concilio toto de illa civitate dicente abbas et fratribus suis comodo era suo testamento et dicente ipse ero presbiteret suo frater comodo fabricarunt ea ad appresurtia pro illorum ereditate...et sacarunt ille abbas et suos fratres illo testamento...et viderunt que erat veridicum...*”.

hermanos presbíteros permanecieran en Santa Eulalia, pagando un canon anual, que el diploma no señala, y que a su muerte sea devuelta al cenobio urbanensi. Este Cónsul llamado Sisnandus había sido nombrado para tal cargo en la *civitate* de Coimbra por el Rey Don Fernando con el encargo expreso de repoblar la ciudad, recién conquistada a los sarracenos –“*colimbriam que tunc a sarracenis possessa erat*”, reza un diploma de 1085⁹³⁷, señalando el encargo de repoblar en Coimbra, que el propio Rey confirmó, cuanto el Cónsul dispuso al efecto de engrandecer la *civitas*. Muerto el Rey, le sucedió en el trono su hijo el Rey Don Alfonso VI que confirmó en su cargo a Sisnandus y confirmó la forma de la repoblación llevada a cabo. Del diploma comentado, desde el punto de vista de la importancia que las pruebas tenían a la hora de que los jueces decidieran sobre los derechos de las partes en litigio, resulta que la prueba documental, los documentos o testamentos, tienen mayor credibilidad que los alegatos respecto de la *presura* llevada a cabo. La forma escrita es menos vulnerable y no está sometida a ningún género de presión o influencia. Las vistas de los juicios eran públicas, ante el concilio o asamblea, constituida bajo la autoridad. Era un tributo al respeto del principio de Publicidad.

Entre Pelagio Sudariz y el Abad don Zoleiman se suscitó una “*intentio*” referida a una heredad de anazeti alegando Pelagio que la heredad era en término laico y de realengo. Alegó el Abad la voz de ser del monasterio de vacariza mediante testamento y mandaron hacer pesquisa y concluyeron los sabedores y los priores que fueron allí, que el testamento era verdadero. Y le pareció bien al Concilio de monte mayor compuesto por muchos hijos bien nacidos y dispuso el *iudex* Udarius Martiniz que jurase el Abad con cinco testigos ser en verdad de aquel monasterio. Una vez practicado

⁹³⁷ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 383: “*supra scripto adefonso imperatori vobis omnibus hominibus fidelissimis populantibus in omni circuito intus et foris colimbrie...et...confirmo de omnes hereditates quas unusquisque vestrum textum populavit per manus consul domnus sisnandus cui pater meus fredenandus illam civitatem iamdicta colimbria de manibus sarracenorum voluntate dei abstracta concedit et ego post permisione dei in imperio superveniente sicut pater meus eam illi tribuit alacrti vultu integritateque mente et puro corde ego confirmabi et sicut ille cónsul donnus sisnandus uniuersum ventrum tribuit terras vineas casas seu etiam et villas ad populandum ego vero confirmo eas vobis iure hereditario ut abeatís illas et possideatis vos...*”. Como no podía ser de otro modo, en el comentado diploma de fecha 1085, no falta una referencia a un hecho histórico tan relevante como la conquista de Toledo por Alfonso VI, que recuperó de las naciones bárbaras. “*...expugnans omnes barbaras nationes dei...civitatem toledo*”.

el juramento de los testigos, Pelagio hizo *placitum vel dimissionem* a favor del Abad citado, dejando zanjada la cuestión. El diploma de la *intentio* es de 1099⁹³⁸.

Cualquier queja o reclamación en asunto civil se iniciaba con una *carta placiti*. En la misma, de breve texto, se identificaba a quien *plazo facio* o hace el emplazamiento a juicio, así como la persona emplazada a juicio. El contenido era un breve resumen del hecho lesivo o del incumplimiento contractual o del perjuicio inferido, mediante la *voz* o denuncia de ello. En el plazo, que debe entenderse como emplazamiento, era necesaria al menos la firma de cinco testigos, y por lo general llevaba la anotación suscrita por un notario. Así, a finales del siglo XI, entre 1092 y 1098, Madrina Fortes cita al Obispo de Coimbra, su señor Cresconio, elevando ante la justicia la queja de que el citado prelado la dio una viña mediante un usufructo vitalicio y que, a su muerte, la viña fuera recuperada por la Sede de Coimbra. Parece ser que Madrina se vio privada de su derecho de usufructo y hace voz de ello, reclamando el cumplimiento de lo pactado, es decir, reclama del Obispo emplazado a juicio la viña duplicada o triplicada, y además otros treinta *solidos*⁹³⁹. El acudir al plazo era una obligación que se manifiesta constante en el Derecho Hispánico Medieval, como lo fuera en las XII Tablas. Así, en el Fuero de Baeza⁹⁴⁰ que en el último tercio del siglo XIII otorgara Alfonso X, se impone el pecho de V *sueldos*, a pagar a su contrincante procesal, a quien no acudiere al plazo a celebrarse ante la iglesia, donde se celebraban en asamblea los juicios.

III. 8. 12.- La troncalidad en el Derecho Hispánico Medieval.

El derecho de troncalidad, plasmado en el principio de que los bienes raíces deben volver a su raíz, es una reminiscencia histórica que tiene raigambre en todas las sociedades de la Europa Occidental. Se remonta a los tiempos en que toda la familia procuraba el incremento del patrimonio familiar, esfuerzo que encadenaba este derecho.

⁹³⁸ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 544: “*et mandarunt illam persquerere et exquisierunt sabetores et priores qui ibi fuerunt qui era veritate de illo monasterio suo testamento...et viderunt bene illud concilium totum de monte maiore ubi erant multorum filiorum bene natorum et iudicavit ille iudex udarius martiniz quod iurasse ille abad cum V bonis hominibus...*”.

⁹³⁹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 532: “*Plazo Facio ego madrona fortes a vobis dompno cresconio episcopus sedis colimbriensis pro parte ipsa vinea que mihi dedistis que tenea in vita mea et post obitum meum remaneat illa vinea post parte vestra et si inde aliter fecerit ego aud alius omo in voce mea que pariemus ad vos aut que voce nostra pulsaveri illa vinea duplata vel triplicata et insuper XXX^a solidos et iudicato. Ego madrona in hoc pactum manus meas roboravi. Qui preses fuerunt et viderunt sunt*”...siguen las firmas de los testigos y el nombre del notario.

⁹⁴⁰ Jean Roudil. *El manuscrito español 8331*, cit. Art. 30: “*El que non viniere al plazo de la iglesia, peche V soldos a so contendor*”.

No es exclusiva la troncalidad del Derecho Hispánico. Como ha puesto de manifiesto Michel Humbert⁹⁴¹, las XII Tablas ya acogen en principio jurídico “*ex ea familia, in eam familiam*”, para referirse al derecho del patrono respecto de los bienes del liberto a quien hubiere agraciado con la libertad en determinadas condiciones y sin perjuicio de los legítimos derechos hereditarios de los herederos del liberto. También aparece en el Derecho Franco el tratamiento jurídico del derecho del linaje. Se ha tratado de justificar la diferenciación entre bienes muebles e inmuebles en que sobre los primeros aparece inserta la idea de legitimidad individual sobre el poder en los mismos, su carácter personalista, mientras que los inmuebles o raíces están impregnados de un carácter colectivo-familiar, tanto en su origen como en la conservación, siendo básicos para la producción de alimentos para el sostenimiento de la familia.

En el territorio del reino de León, puede verse que en un diploma fechado a 1054⁹⁴², explica el Abad Ermegildus que era dueño de una basílica sita en territorio Arauca en la villa de San Pedro, además de otras heredades. Respecto del Monasterio fue obtenido por testamento de Don Ansurez y su esposa Doña Eileiva, para tenerlo durante su vida y para que, después de su muerte, le dejase en manos de quien él quisiera. Consciente de la procedencia de dicha heredad, que incluía la basílica, testa a favor de la sobrina de Ansurez, Doña Guntina, mediante diploma de escritura de firmeza, conjuntamente con todo cuanto el Abad Ermenegildo ganase hasta su muerte, para que dicha *hereditas* revierta como bien de carácter troncal a su sobrina, a fin de que la tenga y la posea.

Un caso de testamento en que se hace especial reserva de la troncalidad de los bienes, está contemplado en el diploma de 1081⁹⁴³, en cuya virtud Egas, de la prole o linaje de Moneonis, encarga de forma expresa a su hermana germana –es decir, de doble

⁹⁴¹ Michel Humbert. *La Loi des XII Tables*, cit. págs. 221 y ss.

⁹⁴² *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 239. Puede leerse: “*et tenuimus ipso monasterio pro testamento quod a nobis fecit domno Ansuri et domna Eileiva ut tenuissemus eum in vita nostra et post vero obitum nostrum relinquissemus eum in manus cui voluissemus nos...ego famulus dei ermenegildus aba placuit mihi bona pacis voluntas ut facere vobis domna Guntina textum scripture firmitatis...et ad prestitum hominis est sicut illum ad nobis dedit vestros tios domno Ansuri et domna Elleuva (sic) et quantum nos ibidem ganamus usque ad obitum nostrum habeatis et possideatis...*”.

⁹⁴³ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 364: “*et ad obitum meo vada de illo ganato IIIª integra ad sancto iohanne sicut ille meo testamento resone et illas alias II partes de omnia mea rem si eum habuerit semen de directa línea et maternam abuerit teneat illas II partes per tuo mandato et per tuo recabito per isto nostro placito nec vindere nec donare nec testare nec in scriptura aliena ponere neque a príncipe neque ad dominus neque a potestate neque a nulla forma ominis humana... et si mea semen de meo genito extinta fuerit non abeant licentia nullas suas matres nec semen de suas matres in ipsa mea bona nulla ratione recipere post mortem de filios suos...*”.

vínculo- doña Ermesinda, del mismo linaje de Moneonis, respecto de todas sus heredades, y de toda su *criazón*, así como su ganadería de mulas, mulos, caballos y yeguas y de plata y oro, y cuanto patrimonio incrementó con sus ganancias, bienes de los que especifica distinguiendo “*que a rem pertinet*” es decir, de su propia y exclusiva propiedad, añadiendo a ellos todos aquellos otros bienes que tiene en su posesión, en *prestimonio*, al decir la consabida fórmula “*vel ad omnis prestitum est*”. El testador es muy firme en dar a su referida hermana germana, el encargo de que tras su muerte entregue, de su patrimonio logrado, la tercera parte íntegra a San Juan; y respecto de otras dos partes, es decir, los dos tercios de toda su propiedad si tuviere línea directa y materna, encarga a su referida hermana que por mandato de ella haga entrega de dichas dos partes, rogando que de ningún modo se vendan, donen o lo den por testamento ni se escriture en absoluto ni a príncipe, ni a señor, ni a potestad alguna, ni a ningún hombre que no pertenezca a su linaje de línea directa. Ordena el testador con todo lujo de detalles que vigile su hermana citada Ermesinda a las mujeres de Egas si contrajeran nuevas nupcias y en tales casos, la confiere licencia para tomar el control de todo su patrimonio para que el mismo no salga de su linaje. Y si su linaje fuera extinto, a la muerte de los hijos, nada de sus bienes pueda pasar a manos de las madres si no fueran buenas ni guardaren la castidad. En el diploma referido, el testador hace el encargo a su hermana de doble vínculo para que sea la albacea testamentaria. Y en este sentido deja con cargo al tercio de libre disposición íntegro a la advocación de San Juan. Y respecto de los dos tercios restantes de sus bienes, los vincula a la troncalidad familiar, buscando dos cosas: la primera, que los bienes nunca salgan de la línea directa del linaje del testador. Y es taxativo en las instrucciones que da a su hermana en lo relativo a impedir que los bienes salgan de la indicada línea directa del linaje, cuidando que los bienes no pasen a manos de otros hombres con quienes pudieran casarse las mujeres de la familia; cuidando que no se donen, ni se vendan ni se transmitan mediante escritura, evitando la codicia de los poderosos; y segunda, si llegaren a morir los descendientes en línea directa, que sus madres no tengan ningún derecho sobre los bienes hereditarios de los hijos.

Dos son los criterios rectores relativos a los testamentos, que se deducen de este pormenorizado diploma: el primero es la libertad de testar respecto del tercio de libre disposición, que habitualmente pasa siempre a la Iglesia, -al menos así aparece en los

diplomas archivados con interés directo para quien los archiva- que tanto influyó para establecer este tercio de libre disposición, sobre el que nunca hubiera podido aspirar a obtenerlo, si se hubiere mantenido la vinculación de los patrimonios familiares a un estricto criterio de troncalidad, que era respetado por cuanto era toda la familia la que desarrollaba el trabajo para procurar el incremento de los bienes familiares. Y en un segundo criterio, late la idea de una defensa a ultranza de la troncalidad del patrimonio familiar, respetando siempre la línea sucesoria directa, con rígida limitación de los presuntos derechos hereditarios de las madres sobre los bienes patrimoniales de sus hijos. El principio de respeto absoluto al origen troncal de los bienes llega hasta el extremo de que en el Fuero de Baeza⁹⁴⁴ estableció que si alguien quisiere vender algún bien, debe hacer pregón en la villa durante tres días, sus parientes disponen del derecho de retracto para adquirirla en el máximo precio de quien, ajeno a la familia, ofreciera; pasados tres días, queda en libertad de enajenarla a terceros. Cerrado el negocio, no cabe arrepentimiento para volver atrás.

Este mismo criterio se aprecia en el testamento que lleva a cabo Petrus, hijo de Pedro, obrante en diploma de fecha 1096⁹⁴⁵, sano de cuerpo y mente, es decir, en plenas facultades físicas y mentales, si falleciere ya en la ciudad de Coimbra ya en expedición bélica o en cualquier lugar, si dejare hijo legítimo, manda que pasen a su hijo dos partes de todos sus bienes, y de la tercera parte de ellos, lega a su maestro Martinus Simeonis diez *solidos* y cuanto de esa *tertia* superen tales *solidos*, se entregará a la sede de Santa María de Coimbra. De nuevo vuelve a aparecer el criterio del derecho de sucesiones, en el que los dos tercios son para el heredero legítimo o forzoso, y el restante tercio, se destina mediante legado a la Iglesia.

En Fuero de Cuenca⁹⁴⁶ se respeta el derecho del hijo a heredar los bienes de su padre y de su madre. Y ambos progenitores heredan al hijo pero solo en los bienes

⁹⁴⁴ Jean Roudil. *El manuscrito español 8331*, cit. Art. 39: “*E si alguno rayz quisiere vender, fagala pregonar III días en la villa. E si alguno de sos parientes la quisiere, cómprela por tanto cuemo aquel que mas cara la quisiere comprar. E los III días pasados, vendala a qui él quisiere. El mercado fecho, ninguno d’elos no’s pueda repentir*”.

⁹⁴⁵ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 498: “*et si ego...mortuus fuero et filium legitimun reliquero mando ut ipse filius habeat duas partes rerum mearum et de alia tercia parte integra accipiat magister meus martinus simeonis decen solidos et cunsta quae post ipsos solidos superaverint de tercia ipsa parte dentur ecclesie...*”.

⁹⁴⁶ De Ureña y Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*, cit. En el fragmento conquense: “*Qual quier fijo herede los bienes del padre y de la madre tan bien en mueble commo en rrays. Et el padre et la madre los bienes del fijo quel ovo de partes de su madrem mas la otra rays la qual el padre et la madre en uno ganaren, aya la el que mas viviere por todos los días de su vida...Mas despues de la muerte del*

muebles que a éste pertenecieren, como ya hemos visto. Pero lo interesante es insistir en que el padre carece del derecho a heredar los bienes raíces del hijo, procedentes de patrimonio propio. Respecto de los bienes raíces que los padres hayan adquirido conjuntamente, el cónyuge superviviente tiene derecho a heredarlos pero bajo la modalidad de usufructo vitalicio, respetando el derecho a heredar al hijo que sobreviviere al menos durante nueve días. Muertos el padre y la madre, los bienes raíces, vuelvan a su raíz. El superviviente debe dar fiadores de que guardará los bienes sin daño. El bien que pertenece al hijo por patrimonio propio, debe volver a su raíz el día que muera quien de ambos padres aún viviere.

El derecho preferencial de compra, muchas veces, es referido a los vecinos del lugar donde radiquen los bienes. Las razones de tal preferencia tienen una justificación de doble vertiente, pues en una sociedad cerrada en sí misma, lo normal es que en cada villa o pequeño núcleo vecinal, en muy pocas generaciones, todos y cada uno de los vecinos estén relacionados por vínculos familiares; y, por otra parte, es interés del señor mantener una población estable que trabaje la tierra y sobre todo, que pague los censos anuales, impidiendo la intromisión de personajes exentos del pago de pechos, como son los nobles y los *militēs* y los clérigos. Con lo cual mantiene estable y rentable el patrimonio señorial. Tal se observa en el Fuero de Fresnillo de las Dueñas⁹⁴⁷, en la actual provincia burgalesa, fuero concedido por el Conde García Ordóñez y su mujer Urraca, fechado a 1104. Así en su apartado octavo faculta a quien quisiere ir fuera de la villa a vender casas y *hereditas* a los hombres de Fresnillo y de sus villas. El término territorial afectaba a toda población sometida al señorío del monasterio. De igual tenor reza el Fuero concedido por la Infanta Doña Sancha y el abad del Monasterio de Covarrubias⁹⁴⁸ en 1148 a los habitantes de predicho lugar. La libertad de vender queda

padre la rays torne ala rrays". En <https://previa.uclm.es>, cit., reza así la forma sistemática: "*Quilibet filius hereditet bona patris et matris tam in mobili quan in radice. Pater et mater bona filii in mobili. Pater enim non habet hereditare radicem filii, que eum de patrimonio suo contigeri. Aliam radicem quam parentes simul adquisierint, habet parens superstes hereditare omnibus diebus vite sue iure filii, si filius per noven diez vixerit. Post mortem parentis radix redeat ad raicem. Quapropter mando, quod licet parens superstes abeat herditare hanc radicem omnibus diebus vite sue, tamen quia radix habet ad radicem redire, det fideiussores quod radicem custodiat indempnem. Radix que filium de patrimonio contigerit, redaet ad radicem ea die que ipse decesserit*".

⁹⁴⁷ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 47: "*et voluerit se ire ad alia terra...et postea sic vendat illa sus hereditate et sous domos ad homines de Fresnello et sius villis*".

⁹⁴⁸ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 63: "*Et illi homines qui voluerint vendere suam hereditatem et suas casas de duos annos ad arriba, vendat ad illos homines de Covasrubeas*".

limitada por la necesidad de ocupación por plazo de dos años y por la obligación de ser adquiridas por los hombres de Covarrubias. En el Fuero de Plasencia⁹⁴⁹ fechado a 1178, se consagra el derecho de troncalidad, reminiscencia de un pasado en que se consideraba la *hereditas* como un derecho de raíz troncal o familiar, pues nadie puede vender raíz salvo a sus parientes.

No debemos pasar por alto en el contenido del Fuero de Andújar, cuanto señala en el Título 190, relativo a la manera de heredar a los *mañeros*. Los bienes resultantes de las ganancias de los esposos con su trabajo, serán repartidas por mitades entre el cónyuge superviviente y los parientes del difunto, pues resurge en la misma la idea de la troncalidad de los bienes, que se ha atribuido a una reminiscencia de la *sippe* germana, pero que, sin embargo, se convierte en un principio general del Derecho Hispánico Medieval, cuando se establece que “*la otra raíz torne a su raíz*”⁹⁵⁰.

En la Hispania Medieval puede ser vista la troncalidad con un derecho de índole familiar, principio procedente del Derecho Romano Arcaico, de paralelo significado al franco-germánico, pues tal preocupación de la vinculación de los bienes a su origen familiar con la finalidad de que no pasen a rama familiar distinta, está muy presente en la Península, como en el Derecho franco aparece consagrado en el derecho del linaje: constituye una prueba de la existencia de un Derecho Común Europeo. Preocupación del respeto a los bienes troncales que se observa también en la norma contenida en el Título 186, del Fuero reseñado antes, relativa a la partición hereditaria a realizar los hijos con los padres, al extraer del reparto “*fuera ende la raíz de la madrastra de su patrimonio e de sus cosas que suyas fueren cognosçidas*”.

Este denominado derecho de troncalidad de los bienes, como hemos visto, no constituye un principio jurídico aplicable a los bienes raíces, en exclusiva, del Derecho Hispánico Medieval. En el Derecho franco se regula el derecho del linaje, de similares características y contenido. Por ello puede afirmarse que sobre la base de una reliquia jurídica, de origen antiguo, de tiempos en que la familia era titular de una masa de bienes que con el trabajo conjunto había acumulado, sus componentes disfrutaban de un derecho a la misma. Esta ancestral idea era admitida en todo el Occidente Europeo, por

⁹⁴⁹ Majada Neila, Jesús. *Fuero de Plasencia*, cit. pág. 93: “*Otrosi que si fuero fuesse, que nadi non pudiesse vender raíz sinon a sus parientes*”.

⁹⁵⁰ *Fuero de Cuenca*, cit., Capítulo X, rúbricas XVII a XXI inclusive, del título sobre la sucesión de hijos y padres, de donde el Fuero de Andújar toma y ofrece soluciones literalmente iguales al conquisense.

lo cual puede afirmarse que viene integrada en un contexto jurídico de Derecho Europeo común.

III. 8. 13.- Otros aspectos del sistema foral hispánico. La presura y el año y día.

Junto al derecho de troncalidad, que acabamos de ver, el sistema foral hispánico comprende unas especialidades todas ellas relacionadas con la propiedad o la tenencia posesoria de los bienes. Son formas especiales de acceso al dominio o la posesión, que a su vez están relacionadas con el mecanismo de defensa del derecho sobre las cosas.

Una de ellas, no muy original ciertamente, la constituyen las ganancias, los bienes gananciales, como un medio o mecanismo para engrandecer las propiedades en el seno del matrimonio. Así, en un diploma de 1050, de tiempos del Rey Fredenando, Gonsalvo y su esposa Flamula quienes, sin aparecer como Ricos-homes con tal designación, debieron de ser gente muy rica y principal, ya que realizaron una especie de inventario de sus bienes, de cuyo documento destaca el relato de *hereditates* que dicho matrimonio hizo suyas como gananciales en la orilla del Vouga. Destacamos de esta parte de sus reseñados bienes, algunos de los mismos por la proliferación de “*medietate*” que en el texto aparecen. También aparece en numerosas ocasiones el vocablo *tertia*, *tertia integra*, *mediate integra*, *quarta integra*, *medietate cum media*, así como la profusión de veces que se utiliza el término *avolenga*. La importancia de estos tales personajes debió ser tal que en el indicado documento se referencia bienes ganados “*per manus rex domno Adefonso*”, “*e per manos de ille comes Menendus duci qui illa terra inperabat*”. La referencia a este mecanismo de recepción de bienes de las manos regias puede ser interpretada que se trata de bienes inmuebles procedentes de donaciones recibidas del Rey y del Conde citados. Generalmente estas propiedades recibidas son bienes cualificados como caracterizados a modo de Soberanía y su recepción conlleva las funciones hoy calificadas de naturaleza pública. Se trata de beneficios en razón de servicios prestados, en la confianza regia del principio de fidelidad futura.

Quizá en el Derecho Hispánico Medieval el mecanismo de acceso a los bienes más sorprendente sea la *presura*. Procede esta institución jurídica de las características especiales que atraviesa la Península Ibérica. La alegación de un derecho de *presura* es constante a la hora de justificar el hecho inicial, o título, en que se fundamenta la tenencia posesoria o la propiedad. No es una institución ni original ni novedosa en la Historia del pensamiento jurídico. En el fondo se trata de una *occupatio* romana de

cosas abandonadas o tomadas al enemigo. La ocupación de estos bienes está sometida a unos condicionamientos específicos, pues no toda ocupación es *presura* o *aprisio*. El objeto de la *presura* es básicamente la tierra, tierra improductiva, abandonada y sin dueño conocido. Mecanismo para realizar una *presura* es la ocupación efectiva, el trabajo personal, previo su limpieza y desbroce, para su puesta en explotación. El solar apresado es susceptible de edificar casas para vivienda y establos para guardar el ganado. Se trata de fijar población. De este modo, la *presura* es considerada como título jurídico que produce efectos y consecuencias, y como tal, puede ser invocada ante los Alcaldes y Jueces.

Así, mediante testamento que hace Pelagius Suarici, tras alegar buen estado mental y señalar la voluntariedad del acto, lega a la Sede de Coimbra y a su Obispo Cresconio una villa suya que obtuvo mediante *presura* en tiempos del cónsul Sisnandus, y que tras su cese, fuera confirmada por el conde Don Raimundo conjuntamente con su esposa Doña Urraca, hija del Rey Don Alfonso VI, que hiciera por carta *confirmationis vel auctoritatis*. El cónsul Sisnandus había expulsado a los sarracenos de la *civitas* de Coimbra, en tiempo del Rey Don Fernando, padre de Alfonso VI. La *presura* que alega Pelagius fue hecha sobre tierras dejadas por los sarracenos tras ser derrotados y abandonar éstos la ciudad de Coimbra. El Conde Don Raimundo era yerno de Alfonso VI. El diploma es fechado a 1097⁹⁵¹. Este documento contiene, por otra parte, una reserva de usufructo vitalicio, un supuesto de *usufructo reservato*, al tener una manifestación de que este usufructo está vinculado a la posesión del bien durante su vida y, después de su muerte, la propiedad revierta a la Sede de Coimbra.

La *presura* tiene un nombre específico para Cataluña, cual es la “*aprisio*”. Pero el hecho de trascendencia jurídica, a que ambos vocablos se refieren, es el mismo. Tiene su precedente en la Roma Imperial en las licencias de ocupación que concedía el Emperador para las tierras fiscales. Con las invasiones germánicas, el Rey hereda el mismo poder dispositivo, supremo, que tuviera el Emperador. Los que llevan a cabo una “*prissio*” son primeros ocupantes sobre tierras vacías, y son *primi homines*, cuya ocupación tiene las connotaciones de adquisición originaria. Los Condes catalanes,

⁹⁵¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, cit. pág. 506: “*villa mea quam habui de apresuria in temporibus consulis domni sisnandi et de qua mihi post eius excessum comes dompnus raimundus una cum coniuge orraca filia domni adefonsi cartam confirmationis vel auctoritatis fecit*”. Y añade: “*sed sciendum est dum vixero fructuario usu maneat mihi possidenda et post obitum meum ad prenominatam ecclesiam revertatur iuri perpetuo obtinenda*”.

personajes depositarios del poder político, hicieron “*aprisio*” sobre grandes extensiones, otorgando sobre ellas donaciones. Según Guillermo M^a de Brocá⁹⁵², la *aprisio* confería la posesión, sin la obligación de pagar canon alguno por el disfrute de tal situación posesoria, siendo tal derecho posesorio susceptible de libre disposición, incluso a través de testamento. Y transcurrido el plazo de la prescripción adquisitiva de la propiedad de los treinta años que reconocía el *Liber Iudiciorum* el titular de una *aprisio*, adquiriría la propiedad.

Señala Brocá⁹⁵³ que las *aprisiones* autorizadas por Carlos el Calvo, nieto de Carlomagno, en Cataluña sobre los antiguos territorios fiscales, fueron sustituidas por un sistema distinto en que las ocupaciones de terrenos iban dirigidas a fomentar una población. Son las *cartae populationis*, cuyo ejemplo más conocido es la de Cardona, que en 986⁹⁵⁴ concediera el Conde Borrell, nieto de Wifredo el Velloso. Se intitula “*gratia Dei comes et marchio*” como su citado abuelo, rememorando con el título de marqués la antigua designación histórica de la Marca Hispánica. Los hijos de Carlomagno llamaban a los habitantes del norte de los Pirineos los “*hispani*” al identificarles con los habitantes de la Marca Hispánica como originarios todos ellos de la antigua Hispania. Por una Capitular⁹⁵⁵ de Carlos el Calvo, 844, hijo de Ludovico y nieto de Carlomagno, dada en Barcelona a los godos e *hispani* que habitan la ciudad condal y el castillo de Tarrasa, ofrece protección y defensa. Pues bien, Borrell acoge en Cardona a todas las gentes, a todos los *habitadores* que vinieran a estar allí y que allí quisieran vivir. El reclamo poblacional es muy explícito pues la facultad de repoblar se

⁹⁵² Brocà i de Montagut, Guillermo M^a. *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del Civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Barcelona. 1985. La obra fue publicada en 1918 y fue reimpresa en facsímil en 1985. En pág. 76, por nota 12, reseña un juicio de 862 entre Soman, que se había apoderado de villa Setereto alegando que la recibió del Conde Salomon “*pro beneficio seniore meo Salomon comes*”, y el contendiente en la litis era Witiscló el cual afirmaba que la había recibido por donación de su tía Aglosia quien la tuvo por más de 30 años *per ruptura et apresione de patre suo Asenario*. Probado todo ello por Witiscló, obtuvo sentencia a su favor.

⁹⁵³ Brocà i de Montagut, Guillermo M^a. *Historia del Derecho de Cataluña*, cit. pág. 84.

⁹⁵⁴ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 51-55. En algunos de sus pasajes puede leerse: “*ut omnes gentes, omnes abitadores, qui ibidem stare veniebant...et hic vivere volebant, iure quieto tenuissent et possidissent perpetualiter*”. Más adelante dice: “*abitadores eius adquirere potuerint in omnibus locis, sive in Christianis sive in paganis, sive in eremo, quam in cultum, vel in desertis locis, iure quieto teneant et possidenat, sicut iam supra diximus, sine aliqua inquietatione, ver funcione, vel redivicione, et sine aliqua dubitatione de nullum ominem sinceriter et securiter in perpetuum*”.

⁹⁵⁵ García Gallo y de Diego, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho Español II, Antología de Fuentes del Derecho Antiguo*, cit, págs. 462-463: “*Gothos sive Hispanis intra Barchinonam famosi nominis civitatis vel Terracium castellum quohabitantes simul cum his omnibus qui infra eundem comitatum Barchinonae Hispani...*”. Madrid, 1967.

refiere a que los pobladores pueden hacerlo en todos los lugares, ya cristianos, ya paganos, ya *eremos*, o en tierra cultivada o en lugares desiertos, y que con “*iure quieto teneant et possideant*”. Se trata de concesiones de posesión protegidas por el derecho. En la citada carta poblacional de Cardona se contiene una referencia directa con un llamamiento a la observancia de la normativa “*secundum canonem*”⁹⁵⁶, es decir, el Derecho Canónico, así como a las *leges Gotorum*, que vale tanto como proclamar la plena vigencia del *Liber Iudiciorum*. Cuando el Conde Borrell señala estas dos normativas como vigentes, se trata de una imposición dirigida a pontífices, es decir, Obispos, clérigos, abades, monasterios y a todo grado de la Iglesia, y laicos, es decir, vicecondes o vizcondes, y señores. Aunque pudiera deducirse que “*secundum canonem*” no se refiere al Derecho Canónico, el contexto en que se refiere⁹⁵⁷, y la distinción entre “*canonem et leges Gotorum*”, lo que ha llevado a algún autor a proponer que estando “*canonem*” en singular, se debe entender como “*regla*” descartando la referencia a la doctrina y normativa eclesial. No obstante ello, entiendo que visto el contexto referido, así como la influencia que venía secularmente ejerciendo la Iglesia, y que la obediencia exigida a los clérigos y *fratres* de monasterios, como se ha visto ya en el Concilio de Coyanza, aun siendo esta carta poblacional de Cardona muy anterior, en mi opinión para interpretar este texto tiene peso suficiente que *canon* y *lex gotorum* vayan unidas por el “*et*” lo que nos permite concluir que el *comes et marchio* Borrell estaba pensando que el *Liber Iudicum* y el *canon*, es decir, norma de Derecho Canónico, no eran lo mismo.

Como puede colegirse, el Conde Borrell no se limita a hacer un llamamiento a la repoblación simplemente. Está reafirmando la legislación aplicable siendo llamativo el recuerdo de la *Lex Gotorum*, lo cual le aparta de la legislación franca, que procuraron aplicar Carlomagno y sus sucesores. No podía hacerlo de otra manera Borrell, pues los *hispani* -“*sus hispani*”-, se regían por la legislación visigoda. El propio Carlomagno no pudo desentenderse de esta realidad. Así, en 812 concedió a los *hispani* tierras yermas para su colonización. Esta masa de *hispani* había traspasado los Pirineos huyendo del invasor sarraceno. El emperador hizo una confirmación real de las *aprisiones* cuando al menos tuvieran una antigüedad de treinta años, lo que acredita que por vía

⁹⁵⁶ Brocà y de Montagut, Guillermo M^a. *Historia del Derecho de Cataluña*, cit. pág. 86, nota 14.

⁹⁵⁷ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 54: “*in dilectione Dei in legem directam et iustitia rectam in quanto possitis secundum canonem et leges Gotorum*”.

consuetudinaria, para los *hispani* se aplicó la consolidación de una situación posesoria, nacida de la *aprisio*, transformándola en propiedad, conforme regía la *Lex Gotorum*. Cuando su nieto Carlos el Calvo, en 844, confirma *aprisiones* de los *hispani*⁹⁵⁸, éstos ya residen en territorio barcelonense, con lo que la vuelta al sur catalán muestra que buena parte de *hispani* ya se había reinstalado en sus antiguos lares, al sur de los Pirineos.

A lo largo del examen de todos estos reseñados documentos, hemos comprobado la incesante referencia de *hereditas* constatando la realidad de propiedades o en su caso posesiones de tierras, sobre todas las cuales su titular tenía un amplio poder de disposición.

En todo caso, aunque no entra en la intención de quien esto escribe tratar de enmendar la plana a tan gran medievalista como es Le Goff, no se puede, de forma tan tajante como lo hiciera, afirmar que en la Edad Media no existiera la propiedad, salvo que con ello se quiera decir que la propiedad medieval no tuviere la misma conceptualización jurídica que en el Derecho Romano Clásico o la consideración jurídica que la propiedad pueda tener en la actualidad. Tal vez influyera en su ánimo la realidad francesa, fruto de la Revolución, que conceptuó la *tenure* posesoria de la tierra como verdadera propiedad.

En el Reino Visigodo, en la Alta Edad Media, los Reyes reconocen el instituto jurídico de la propiedad cuando proceden a incautar los bienes y propiedades de los enemigos o adversarios políticos de la Corona, como sanción económica para castigar revueltas y rebeliones de personajes poderosos. Tampoco puede decirse que la Hispania de la Reconquista no hubiera propiedad privada. La peculiaridad de la península Ibérica consiste en que confluyen recuperación territorial mediante la acción bélica y repoblación de amplios horizontes abandonados, es decir, tierra aparente y prácticamente de nadie. Y la ocupación por particulares, grupos familiares o la propia Iglesia, mediante la *presura* o la *aprisio* en las condiciones que en el sistema foral se señalan, una vez plasmadas por escrito en textos las antiguas normas de derecho consuetudinario, no avalan la afirmación de Le Goff, a que en otro lugar hicimos referencia.

En efecto, existió la pequeña y mediana propiedad privada en la Hispania Medieval. Significativas eran el *alodio* y los bienes *alleux*, éstos del Derecho franco, aunque con

⁹⁵⁸ Maravall Casesnoves, José Antonio. *El concepto de España en la Edad Media*, cit. pág. 128 y ss. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.

cierta presencia en las demarcaciones catalanas. La *presura* era tolerada como un mecanismo aceptado por los reyes neogóticos⁹⁵⁹ para fomentar la repoblación como medio de consolidar su poder regio sobre territorios conquistados por la fuerza de las armas. La *presura* significaba la ocupación de una tierra sin dueño conocido, inculta, es decir, yerma, como cosa propia con autorización del poder soberano⁹⁶⁰ confiriendo al ocupante, *presor*, el derecho de propiedad sobre ese predio. En el documento referenciado aparece que sobre esa heredad se hizo mediante la *presuria* o *presura*, y que además tal apropiación se llevó a cabo *cum cornu et alvende de rege*, que es tanto como señalar que tal *presura* se hizo con la complacencia regia. Para Ignacio de la Concha, la *presura*⁹⁶¹ es la institución con efectos jurídicos que resuelve el problema social y económico en la época de la Reconquista. Problema social de facilitar a grupos de población tierras yermas para su sustento, y económico con la finalidad de obtener alimentos para la repoblación de amplios territorios. Se trataba de revitalizar un amplio territorio vaciado estratégicamente por Alfonso I, como barrera desertizada de más de cuatrocientos kilómetros para minimizar en lo posible los estragos producidos por los ataques anuales de los musulmanes.

En todo caso, en el periodo que comprende la Alta Edad Media, los primeros tiempos de la Reconquista, como un mecanismo que impulsaba la Repoblación, la *presura* o *aprisio*, en el fondo, no deja de ser una ocupación de bienes raíces sin dueño conocido, abandonados y sin apariencia de estar cultivados, aspecto éste que saltaba a la vista. Esta ocupación y el subsiguiente cultivo de la misma conferían al *presor* un derecho sobre la tierra. El objeto de la *presura* eran tierras yermas previamente sometidas a la soberanía regia en virtud de conquista bélica. En el supuesto de que tales territorios apresados no hubieran sido objeto de conquista militar, la *presura* o

⁹⁵⁹ Henrique da Gama Barros. *História de Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*. Tomo IV, de la 2ª edición, págs. 27 y ss.

⁹⁶⁰ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, Volumen I, cit. Lisboa, 1867. En pág. 4 se recoge una “*donatio bonorum ecclesiae de Sozello facta*” fechada a 870 en que puede leerse: “*Ego cartemiro et astrillo ccepit voluntas dei. Et factus de ipsa ecclesia cum ipso casale testamentum post partem de propinquis nostris, et pro remedio animas nostras et omnes defunctorum que in ipsa ecclesia sepulti sunt. Contestamus ad ipsa ecclesia illa hereditate per suis terminis que habuimus de presuria que preserunt nostros priores cum cornu et cum alende de rege et habuimus VIª de ipsa villa que habuimus per partitione et medietate de illa fonte...*”. Señala el documento un poco más adelante “*et qui bono fuerit el vita sancta perseveraverit habeat et possideat*”.

⁹⁶¹ De la Concha Martínez, Ignacio. *La presura*. AHDE. Madrid, 1943. Así expresamente recoge la expresión “*cum cornu et cum alvende rege*” en documento de fecha 870 relativo a una *donatio bonorum fecha a ecclesiae de Suzello* que publica en pág. 4.

apresamiento mediante cultivo de dichos inmuebles por particulares, súbditos de la monarquía, podía ser interpretada como un acto de repoblación que anticipaba la reconquista regia de dichas tierras. Eran actos de toma complementaria de territorios. El derecho de *presura* quedaba supeditado a un reconocimiento regio, ya previo, ya simultáneo al hecho mismo de la ocupación o reafirmado por una confirmación expresa o tácita posterior del Rey o de sus delegados⁹⁶².

Conviene tener en cuenta que ambas actividades, la reconquista y la repoblación corrían paralelas. De ahí que la tarea militar dirigida por el Rey, le facultase para reclamar para sí la soberanía de las tierras conquistadas. Soberanía regia que era sinónimo de propiedad absoluta. Esta actividad de la *presura* partía unas veces de la iniciativa repobladora de los reyes o los condes, como representantes territoriales de aquél, y otras era realizada a virtud de iniciativa privada, de grupos familiares. Un ejemplo de *presura* real lo relata Claudio Sánchez Albornoz⁹⁶³, refiriendo un supuesto en que el primogénito de Alfonso III, Don García, en 909 dona al Monasterio de Abeliar. La *presura* fue hecha por su abuelo el Rey Ordoño I. Como ejemplo de *presura* particular⁹⁶⁴ puede citarse la confirmación que el ya citado Rey Ordoño I en 854 hizo de la *presura* de la villa de Orede. La *presura* solía ir deslindada con visibles señales puestas con cruces y *calterios*, para evitar intromisiones de terceros, reafirmando la propiedad y procurando evitar intromisiones o reclamaciones posteriores. Es el cumplimiento del necesario requisito de la publicidad del acto. Hay que significar en el presente caso que la *presura* era de índole particular. El Rey, como dueño de la totalidad del territorio regio, consiente la situación del *presor* en relación con la tierra que ha sido objeto de la *presura*. El documento regio es una concesión y confirmación de la misma, para garantizar la propiedad adquirida por la *presura* particular.

Presura que como medio de facilitar la repoblación e incentivo para la recuperación económica en unas tierras arruinadas por la devastación de las guerras, se observa en el

⁹⁶² Morán Martín, Remedios. *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal*, Tomo II, pág. 152. UNED. Editorial Universitas, S. A. Madrid, 2002.

⁹⁶³ Sánchez Albornoz y Menduñía, Claudio. *Repoblación del reino Asturleonés*. En *Viejos y Nuevos estudios de las Instituciones Medievales españolas*, Tomo II, cit. pág. 621: “*Senera qui est ad Turrem de Sancta Maria Alua qui fuit de presura de avio nostro domno Hordonio*”.

⁹⁶⁴ Sánchez Albornoz y Menduñía, Claudio. *Viejos y Nuevos estudios...*, tomo II., cit. pág. 595: “*vindo et dono et concedo et confirmo tibi Purello, et filiis tuis, villa per ubi illa primiter adpresisti, cum tuos calterios et cruces, ante alios omnes descalido..., secundum illa illo adpresisti, tibi concedo cum tuos calterios et tuas cruces, tibi vindo et concedo et confirmo...*”.

Fuero de Arganzón⁹⁶⁵ fechado a 1191 en cuyo párrafo treinta y cinco se faculta a quien de cualquier parte viniere para labrar tierras yermas la cuales serán poseídas como las suyas propias. Aquí se introduce una esclarecedora distinción en la manera de tener las cosas, dado que a las tierras yermas labradas, es decir, tomadas por *presura*, y cultivadas, se las concede un tratamiento jurídico bajo el sistema posesorio, en tanto que a las suyas propias del presor, que bien pudieran ser *alodios* o bienes *alleux*, se las señala una conceptualización de tierras en régimen de propiedad al decir, “*como las suyas propias*” lo que encaja en la misma consideración que los denominados bienes *cateux*, “*capitales*”, conceptualizados como plena propiedad. En este mismo texto foral se admite, pues, expresamente el régimen jurídico de la propiedad de bienes. Se trata de la consagración del principio de propiedad plena, objetiva y defendible *erga omnes* de la *medianetum*, es decir, respecto de cuanto el súbdito tuviere en las tierras, ganados y demás bienes, el poblador de Arganzón, por decisión regia de Alfonso, Rey de Castilla, siempre tendrá su *medietatem* para ante todos los hombres. Cuando se refiere a la puerta de vuestra villa se está señalando el lugar donde se imparte la justicia, lugar donde se hace el derecho y donde se llevan a cabo los juicios sobre las cosas que los infanzones o vecinos villanos o extraños reclaman. Reconocer la *medietatem* por el Rey de Castilla presupone que se trata de personajes *iuniores*. Han transcurrido casi dos siglos desde la plasmación del Fuero de León y en un territorio geográficamente próximo, pero distinto, se observa la asimilación de situaciones jurídicas. Ello prueba el carácter expansivo y unificador con que el Derecho opera. Las uniones políticas necesitan de la existencia de un Derecho que sustente dicha unificación. Sin un Derecho uniforme no es posible un Estado Moderno. El Derecho en tal momento histórico será un arma política necesaria para la constitución del Estado Moderno.

El mismo referido criterio respecto de la necesidad de poner en explotación tierras yermas se observa en el Fuero de Treviño⁹⁶⁶, otorgado por Alfonso X, en 1254. Aquí se observa no una autorización regia para la *presura*, sino un mandato real, no solo para labrarlas sino también para tenerlas como suyas propias, es decir, en plena propiedad.

⁹⁶⁵ Martínez Díez, Gonzalo. *Fueros locales...de Burgos*, cit, pág. 171. Art. 35: “*Et ubicumque inveneritis terras ermas laborate illas et possidete sicut vestras propias*”. Art. 25: “*habeatis semper medianetum vestrum cum ómnibus ad portam ville cestre, et ibi facite directum quod iudicatum fuerit de ómnibus occasionibus et iudicatis qui vibis infanzones vel villani vel extrranei demandaverint*”.

⁹⁶⁶ Martínez Díez, Gonzalo. *Fueros locales...de Burgos*, cit. pág. 205: “*Et o quier que fallaren heredades yermas en sus terminos, mando que las lavren, et que las ayan assi cuemo suyas propias*”.

Al conceder Alfonso VIII Fuero a Cuenca⁹⁶⁷, se declara de forma expresa que la roturación, *-extirpatio-* es decir, la puesta en cultivo de una tierra yerma, fuera de los ejidos de la ciudad o incluso en bien raíz de titularidad ajena, es decir, siendo conocido que la titularidad pertenece a alguien, pero que reiterada y voluntariamente no es cultivada, es decir con la apariencia de ser abandonada, tal *presura* equivale a título de firmeza de propiedad. Estaríamos aquí ante una situación de ocupación habilitada por el abandono de su explotación por el dueño, ocupación hecha legal por aval de la decisión regia.

La donación, como instrumento que facilita la repoblación y puesta en funcionamiento de la tierra, también aparece en la copia romanceada del Fuero de Arguedas⁹⁶⁸, que en 1092 concede Don Sancho Ramírez, Rey de Aragón y Navarra. La donación faculta a los pobladores para hacer *escalio* o roturación en la Bardena en los terrenos yermos.

La institución de la *presura* tiene matices que recoge el Fuero de Palencia⁹⁶⁹. Así en su artículo tercero, *de collacis*, establece que si dichos solares yermos, que nunca fueron del Obispo, sino de particulares, si durante un año éstos no los poblaren, serán propios del Obispo a perpetuidad. Se trata de un derecho de reversión a favor del titular de su territorio que lo tiene en concepto de *dominus ex iure et hereditate* por concesión real. Similar situación se contempla en el Fuero de Sahagún, dado por Alfonso VI en 1084. La no ocupación o posesión de tierra durante un año acarrea la pérdida de la posesión y el retorno de la misma al Abad del Monasterio⁹⁷⁰. En suma, la explicación más lógica

⁹⁶⁷ De Ureña y Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*, cit., fragmento conquense: “*Et mando, que si alguno rrompiere fuera exido o de rrays agena lo fisiere, firme lo aya*”. En <https://previa.uclm.es>. En Capítulo II rúbrica XXV, Estatuto de las heredades. “*Extirpatio etiam, quam quis extra exitum vel radicem alienam, fecerit, rata habeatur*”. En casi idénticos términos, el Fuero de Heznaforat: “*Rotura que faga qual quier fueras de exido o de raíz ajena ayala firme*”.

⁹⁶⁸ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 329: “*Et do a vos en toda la Bardena de Arguedas... et podades escaliar en la dicha Bardena ho a vos ploquiere en los hyermos*”.

⁹⁶⁹ De Hinojosa y Naveros, Eduardo. *Documentos...*, cit. pág. 188. Madrid, 1919. “*De Collacis. 3*”: “*Et omnes solares eremi de Palencia, qui nunquam fuerunt de episcopo Palentino, ex quibus aliquando suum solidum per pesquisa legitima, de huiusmodi solaribus quos invenerint per pesquisam, illo qui hodie tenent illos solares, si populaverint eos usque ad istum primum annum cum collacio qui sus episcopi et integrum forum faciat apiscopo, habeant eos populatores. Qui vero non populaverint eos, sicut dictum est, et secundum quod deinceps usque ad unum annum perdat solares suos per ubicumque fuerint, ita quod nunquam ipse nec aliquis se sucesione sua eos repetere possit nec debeat, sed sint propii Palentini episcopi in perpetuum*”.

⁹⁷⁰ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*. Pág. 303. Madrid, 1847. Edición facsímil de Lex Nova. Valladolid, 1987: “*Quando populator acceperit solum dabit uno solido atque duobus denariis. Et ita ununquemque annum, de singulos solos dabantur singulis solidis. Sane vero si in ipso anno non populaverit illum perdet eum*”. Aunque hasta 1255 transcurren varias

de tal norma foral es que la propiedad soberana de los fundos compete al titular que en el caso de Palencia es el Obispo y el Cabildo, y respecto de Sahagún, el Abad. Los particulares, sobre tales fundos solamente disponen del derecho posesorio. Y esta posesión estaba sometida a la necesidad del uso. La tenencia posesoria de tales fundos, su uso, era el título legitimador. Y derecho que no es usado, es derecho posesorio perdido, con lo que se reunificaba, en manos del titular *ex iure et hereditate*, el dominio útil, en la propiedad señorial.

Para los casos de conflicto sobre la tierra labrada entre dos pretendientes, señala el Fuero de Cuenca⁹⁷¹ que ante el Juez se haga testimonio y se concede la misma a quien la labró primero. Es la aplicación del principio *prior in tempore, potior in ius*. La *presura* en el mismo Fuero requiere que la labor sea hecha con arado o legón surco a surco, como requisito para defender la heredad, sin que pueda ser acogido cualquier otro tipo de apropiación⁹⁷². Un principio de derecho no romano y que está inspirado en el Derecho germánico, presente en el Derecho Hispánico, viene recogido en el mismo Fuero de Cuenca⁹⁷³, aplicable al supuesto de que alguien en finca ajena realizare trabajo de siembra, si el dueño no reclamare en el plazo de nueve días, carece de derecho sobre la cosecha realizada por tercero al cual le pertenece.

décadas y sucesos graves, tanto en Sahagún como en Palencia, con revueltas populares, para ambos lugares el Rey Alfonso X el Sabio dictó por vía de sentencia, nuevos Fueros. En concreto en el de Sahagún de 1255, expresamente se repite la misma solución, esto es reforzar el carácter de reversión al Monasterio al decir “*Et quien tomar solar, et non lo poblar hasta un anno, pierdalo*”.

⁹⁷¹ De Ureña Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*, cit. Cap. II, IX y X: “*Otrosi, si amos dixeren que de suerte o de quinnon o de quadrilla ovo eredad, el que primero labro enella, entonçe firme e defienda el que tiene la eredad; et si amos dixeren que la tienen, defienda e firme aquel que rresponde*”. En <https://previa.uclm.es>. En Capítulo II, rúbrica IX, forma sistemática: “*Si uterque dixerit quod de sorte, vel de quinnone, vel de quadriella eam habuit, et etiam quod prius in ea laboravit, firmet tunc et defendat possessor hereditates*”.

⁹⁷² De Ureña y Smenjaud, Rafael, *Fuero de Cuenca*, cit. Cap. II, XIX: “*Et est sciendum, quod labor cum aratro factus, et cum legone, et attingens terram a sulco usque ad sulcum potest hereditatem defenderé: alia enim prensura minime valet*”. En <https://previa.uclm.es>, cit. Forma sistemática, en Capítulo II, rúbrica XIX: “*Quicumque in hereditate sua allium invenerit laborantem, nec illum convenerit, donec opus perficiatur, et hoc laborator firmare potuerit, non respondeat ei pro opere, veluti si agrum seminaverit quis allium, licet pro radice sit convictus, et habeat eam dimittere, sicut sepe dictum est, cum calumpnia decem aureorum: tamen in hoc casu mando, quod dominus radicis nichil habeat de fructu. Si vero vinneam plantaverit, aut domun hedificaverit, vel alius opus istis consimile fecerit, si postea pro radice convictus fuerit, dimittat eam cum calumpnia predicta. Set tamen postquam dominus calumpniam colligat, redimat opus estimatione duorum alcaaldum, vel vicinorum; vel si laborator maluerit, faciat ei querelous tantum ac tale opus, et in consimili loco. Si laborator firmare non potuerit, sicut dictum est, iuret querimoniosus cum quodam vicino, quod ad die, qua viderit eum operantem, usque ad noven diez impetuvit illum, et laborator respondeat ei pro radice et opere. Su autem iurare noluerit, aut nequiverit, amitit laborem, sicut dictum est*”.

⁹⁷³ Esta misma idea pasa al Fuero de Requena, que se repobló a Fuero conquense, en época de Alfonso X el Sabio.

El plazo del año y día tiene acogida en el Fuero de Cuenca y nadie puede ser inquietado si la tenencia del bien inmueble fue corroborada. La corroboración es la publicidad del acto. Se exceptúan los bienes del Concejo, los de la Iglesia, los bienes de quienes hayan ido en peregrinación, los del cautivo y los del huérfano menor de edad. Se pueden usucapir los bienes de quien cometiere delito penado con pena capital si, regresado a Cuenca pasado un año, se encuentra su inmueble ocupado por otro⁹⁷⁴.

En plena consonancia con lo relatado sobre estas materias en el Fuero conquense, que opera a manera de derecho común y expansivo, el Fuero de Baeza⁹⁷⁵, fuero de frontera y a la sazón de la misma familia conquense, como el de Baena, y tantos otros de Andalucía, también recoge el criterio legitimador en la propiedad de bienes raíces tras acreditar el transcurso del año y día. El plazo para computar el transcurso del plazo del año y día es doble, pues tanto se hace referencia a la mera tenencia del bien, como al cómputo del tiempo referido desde que tal bien fue roborado. Seguidamente se excluye de la tenencia legitimadora del año y día en todo lo referente a bienes de la Iglesia, de los cautivos y de los huérfanos, pues esta tal heredad no se pierde y quien la tuviere debe responder por ella⁹⁷⁶. En cambio, en el supuesto de que alguno escapare de la acción de la justicia, si después de año y día retornare a Baeza y reclamase sus bienes, si los tuviere un hombre declarado enemigo suyo, no se las dé⁹⁷⁷. Tal pérdida de sus derechos no es seguro que operase en el supuesto de que los bienes estuvieren en poder de un vecino no enemigo suyo. La declaración de ser enemigo viene dada por ser un vecino que ha sufrido un daño o afrenta.

⁹⁷⁴ De Ureña y Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*, cit. Fragmento conquense: “*Qual quier que rays robrada tuviere, non responda por ella, si anno e dia oviere pasado, si non fuere heredad del conçejo o de iglesia que non puede ser dada nin vendida...*”. En <https://previa.uclm.es>, cit. Forma sistemática: Capítulo VII, rúbrica X: “*Quicumque raboratam radicem tenuerit, non respondeat pro ea, die et anno transacto, nisi fuerit hereditas concilii, aut ecclesie, que nec potest dari, nec vendi, et excepta hereditate peregre profecti, et captivi, adque pupilli nondum anos discretionis habentis. Pro alia vero radice habet responderé omni tempore dando cautionem, unde eum contigit. Verumptamen siquis tale scelus perpertaverit, pro quo, si capi possit, capitale sentenciam subiret, si post annum et diem redierit, et hereditatem suam ab alio occupatam invenerit, non habeat eam*”.

⁹⁷⁵ Jean Roudil. *El manuscrito español 8331*, cit. Art. 44: “*Tod aque que hereditat o qual rayz que quiere toviere o viere roborada ano e dia oviere pasado, non responda por ela, si pudiere firmar que ano e dia a pasado que la a robrada...*”

⁹⁷⁶ Jean Roudil. *El manuscrito español 8331*, cit. Art. 44: “*...salvo hereditat de ecclesia, e de cativo ey de huerphano que fuere en tiempo que non sepa entender de bien e de mal; esta tal hereditat no's pierde a qui la toviere responda por ela*”.

⁹⁷⁷ Jean Roudil. *El manuscrito español 8331*, cit., Art. 45: “*Sy algun omne tal mal fiziere por que a de ser justiciado; si preso fuere, mas escapare e despues d'ano e dia tornare e demandare fascas lo suio, el que tuviere lo suio del enemigo no lo dé*”.

Requena⁹⁷⁸ fue poblada a Fuero de Cuenca, en tiempos de Alfonso X el Sabio. Y en su título II se contienen dos interesantes normas; una, para el caso de contienda sobre una heredad; y dos, del supuesto de quien viere que otro labra en su heredad. Las soluciones forales se basan en un respeto al criterio de dar por bueno el mejor derecho al quien primero labró en ella; y en el caso segundo, se debe respetar en todo caso el derecho a la obra realizada en predio ajeno o el derecho a la cosecha si el dueño del inmueble no hubiere formulado denuncia antes de que la obra o el trabajo estuviere hecho. En el primer supuesto se aplica el criterio *de prior in tempus, potior in ius*; y en el segundo, se anula el principio de que el dueño del suelo lo es también respecto de cuanto en el mismo se lleva a cabo.

El año y día del Derecho Común Medieval europeo supone una clara ruptura con los plazos legales prescriptivos consagrados en el Derecho Romano, cifrados en diez, veinte o treinta años. Tal discrepancia con los plazos romanos tiene una justificación en las nuevas circunstancias, tan patentes en la realidad de la antigua Hispania. La necesidad de poner en explotación nuevas formas de sustento de una población en expansión, la influencia del año agrícola, hizo posible la habitual aceptación del plazo del año y día. La tangencialidad del día tenía un carácter fatal confirmatorio⁹⁷⁹.

También tiene acogida la institución del año y día en el Fuero de Miranda de Ebro, fechado a 1177. Es evidente la finalidad repobladora del lugar, siendo beneficiados estos pobladores mediante donación regia “*de quanto a mi real persona corresponde poseer*”. Aunque en esta alocución regia se confunde propiedad, que al Rey corresponde, con posesión, los bienes y derechos entregados no son en concepto de propiedad, sino de posesión. La cesión regia comprende la posesión, “*para que tengáis y conservéis esta mi donación firmemente*”, disponiendo los pobladores de licencia regia para vender, donar y dar en herencia respecto de bienes integrados en el alfoz mirandés, y en las

⁹⁷⁸ Domingo Iranzo, Eugenio. *El Fuero de Requena. Estudio crítico, transcripción y glosario*. Ayuntamiento de Requena. 2008. Título II, ley IV: “*De dos que contienden sobre una eredad*”: “*...e por esta razón mandamos defender e firmar primeramente a aquel que primero labró en ella, porque qualquier que sobre labor agena entrare a de pechar 10 maravedies...e si probar pudiere, aya su eredad*”. En mi opinión se trata de un ejemplo de protección de la posesión fundada en la existencia de un mejor derecho a poseer. Y la Ley XII que trata “*del que viere a otro labrar en su eredad*” señalando que “*qualquier otro que viere labrar en su eredad e non le enplazare ante que la obra sea acabada et esto lo pudiere probar el labrador, non le responda por la obra, asi como si senbrare campo alguno ageno, mager que sea venqido por la rayz y la aya adexar, como dicho es, con la calonna de 10 maravedies, et pasi en este caso que el señor de la rayz non aya nada del fruto, o si vinna plantase o fiziere casa o otra cosa semeiante...*”.

⁹⁷⁹ Morán Martín, Remedios. *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal*, cit. pág. 154.

afueras del alfoz cuanto adquirieren puedan disponer de ello, y poseerlo de forma libre conforme el Fuero de Miranda. La reiteración de la facultad de disponer de las cosas a su voluntad así como del título de las mismas que tienen en virtud de su posesión, matiza el carácter posesorio para estos bienes. La retención de una heredad durante un año y un día sin protesta confiere la posesión libre y exenta, ampliable a cuanto puedan adquirir por compra u otro acto de disposición, posesión que es libre y exenta conforme el Fuero de Miranda⁹⁸⁰. La misma preocupación regia por la repoblación se observa en Alfonso X en el Fuero de Baeza. Era el Concejo⁹⁸¹ el encargado de conceder a los nuevos pobladores el lugar para hacer éstos sus casas. Y si no se les dieran, acudirán al juez y a los alcaldes para que puedan hacer sus casas cerca de las otras casas en lugar comunal.

El año y día y la *presura* tienen plena vigencia en el Fuero de Logroño. Anota Muñoz y Romero que este Fuero plasma por escrito la costumbre generalizada para todos los pueblos de Rioja, Vascongadas y tierras de Burgos y Santander. Datado de 1095 y otorgado por Alfonso VI, tiene una clara intención repobladora. Era derecho consuetudinario de ámbito territorial que tener la posesión un año y día, sin mala voz, confiere a tal posesión tenerla quieta y libre, quedando así mismo facultados para llegar a tierras *heremas*, es decir, las que no son trabajadas⁹⁸² y que tienen toda la apariencia de estar abandonadas.

El Comendador del Hospital de Carrión, Don Gonzalo, en 1278 otorga carta de población a los solariegos de Villaturde⁹⁸³. La autoridad citada queda facultada para

⁹⁸⁰ Cantera Burgos, Francisco. *Fuero de Miranda de Ebro*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid, 1945. Art. 8: “*Et do vobis in donatione totum...quos ego ibi habeo populatum et de populatum que mee perssone regali pertinescunt habendi...quod habeatis menú teneatis istam meam donationem firmiter...*”. Art. 9: “*...sed habeant omnia salva, quita et libera et nobilia ad forum de miranda sicut alia que habuerint*”. Art. 10: “*Et si necesse fuerit eis, quos possint vendere vel donare ciicumque et quomodocumque voluerint hec et alia quo habuerint*”. Y respecto del año y día, dice el art. 11: “*Et quilibet populator qui tenerit suam hereditatem per annum et diem sine mala voce, habeat eam liberam et quitam. Et alii qui compraverunt vel acceperint habeant eam liberam et quitam ad forum de miranda*”.

⁹⁸¹ Jean Roudil. *El manuscrito español 8331*, cit. Art. 34: “*Fagan casas do el conceio del logar les diere, a si elos non los dieren, vaia el juez e los alcaldes e denes e fagan casas cerca de las otras en logar comunal*”.

⁹⁸² Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 334 y ss: “*Et nullus populator de hac villa qui tenerit sua hereditate uno anno et uno die sino ulla mala voce habeat solta et libera...*” y añade seguidamente “*Et ubicumque potuerint infra terminum invenire heremas terras, quae non sunt laboratas laborent eas...*”.

⁹⁸³ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 168: “*Et otrossi si el comendador fallare algun suelo yermo o despoblado, lo tome e que faga del todo lo que quisier de VIII dias en adelante*”.

disponer de algún suelo yermo o despoblado, una vez pasado el plazo de nueve días. De esta norma se puede apreciar la preocupación por la puesta en explotación de las tierras y la repoblación del territorio.

La necesidad repobladora se observa en la Península Ibérica a medida que se abre militarmente el horizonte hacia el sur. Así, en el Fuero de Andújar⁹⁸⁴, típico fuero fronterizo, en la Ley 134, se declara bajo el título “*que non responda por raíz roborada despues de año e día*”. Tener *raíz roborada* equivale a poseer inmueble procedente de previa posesión o tenencia de particular, situación corroborada mediante prueba testifical pública, pues los bienes del Concejo o de la Iglesia no se pueden dar ni vender. Este requisito de la roboración aparece como un complemento necesario para la eficacia de la venta, siempre después del pago del haber. El lugar para el acto de la *roboratio* es la *colation* o parroquia a la hora de vísperas del sábado o en la misa del domingo, es decir, ante la presencia de todos. Tal acto, en el marco de la iglesia y en el medio religioso era el aval de la necesaria publicidd. Si el comprador no quisiera roborarla, tiene una sanción de V *maravedíes* por cada domingo de pasare hasta la corroboración. Seguidamente, una vez roborada, era obligatorio hacer carta y meter en ella cinco vecinos de la parroquia, y si fuere necesario, que firmen todos que ha pasado el plazo del año y día desde que fue roborada. Suponía un acto constitutivo avalado por la publicidad. La presencia activa de los testigos vecinos era necesaria para verificar la validez del documento escrito o carta, de modo tal que si en el transcurso de ese tiempo, desde el pago del precio hubiere fallecido alguno de los testigos firmantes de la carta, otros dos vecinos harán verdad sobre el hecho de que la firma del fallecido estaba allí, en el lugar y momento señalados, y que los testigos vieron y oyeron el acto de la corroboración y que el documento o carta es verdadero. De la constancia de tales requisitos⁹⁸⁵, el documental y la testifical, sin perjuicio de la *traditio* y el pago del precio, con que se evidenciaba la compra, tenían un carácter constitutivo. La sanción

⁹⁸⁴ González Díez, Emiliano y Martínez Llorente, Félix. *El Fuero de Andújar, Estudio y Edición*. Fundación Lázaro Galdiano. Jaén, 2006.

⁹⁸⁵ Jean Roudil. El manuscrito español 8331, cit. Art. 47: “*Qual quiere que heredit vendiere, despues que pagado fuere el aver, robeiela quando el comprador quisiere en su colation sabado a las visperas o el domingo a missa. Mas si non quisiere robrarela, quando domingos passaren, por cada I domingo peche V maravedis fasta que la robe*”. Y añade el art. 48: “*E quando fuere robrada la raíz, luego faga carta e meta en ela V vecinos o fijos de vecinos de la colation. E si menester fuere, que firme con ellos si anno e dia oviere pasado do que es robrada. E si por ventura las firmas escriptas muertas fueren, iure el comprador con II vecinos que aquellas firmas en el logar eran, e vieron e oyeron aquella robration, e la carta es verdadera, e vala'l e non responda por clamas*”.

por el retraso en la *corroboratio* significaba una preocupación regia para documentar el hecho evitando futuras controversias. Posibles disputas que la publicidad trataba de evitar.

Otro supuesto, con distintos matices, es el contemplado en el Fuero de Plasencia⁹⁸⁶. Relata el caso de que quien edificare casa, molino u otra obra o plantare viña en heredad ajena, si antes de transcurrir el año y día nadie le demandare, tenga la labor y la raíz del heredero por derecho si lo hiciere firme con dos alcaldes jurados o con tres vecinos; y para el caso de que el señor de la heredad con una *caloña* de X *maravedís* pretenda recuperar tal labor llevada a cabo, los alcaldes la apreciarán. Si el precio no aceptare, el Señor debe hacer otra tanta labor en el término de la ciudad.

Mayor contundencia en defensa de la institución del derecho basado en el transcurso del año y día viene contenida en el Fuero de Frías⁹⁸⁷, de 1202, porque además de proteger el derecho del poblador que tuviere su heredad un año y día sin una mala voz, es decir, sin reclamación en contra alguna, con el derecho a tenerla libremente, añade la pena pecuniaria a quien se la reclamare pasado dicho plazo fatal con LX *solidos* para el Príncipe de la tierra. Tal sanción, el *ban regio*, solo podía venir establecida por una imposición regia. La sanción del *pecho* de sesenta *sueldos* venía determinada por el interés del Monarca en evitar conflictos relacionados con la paz que debe regir la tenencia de los bienes. Se trata de un principio sancionador que se aplicaba en la Europa Occidental y que reforzaba el poder del Monarca.

La donación y la venta son formas usuales de transmitir los bienes. Conforme se acaba de detallar, en el Fuero de Baeza; similares requisitos refiere el Fuero de Andujar para garantizar la transmisión: en primer lugar, el acuerdo de voluntades, seguido del necesario pago del precio acordado; la necesaria publicidad social de la transmisión se lleva a cabo mediante la roboración que preceptivamente se lleva a cabo en la Iglesia, en el sábado a vísperas o en domingo a la misa; y además se añade el requisito de la forma escrita del acto, una vez llevada a cabo la *roboración*, mediante carta de ello escrita

⁹⁸⁶ Majada Neila, Jesús. *Fuero de Plasencia*, cit. pág. 139: “*Todo omne que casa o molino o vinna o alguna otra obra en heredad aiena fiziere, si ante anno e dia nadi non la demandare a el, aya la labor y la raíz del heredero por derecho si firmar’ con dos alcaldes jurados o con tres vecinos. Si el señor de la heredad con calonna de X mrs. y recombre al labrador la labor que hy fiziere de huerto o de casa o de molino o de vinna o de otra labor que semeie a estas por apreçiamiento de los alcaldes; y si el preçio non quisiere, fagal’ otra tanta labor y atal y en el termino de la çibdat’*”.

⁹⁸⁷ Martínez Díez, Gonzalo. *Fueros locales...de Burgos*, cit. pág. 174: “*Et nullus populator de hac villa qui tenuerit sua hereditate uno anno et uno dia sino nulla mala voce, habeat soluta et libera; et qui inquisierit eum postea, pecter LX solidos ad principi terre’*”.

donde signarán cinco vecinos de la colación, comunidad parroquial. Pasado el plazo del año y día desde la *roboración*, los testigos hagan testimonio de que ha pasado el plazo indicado. Como puede cotejarse, ambos fueros son copia fiel recogiendo los principios contenidos en los Fueros influenciados por el Fuero de Concha. Si alguien le reclamare el inmueble antes de ser transcurrido el plazo del año y día, debe dar *otor* y así estar a salvo, uniendo a su plazo el del *otor*, hasta completar el año y día.

La figura del *otor*, que aparece en algunos Fueros Hispánicos, es el recuerdo histórico de la *actio auctoritas* de las XII Tablas, referente a la justificación de las transmisiones de bienes de procedencia derivativa. Era una prueba diabólica hasta encadenar con el *dominus* originario. Se mitigó, en el Derecho Hispánico, la cadena del número de transmitentes. Así, en el de Plasencia limita el número de *otores* de la cadena de legitimaciones de las adquisiciones hasta tres *otores*. “*En este tercero otor fenezca el iuicio*”, El comprador que dijere que la cosa procedía de donación o de venta debe dar *otor* y éste dé *sobrelevador* que cumpla fuero y derecho de Plasencia y si este *otor* otrosí dijere que dará otro *otor* y lo diere, a fuero de Plasencia, sea recibido. El límite del tercer *otor* es que “*de mas de tercero otor el iudizio non vala*”. No es que el juicio no valga, porque lo que trata de dar a entender es que el juez no debe admitir sino hasta tres *otores* como máximo.

El *otor* es, en el Fuero de Andújar, la persona que enajenó el bien y responde de la veracidad de su poder dispositivo sobre la heredad. Se trata en este Fuero de asegurar que el bien raíz enajenado no tiene procedencia delictiva. En estas leyes, bajo los títulos 133 a 137 inclusive, se consagran una serie de disposiciones inspiradas en principios de diverso origen, básicamente de Derecho Vulgar, como es la necesidad de forma escrita, hecha por carta y testimoniada por cinco testigos de la colación, junto con la necesaria publicidad del acto, efectuada no mediante inscripción en los registros del Concejo, sino mediante la corroboración ante la Iglesia. El transcurso del año y día desde la *roboración*, libera de cualquier responsabilidad al poseedor del bien inmueble⁹⁸⁸. De

⁹⁸⁸ El Fuero de Andújar, cit. Título 133: “*Todo aquel que raiz roborada toviere año e dia pasado non responda por ella...*”. Título 136, del *roboramiento*: “*Mas despues que la raiz fuere roborada el comprador faga ende carta o escriba en ella V vezinos de la colacion. E quando menester fuere, firme V de aquellos que fueren escriptos que aya anno e dia es pasado que la tiene roborada e venzca e la colación sea creida*”.

similar manera, la figura del *otor* aparece recogida en el Fuero de Baeza⁹⁸⁹. Se enfrenta este fuero con el supuesto consistente en que algún hombre tuviere casa o heredad ajena y a quien se la reclama en su defensa dijese que la compró, debe dar *otor* sobre la heredad y confirmando ello el *otor*, deja cumplimiento de la legitimidad de su derecho; en el caso de no ofrecer *otor* debe dejar la raíz con X *maravedis*. En otro caso, el mismo Fuero de Baeza contempla el supuesto de que si el vendedor *otor*, no quisiere acudir y el comprador lo pudiere firmar, debe pechar doblado el valor de la venta además de otros XX *maravedis*. Se deduce de este texto que el *otor* es el vendedor. Hecho que viene confirmado seguidamente en el mismo texto foral, donde se observa al caso de que el vendedor *otor* no pudiere hacer sana la cosa vendida.

Paulo Merêa estudió el proceso reivindicatorio de cosas muebles en el Derecho Hispánico Medieval mediante la “*demanda de haver móvel*”⁹⁹⁰, de que ya se dado noticia. En la doctrina española, mereció la atención de Luis García de Valdeavellano este asunto de la reivindicación mobiliaria, hecho que relacionó al estudiar el *escodriñamiento* con la *otorificación*⁹⁹¹, en un trabajo que dedicó a Paulo Merêa. En el Derecho Hispánico Medieval era frecuente la práctica de la búsqueda de la cosa, que el propietario estimaba haberle sido sustraída o hurtada. Existía la posibilidad de pérdida involuntaria de la cosa. Distingue García de Valdeavellano entre *Anefang* o proceso de aprehensión, y *Spurfolge* o *escodriñamiento*, ambos como modalidades de la reivindicación mobiliaria. La *Anefang* es una fase extrajudicial de la búsqueda de una cosa que el dueño hecha en falta entre sus cosas. Casualmente, cuando ha pasado el plazo de tres días desde su falta, y la halla en manos de un tercero, con tal razón procede a aprehenderla. En cambio *Spurfolge*, el *escodriñamiento*, supone la exigencia de un plazo máximo, es decir, el transcurso de tres noches, para la persecución del rastro de la cosa y la búsqueda domiciliaria de la misma en casa del sospechoso de hurto. Este

⁹⁸⁹ Jean Roudil. El manuscrito español 8331, cit. Art. 49: “*E si algun omne toviere heredit agena o casa e dixere que la compro al qui le demandare, de'l otor e dele sobre la heredit, otorgando el otor que el la vendio o la empenno o la dio, e cumple. Si diere fiador e que aia casa con pennos valedera; porque cumpla lo que mandare fuero; si vençido fuere, que peche la heredit duplata e tal e X moravedis, El otor dado, aia la raya quita e magna. Mas si otor non diere, cuemo derecho es, dexe la raíz con X maravedis*”. Y el art. 50 dice: “*Sy el vendedor otor non quisiere yxire e el comprador firmar lo pidiere, peche duplata con calona de XX maravedis*”. Y el art. 51 indica que “*si el vendedor yxiere otor e la raíz non pudiere façer sana, al comprador pechela duplata con X maravedis*”.

⁹⁹⁰ Paulo Merêa. *Nota complementar sobre a “demanda de haver móvel”* en Tomo I de sus Estudios de Direito Hispânico Medieval, cit. págs. 31 y ss.

⁹⁹¹ García de Valdeavellano, Luis. *Estudios medievales de Derecho Privado*, cit. págs. 93 y ss.

mismo esquema de búsqueda ya lo hemos visto en las XII Tablas. Y este esquema del Derecho Germánico se reproduce en el Derecho Hispánico Medieval.

El Fuero de Cuenca⁹⁹² acogió la institución de la búsqueda de la cosa en casa ajena. El requisito necesario consistía en perseguir su cosa y entrar por la puerta, abierta, de casa ajena. La entrada por otro sitio se consideraba violación de la paz y la seguridad de la casa. En idénticos términos, el Fuero de Heznatoraf. Por otra parte, la sospecha de la ocultación en una casa del bien hurtado, encubriendo el hecho, en el Fuero conquense tiene unos matices que conviene reseñar. En efecto, si cualquiera fuere sospechoso de ocultar o encubrir alguna cosa hurtada en su casa, el *querelloso* debe pedir al señor de la casa, a presencia del juez y el alcalde o con dos alcaldes, que deje escudriñar su casa. Si se negare a tal pretensión, debe pechar cuanto dijere el querelloso valer lo encubierto. La demanda de escudriñar ha de ser hecha durante el día, pero durante la noche el querelloso puede guardar los alrededores de la casa para evitar la salida del ladrón portando lo hurtado. Quien escudriñar quisiere debe valorar lo que reclama, y si lo encontrare, lo tomará su dueño. Si otra cosa distinta hallare, no la tenga porque con anterioridad no indicó las marcas o señales de la cosa. Tales marcas o señales en las cosas, previamente descritas, tenían la virtualidad de un elemento probatorio decisivo para acreditar, en la identidad de la cosa robada, la propiedad o pertenencia⁹⁹³.

El Fuero de Soria⁹⁹⁴ recoge en su articulado la institución del año y día. Y así en la Ley 27 se establece que “*todo aquel que fuere tenedor de una heredad no responda por ella pues que año e día fuere pasado*”. Obsérvese que no se habla de propiedad, sino de tenencia o posesión de una heredad, expresión ésta que no implica necesariamente que el origen de la tenencia o posesión se base en una herencia, sino que ésta es el modo que tienen los hijos para suceder en la titularidad de los bienes a sus padres. Una heredad es

⁹⁹² De Urueña y Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*, cit. Forma sistemática: VI, 17: “*quicumque in domum alienam intraverit rem suam insequendo, nullam habet peccare calumpniam, si per hostium u; intraverit apertum. Quoniam qui aliunde intraverit, habet peccare calumpniam quingentorum solidorum, sicut pro domo violata*”.

⁹⁹³ De Ureña Smenjaud, Rafael. *Fuero de Cuenca*, cit. XLIII, 18: Forma sistemática: “*Quicumque suspectus fuerit quod aliquod furtum celet aut cooperiat in domo sua, el quereus domino domus dixerit cum iudice et alcalde vel duobus alcaldibus quatenus domum suam det ad scrutandum et ipse noluerit, peccet quantum querelus dixerit in illa domo sibe esse celatum. Sciendum tamen est quod quicumque domum ad scrutandum peccerit, de die debet eam petere; de nocte enim nemo debet eam petere, neque dominus dar escrutinio. De nocte tamen potest domum custodire in circuito ut neque latro, neque latrocinium extrahatur inde. Ille qui scrutare voluerit debet dicere quid vult et quantum vult, et si illud cognominatum intus invenerit, habeat ipsum; si aliud invenerit, quamvis dicat sibi esse furatum, non habeat illud, quia prius non dixit quid, et signa rei*”.

⁹⁹⁴ Ruiz García, Elisa. *Fuero de Soria, edición crítica y glosario*. Soria, 2006.

un conjunto de bienes, cosas y derechos que puede incluir bienes en propiedad y bienes o derechos en posesión o mera tenencia. De esta manera la posesión o tenencia de un solar por año y día, aparece vinculada con la institución de la troncalidad de los bienes raíces pues éstos tienen una indudable raigambre familiar.

Igualmente en el Fuero de Escalona⁹⁹⁵, fechado a 1130, siguiendo la orden del Rey Alfonso VII, el transcurso de un año en la posesión de la heredad, faculta para vender la misma y para que pueda irse donde quisiere.

El Fuero de Zamora, por su parte, en su artículo 8, “*de vendición de heredade*”, *in fine*, establece también la institución del transcurso del año desde el hecho de la venta de heredad por cuya razón del tiempo no se debe responder de la venta. Es un plazo de prescripción, el transcurso del año, que exime de responsabilidad alguna a quien transmite la heredad. En tierra zamorana se protege el derecho de troncalidad de los bienes a favor de hijos o nietos, los cuales ante la venta de los bienes familiares por los padres o abuelos, disponen del plazo de nueve días para pagar el precio de la venta. Pasado dicho plazo sin usar de tal derecho, se puede vender la heredad a quien quisiere. Para el supuesto de que los descendientes citados no creyeren veraz el precio de los bienes, disponen los padres y abuelos de la posibilidad de hacer juramento de ello sobre los Evangelios. Este juramento es una institución de Derecho Hispánico, con precedentes en el derecho germánico, consolidado en la Península Ibérica Medieval, como juramento exculpatario. Está teñido este juramento de las implicaciones religiosas del *sacramentum*. Sus consecuencias, verificada la enajenación y transcurrido el año, son las de no responder por la venta⁹⁹⁶.

Del mismo modo, esta costumbre de respetar transcurso del año aparece en el Fuero de Madrid⁹⁹⁷, como un incentivo y una garantía para el agricultor que plantase viña o huerto o construyese un molino.

⁹⁹⁵ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 485 y ss: “*Aliud etiam nostras vero hereditates tali foro habeant secuti vestras... et post completum annum, si voluerit suas hereditates vendere, vendat. Ubique placuerit ire, vadat*”.

⁹⁹⁶ Majada Neila, Jesús. *Fuero de Zamora*. Librería Cervantes. Salamanca, 1983. Art. 8: “*Padre o madre, o abuelo o abuela que heredade hobieren a vender, duanto uno e otro dier por ella, los fijos o fijas, o nietos o nietas la tomen, paguen hasta IX días; e se non pagaren, vendam sua heredade a quien quisieren*”. Y añade “*...e ellos se juramenten e sean creidos*”, concluyendo que “*E si la heredade vendieren en otra parte, e pasar un año e fuere en la tierra e non la temptar por prinda o por juizio, non responda d’ella*”.

⁹⁹⁷ *Fuero de Madrid*. Con Introducción de Eduardo Huertas Vázquez, y con Transcripción de Agustín Millares Carlo. Ayuntamiento de Madrid. Madrid, 2002. La ley 66 dice: “*Todo hombre que plantase majuelo y al cabo de un año no diere prendas, no responda a la demanda. Y quien construyera*

En el Fuero de Guarda fechado en 1199, concedido por el Rey Sancho I, se establece que el hombre de Guarda que edificare casa o plantare viña u honrare su heredad y permaneciere en ella un año, si después quisiere mudarse a otra tierra, conserva su heredad doquier estuviere. Y si quisiera venderla, puede hacerlo a quien quisiere por fuero de la ciudad. La permanencia de un año en Guarda confiere el derecho del Fuero a disponer de su heredad, pudiendo dejar Guarda sin la pérdida de sus posesiones⁹⁹⁸. Por hombres buenos de Guarda, a mediados del siglo XII se recogen los *Foros e Costumes da Guarda*, bajo el nº 45 de tales costumbres, con mayor claridad que en el texto foral inicial se acoge la doctrina del año y día⁹⁹⁹. Los requisitos prescritos en la referida norma hacen referencia a heredad tenida y mantenida durante un año en *seu de iuro*, sin recibir reclamación al respecto. La excepción es que no puede hacer suya esa heredad si la misma fue recibida *d'aprestamo*. En efecto, el *prestimonio* consistía en una cesión de la posesión con obligación de pago de un canon en reconocimiento de la propiedad ajena. Este préstamo ha llegado a ser entendido con los mismos efectos que si de un usufructo¹⁰⁰⁰ se tratara, dado que el usufructuario por tal título no podría adquirir la propiedad. Sin embargo, aunque las consecuencias jurídicas fueran idénticas, es decir, que tanto si fuere recibida la heredad como usufructo o como préstamo o *prestimonio*, en absoluto sería admisible la prescripción, la tenencia durante un año, como forma de acceso a la propiedad. El préstamo o *prestimonio* confiere un derecho real de uso o disfrute de un bien mediante la cesión de la posesión. Se cede el dominio útil, mediante el *prestimonio*, no el dominio eminente. Con un alcance distinto sobre los efectos de la posesión de año y día, en los fueros medievales peninsulares, además de la posibilidad procesal de no contestar a la demanda, se pronuncia Gama Barros en el sentido que en

un molino o huerto y al cabo del año no ofreciera prendamiento tampoco responda". Dar prendas u ofrecer prendamiento en el plazo del año, equivalía a que en tal plazo no se había visto demandado, pues dar prendas valía tanto como responder al juicio sobre tal plantación o construcción. Es un caso claro de protección del agricultor que veía de este modo respetado su derecho a poseer, no necesariamente la propiedad.

⁹⁹⁸ Maria Helena da Cruz Coelho. *Forais e Foros da Guarda*. Câmara municipal de Guarda. Guarda, 1999. Sobre esto el texto latino dice: "*Et ille qui domun fecerit aut vineam aut suam hereditatem honoraverit et uno anno in illa sederit si postea in alia terra habitare voluerit serviat ei tota sua hereditas ubique habitaverit. Et si voluerit illas venderé vendat ciu voluerit per forum de vestra civitate*".

⁹⁹⁹ Maria Helena da Cruz Coelho. *Forais e Foros da Guarda*, cit. "*Todo omen que algua heredade ouver en seu de juro I ano e non lha demandaren depoyos non responda se non for d'aprestamo*". El *aprestamo* es la vinculación de los frutos obtenidos para el pago de impuestos y canon. Tener la heredad de *iuro* durante un año, es tener la posesión de la heredad durante ese tiempo.

¹⁰⁰⁰ Henrique da Gama Barros. *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*. Tomo VI, pág. 141 de la 2ª edición dirigida por Torquato de Sousa Soares.

el Fuero de Guarda, y otros, la posesión de un predio durante un año sin que el poseedor dejase de cultivarle, no otorgaba un derecho posesorio sino que constituía un derecho de propiedad sobre el fundo¹⁰⁰¹. El fundamento de tal conclusión era que el año y día era una prescripción adquisitiva de corto plazo, invocando como argumento que en tiempos de Alarico, 506, la población romana, sujeta al Poder visigodo, se regía por la costumbre romana de la *usucapio* de un año que confería el derecho de propiedad. Como tal conclusión carece de base en las fuentes romanas, Gama Barros alude a una posible costumbre. Sin embargo, la prescripción en Derecho Visigodo necesita del transcurso de treinta o de cincuenta años.

En el Fuero extenso de Salamanca¹⁰⁰², del que se ha perdido un anterior Fuero Breve, que gozó de predicamento extensivo en territorios portucalenses, y del que deriva el Fuero de Guarda, se entremezclan los criterios de bienes troncales y su transmisión. No se hace referencia al año y día, que debía existir como derecho consuetudinario, existente en el previo Fuero Breve y que ha pasado a los textos forales portugueses de su influencia.

En el Foral Manuelino de Évora¹⁰⁰³ que en 1501 el Rey D. Manuel concedió a dicha ciudad, bajo el epígrafe “*Liberdades da Cidade*”, se refiere que el Rey Don Alfonso Enríquez concedió un foral antiguo para que dichas libertades no fueren entregadas a

¹⁰⁰¹ Henrique da Gama Barros. *Historia da Administração Pública em Portugal*, 2ª edição cit. Tomo VI, págs. 137 y ss.

¹⁰⁰² Sánchez Ruano, Julián. *El Fuero de Salamanca*. Salamanca, 1870. En el artículo 213 se dice: “*Las heredades de parientes. Por herencia de parientes non se pasen tres annos é responda*”. Obviamente se hace referencia al derecho de retracto de troncalidad de que disponen los integrantes de la familia de cuyo tronco proceden esos bienes. El artículo 214 señala que “*Todo ome que la hereditat touvier de su iuro seis annos é non se la demandaren, despues non responda; é si non fuere de préstamo é se al rei se alzar non le preste*”. Resulta complicada la comprensión de esta norma foral salmantina. Entiendo que los bienes poseídos de “*su iuro*” se refieren a los bienes recibidos a través de un *prestimonio* regio, respecto de los cuales pasado el plazo de seis años sin serle reclamados, ya no se les puede reclamar nadie. No puede deducirse, como hace por nota el autor que comenta este Fuero, que prescriban a los seis años estos bienes. La posesión es suya desde que recibe el *prestimonio*, y pasados seis años, tal posesión es inatacable. Si los bienes no tuvieren su origen en el *prestimonio* recibido, dispone de un recurso liberatorio ante el Rey. Insisto en que la regulación de estas normas se refiere a bienes troncales, no a otros. En el artículo 218 puede leerse: “*De vender hereditat. Todo omne que vender hereditat faga testigos á sus parientes que an á heredar; é si testigos non ficier duple el aver que pussier si lo arrancaren; é los parientes que ovieren rancura de la hereditat, é fasta seis annos non demandaren, non respondan mais por ella*”. Este precepto quiere tanto como decir que el plazo de seis años no es de prescripción para adquirir la propiedad-posesión, sino que es un plazo fatal que faculta a los parientes para reclamar los bienes aduciendo el derecho de la troncalidad. En el Fuero extenso de Salamanca no se habla del año y día, que estaba inmerso dentro del derecho consuetudinario. Aparece la regulación del retracto de los parientes amparados por el derecho de troncalidad de esos bienes familiares.

¹⁰⁰³ Isabel Cid. *Foral de Évora (Comentario Diplomático, Codicológico e Paleográfico)*, en *Foral Manuelino de Evora*, págs. 83 y ss. Câmara Municipal de Évora. IN-CM. Lisboa, 2001.

ninguna persona, con la finalidad de que estuvieran siempre y están en posesión, que Don Manuel aprobó y mandó para siempre, que se guarde y cumpla. El primer texto foral de esta Ciudad data de 1166 es otorgado por el Rey Alfonso Enríquez, hijo del Conde Enrique y de la Reina Teresa que así se hacía ésta llamar. Otorga los fueros y las costumbres vigentes en Ávila.

En otro lugar peninsular alejado de éste, Alfonso VIII en 1187 concede Fuero al Concejo de la Villa de Santander¹⁰⁰⁴. Tras un Protocolo, que se repite con profusión en este tipo de documentos, el Rey da y concede la villa de San Emeterio para que la *habiteis...por derecho hereditario para que la poseais para siempre*, señala el artículo primero. Respecto de la ocupación de las tierras por roturación de las mismas dentro de las tres leguas alrededor de la villa, mediante plantación de viñas, cultivo de huertas, prados o molineras y palomares, que *“todo esto quede como propia heredad y hagan de ello lo que quisieren y sírvanlas allá donde fueren dando el censo por sus casas”*, preceptúa la norma foral 25. La *presura* mediante la roturación y explotación de las tierras es una forma de acceder a la posesión de las mismas que es denominada heredad, disponiendo de la facultad de enajenarlas. Y decimos que ello no es título de propiedad por cuanto el artículo quinto establece que quien *“ocupare o comprare en la villa algún solar pague al abad un sueldo y al sayón dos dinarios”*. Tampoco es una relación locatícia, pues la posesión genera la obligación de satisfacer un canon o impuesto, anual, no una renta, al Señor de la villa, esto es, el Abad de San Emeterio. La posesión se puede transmitir; pero no la propiedad, pues ésta pertenece al Abad, titular de los derechos fiscales y jurisdiccionales.

En cambio, el plazo del año y día queda reducido a seis meses el plazo para responder, si el título de propiedad reside en una compra de predio. No estamos ante la permanencia por ocupación y cultivo de un año. En efecto, en los Fueros de Calatayud, Daroca y Alfambra señalan tal plazo con efectos sanatorios del título de compraventa frente a todos¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁴ Pérez-Bustamante y González de la Vega, Rogelio. *El Fuero de Santander: estructura jurídica e institucional*. En *El Fuero de Santander y su época. Actas del Congreso conmemorativo de su VIII Centenario*. Págs. 155 y ss. Santander, 1989.

¹⁰⁰⁵ Barrero García, Ana M^a. *El Fuero de Teruel*, cit. pág. 160. Calatayud, 41: *“Et qui comparaverit hereditate et tenuerit illa postea medio anno, non respondeat per illa ad nullo homine”*. Daroca, 15: *“Si quis conquestus fuerit de hereditate, ille qui tenerit hereditatem iuret quod plus est de medio anno quod illa comparavit, et mittat in sacramento quod illam sine fraude comparavit die, et dicat pro quanto, et iam paccavit illam, et dicat de que, et absolvatur. Et postea nichil possit addi”*. Alfambra, 20: *“Qui*

La institución de la donación, como mecanismo transmisivo de bienes y derechos, aparece ya en 780 en la escritura fundacional del monasterio de Santa María de Obona¹⁰⁰⁶, otorgada por Adelgastro, hijo del Rey Silo. Expresiones como “*excepto Villatrice, quae damus ad Doña Elo*” o, un poco más adelante, “*et habeant illa hereditate de Perella, et prestimonia in hereditate Sanctae Maríae*”, deslizan ideas de la donación como mecanismo legal de otorgamiento de la posesión, es decir, para que tengan los mismos, así como el *prestimonio*, como medio de vinculación señorial. Los Monasterios, a los que la realeza dota con medios de vida, son instrumento para posibilitar la repoblación. Preocupación repoblacional que se aprecia en el Fuero de Brañosera¹⁰⁰⁷, que en 824 otorga el Conde Monnio Nuniz justificando el mismo al decir “*et damus vobis ad populandum locum*”.

Ordoño I, en 857 concede a la Iglesia de Oviedo donación de heredades, con privilegios para sus pobladores¹⁰⁰⁸, bajo la fórmula “*jure hereditario dono, ac perpetua firmitate concedo*” para la Iglesia, junto con el derecho señorial a percibir “*medietatem portatici, et medietatem calumniarum mercati*”, entre otros, es decir, la mitad de los derechos de portazgo y la mitad de las *caloñas* o multas por infracciones en el normal desarrollo del mercado.

Con las mismas finalidades que el texto antes referido, el Conde Fernán González dona al Monasterio de Cardeña el monasterio de Javilla¹⁰⁰⁹, al que autoriza a hacer repoblación y concediendo privilegios a los repobladores. La confusión entre propiedad y posesión es evidente ya que el Conde señala que “*quod habemus in Xabiella...damus, et concedimus*” describiendo casas, eras, huertos, tierras, viñas, etc., siendo tal donación para que el Abad y los *monges* de Cardeña “*habeatis, teneatis iure hereditario. Insuper damus vobis licentiam populandi*” añadiendo poco más adelante que “*non intret ibi*

conprara hereditat con fidanza de salvo la compre et con carta et de medio anno adelante non responde mas por ella”.

¹⁰⁰⁶ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros Municipales y cartas pueblas*, cit. págs. 2 y ss.

¹⁰⁰⁷ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 16 y ss.

¹⁰⁰⁸ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 22 y ss: “*Omnis etiam homo habitans in hereditate S. Salvatoris tam servus, quam liber, non faciat aliquod Fiscale servitium Regis, non reddat aliquid pro homicidio quod non fecerit, non rausum quamvis fecerit, non fosocaria, non carnicerías, non sigillum positum in haereditate S. Salvatoris, non portaticum...*”. Contiene esta escritura una referencia expresa al “*usus terrae*” reconociendo paladinamente una clara referencia al derecho consuetudinario practicado, y que el Rey no puede por menos que reconocer, cuando dice “*persolvat calumniam propter illas percusiones, aut plagas usu terre...*”. La aplicación del *usus tarrae* es expansiva y conlleva la idea de latir en las mismas un derecho común hispánico. Bien podría ser considerado como el embrión de un derecho territorial, que excedería de su limitación a una localidad o lugar.

¹⁰⁰⁹ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 25.

saionem”. Del tenor de lo reseñado expresamente se deduce que el Conde otorga derechos de posesión confundidos con la propiedad, ya que este último concepto incluye el ejercicio de derechos jurisdiccionales ya que allí no puede entrar la justicia regia. No obstante, bien cabría señalar que “*propiedad*” es decir, la posesión con el añadido de “*iure hereditario*” implica la cesión de derechos de ejercicio de justicia y fiscales.

En el Fuero de Roa, de 1143, puede leerse “*dono etiam eis ipsam villa Roam cum omnibus suis termis, hermis et populates...*” y añade “*...mando et concedo eis ut laborent per totum meum realengo quod ex una parte Dori et ex altera, hermum et desertum, ad Aslanza usque ad Serram poterint invenire et nullus homo eis illud meum realengo defendat*”. La donación y concesión son formas de atribución de los derechos posesorios en los bienes de realengo. La preocupación regia por la repoblación resulta evidente.

Y en lugar alejado del corazón castellano, como es Cardona, el Conde de Barcelona, Borrell, que se autointitula como “*comes et marchio*” evocando este último título a la Marca, es decir, la Marca Hispánica, en 986 otorga carta poblacional¹⁰¹⁰ a la arriba citada ciudad, a todos sus habitantes. Este afán repoblador de unos territorios precisados de ser puestos en explotación es común a toda la antigua Hispania.

Sancho Ramírez, Rey de Aragón y Pamplona, con el ánimo de elevar a Jaca del título de villa al de *civitas*, suprimiendo los malos fueros, concede buenos fueros, en 1062. Acogen la institución del año y día¹⁰¹¹. El transcurso del tiempo de un año y día es común a todo el derecho europeo. El hecho de que el texto foral de Jaca sea el fechado de mayor antigüedad, no permite deducir que sea el que implanta este derecho por primera vez, sino que es el texto más antiguo conocido que ha llegado a nosotros.

¹⁰¹⁰ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 51: La concede Borrell en 986 “*ad omnes abitatores eius, seu et posterioritas et proienies eorum*”...”*supra memorata iure quieto ordine teneant, et possideant*” añadiendo seguidamente “*ut omnes gentes, omnes abitatores, qui ibidem stare veniebant, aut cum illorum bona ad hec currebant, et hic vivere volebant, iure quieto tenuissent et possedissent perpetualiter*”.

¹⁰¹¹ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 235 y ss. “*Et ubicumque aliquid comparare, vel accipere potueritis in Jaccam, vel foras Jaccam, hereditatem de ullo homine habeatis eam liberam, et ingenuam sine ullo malo cisso*”. Y añade a renglón seguido “*Et postquam anno uno et die supra eam tenevitis sine inquietatione, quisquis eis inquietare, vel tollere vobis voluerit det michi LX solidos, et insuper confirmet vobis hereditatem*”. La multa o *caloña* de LX solidos o sueldos es el importe del *bann regio*, cantidad que es común en toda Europa. El poder regio europeo se uniformaba en los importes de las sanciones.

Una vez más estamos ante el reconocimiento por el poder regio de un derecho consagrado en el derecho consuetudinario observado también en toda Europa.

Una prueba más de la idea de una comunidad normativa del Derecho Hispánico Medieval. En efecto, en 1134, el Rey de Aragón, hijo de Sancho Ramírez, Don Ramiro El Monje confirma los fueros dados por su padre y amplía a los habitantes de la Jacetania las franquezas y libertades de los habitantes del burgo de *Monpeller*, que es otra prueba de la inexistencia de las fronteras, de la permeabilidad de las costumbres, de la comunidad del Derecho. De esta referencia geográfica se ha llegado a concluir en el origen franco y su exportación a la Hispania. Sin embargo, esta institución del año y día también existió, con este mismo plazo en origen en diversos derechos de índole germánica¹⁰¹², en concreto en Sajonia, Frisia y Suiza. La posesión de inmueble durante el año y día en base a la *resignatio* judicial y el *coto* de la paz judicial, sin contradicción jurídica, confería la *Gewere* legítima. Los citados autores tedescos deducen de ello que la *Gewere* germánica estaba presente en el nordeste de Hispania, en el derecho franco y en el anglonormando. La península Ibérica no era ajena a este derecho consuetudinario.

El Derecho Romano Vulgar vivificaba plenamente el sustrato jurídico-social en la Península Ibérica. Así un interesante texto de 1202, siendo Alfonso Rey de León y de Galicia, diploma que es la máxima importancia e interés jurídico y económico para la época, pues establece un principio general de la economía consistente en que el derecho de la moneda pertenece al Monarca, siendo suyo el derecho de alterar su valor, quedando establecido que tal alteración sea cada siete años, y, a cambio de dicha seguridad, el Rey recibe el llamado impuesto de *moneda forera*; y tiene indudable valor jurídico para entender cómo era el entramado social que creaba la vinculación de los bienes¹⁰¹³ con las personas. En el texto anotado se distinguen *hereditas in sua vita* al lado de *hereditates "sua propria"*; aparecen por otro lado "*hereditates in prestimonio videlicet ad tempus vel in pignus*". El legislador está relatando relaciones de derecho

¹⁰¹² Heinrich Brunner y Claudius von Schwerin. *Historia del Derecho Germánico*. Pág. 200. Editorial Labor. Madrid, 1936.

¹⁰¹³ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 107 y ss: "*Quod hereditas quam milites tenent de episcopatu, vel abadenguis vel aliis ordinibus, in vita sua per capitulum, dum illa tenuerint, deben habere illum forum, et consuetudinem, quam habent alie hereditates proprie ipsorum militum; et civis, vel burgensis, aut aliquis alius, qui non sit miles tenuerit aliquam hereditatem de episcopatu, vel de alio ordine in vita sua per capitulum, debet de illa facere tale forum, quale fecit de sua propria. Si vero isti, vel illi, aliter tenuerint ipsas hereditates de abadenguis in prestimonium, videlicet ad tempus, vel in pignus, debet currere vox Regis in illis, sicut in aliis abadengis. Item si aliquis de abadengo, vel de ordine, tenuerit hereditatem militis in pignus, vel prestimonium ad tempus, faciat de ipsa tale forum quele faciunt alie hereditates militum*".

privado cuando distingue la heredad *in sua vita* y la heredad *sua propria*; ésta es una relación concebida no como un *ius in re aliena*, no sometida a límite de temporalidad alguno, y de tal naturaleza que puede ser caracterizada como de propiedad adquirida ya que ocupación o por *presura*; y aquélla está condicionada a la vida del mero detentador, de naturaleza personal vitalicia. La aceptación de esta fórmula “*de vida*” llegó a ser ampliada a varias generaciones, y la vida de una persona se transformó en un derecho familiar transmisible de generación en generación¹⁰¹⁴. Cuando se dice heredad *sua propria* quiere señalarse que es propiedad plena.

Existía, además la heredad *in prestimonio*, ya *ad tempus*, ya *in pignus*. En el texto de 1202, se reconoce la existencia, como entramado social, de un *prestimonio* o *beneficio* otorgado por el Rey encadenando a la sociedad mediante vínculos de fidelidad o vasallaje, *prestimonio*¹⁰¹⁵ o *beneficio* que llevaba anexo el encargo de realizar una función político-administrativa. Y estas vinculaciones son argumentadas por el Rey para establecer el impuesto de *moneda forera*. La finalidad de tales *prestimonios* pretendida por el poder regio pretendía con ellos garantizarse el Rey la fidelidad o subordinación del súbdito. El súbdito fiel recibía un *prestamo* o *prestimonio* por un tiempo determinado, *ad tempus*, es decir, mientras desarrollaba una función o servicio al Rey. *In pignus* significaba un *prestimonio* sin límite temporal, vinculado a la vida del receptor, como agradecimiento y reconocimiento de un servicio prestado, generalmente de naturaleza militar. En el caso de que su hijo continuase como *miles*, heredaba a su padre en la misma función. En rigor, tampoco en estos supuestos puede apreciarse la existencia de *iura in re aliena* pues por encima de cualquier intento de catalogación primaba el derecho que vinculaba estos bienes a una función o servicio. El texto legal de 1202, está pensando que propiedad y soberanía, todo ello en manos del Rey, es la misma cosa; y que los bienes están al servicio de su voluntad regia.

Recoge Muñoz y Romero el texto castellano del Ordenamiento de Benavente de 1202¹⁰¹⁶ donde al hablar de los préstamos ya no se hace distinción entre *prestamo ad tempus* o *in pignus*. Ambos, bajo el concepto de *prestimonio*, el calificado *ad tempus* no

¹⁰¹⁴ La *Partida III*, 18, 69 recoge este derecho de concesión de bienes hasta por tres vidas, es decir, tres generaciones.

¹⁰¹⁵ García de Valdeavellano, Luis. El *prestimonio*. AHDE. Madrid, 1955. Fue la relación de fidelidad la que justificaba la cesión o concesión del préstamo o *prestimonio*; su generalización fue la base del sistema feudal.

¹⁰¹⁶ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 109 y ss.

parece hacer referencia a la propiedad particular dimanante de *presura*, ni a la posesión de tierras derivada de una *locatio conductio* o arrendamiento. Por otro lado, el Rey señala, como obligación encadenada a las situaciones de posesión de tierras mediante el *prestimonio*, el deber para todos los titulares de dicha referidas tierras, sin distinción alguna, de acatar la obligación de hacer correr la voz del Rey haciendo llegar a todos los súbditos del reino la nueva legislación en materia monetaria. En cualquier caso, puede apreciarse una similitud entre la *precaria ad tempus* y el *prestimonio ad tempus*, lo cual nos permite destacar que aquella pudiera ser una institución a manera de antecedente de éste, al resultar en ambas una situación de desigualdad entre las partes cedente y receptora. La realidad social ha cambiado sustancialmente y el régimen social que vertebra a la sociedad está sólidamente influido y caracterizado por las ideas feudales o señoriales, aun cuando pudieren estar latentes las ideas y conceptos jurídicos del Derecho Romano Vulgar, como basamento jurídico. En todo caso es lo cierto que la sociedad ha cambiado y el sentido de esta institución también.

Alfonso II el Batallador confirmó privilegios a la ciudad de Barbastro¹⁰¹⁷, en torno a 1255, ratificando las propiedades de las tierras obtenidas mediante los *escalios* y compras que Pedro I, otorgó en 1100. Les libera del pago del censo que es tanto como reconocer el dominio privado de los bienes roturados, otorgándoles el título de infanzones, que supone la condición de nobleza con la consiguiente liberación del pago de impuestos o *pechos*. Esta misma situación privilegiada respecto del común les fue concedida a los hombres de Castrojeriz, con anterioridad a los habitantes de Basbastro.

El Fuero y Privilegios que Alfonso VI dio en 1101 a la Ciudad de Toledo por cuya virtud el Rey resuelve poner fin definitivamente a las pesquisas sobre *cortes*, *hereditates* y *presuras* de los mozárabes, ya caballeros y peones, dándoles cartas de firmeza para sus propiedades y tierras que a la fecha del documento tienen en su derecho, de forma irrevocable¹⁰¹⁸. Reafirma el Rey Alfonso VII, en 1118, con el texto del Fuero toledano para mozárabes, castellanos y francos, la plena vigencia del *Liber Iudiciorum*.

¹⁰¹⁷ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 354 y ss: “*Volo quod semper sint franquis et liberis omnibus qui modo sunt in civitate barbastri, vel qui de hodie in antea hic populaverint, quos sint boni infanzoni de omni malo censo in perpetuum, quod neque me neque ad ullus rex non faciant nullum censum nec ad nullus homo, habeatis etiam in tota mea terra compram et schalido...*”.

¹⁰¹⁸ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. págs. 360 y ss: “*Facio hanc cartam firmitatis ad totos ipsos Muztarabes de Toledo, caballeros et pedones, ut firmiter habeant semper quantas cortes et hereditates, sive vineas, ac terras hodie in suo jure retineant, et pro nulla exquisitione non perdant inde quidquam*”. Y añade “*et do eis libertatem ut qui fuerit inter eos pedes, et voluerit militare et*

A los hombres de Guadalajara les otorga Fuero¹⁰¹⁹, en 1133, el Rey Alfonso VI. Y acoge en su tenor la institución del año y día.

En el Fuero de Calatayud, otorgado en 1151 por Alfonso I el Batallador, aparece contemplado el caso de la necesaria publicidad de una venta de heredad ante la colación, es decir, ante la asamblea reunida en la parroquia; añade una variación al plazo de año y día, para el supuesto de que un comprador de heredad que tuviere la misma después de medio año, no debe responder por ella a nadie¹⁰²⁰. Pero este caso no desvirtúa en absoluto el contenido del año y día como garantía para acceder a la posesión o a la propiedad. Lo que el Fuero de Calatayud dice es que quien haya comprado una heredad puede al cabo de medio año negarse a responder ante una demanda. Pero no queda liberado de la obligación de probar el transcurso de dicho plazo en la tenencia posesoria, sin necesidad alguna de probar el título de compra o la distinta causa.

No obstante cuanto se acaba de señalar sobre el año y día, la sociedad hispánica está en constante evolución conforme va avanzando la expansión territorial. La necesidad repobladora adquiere mayor relieve en las zonas fronterizas. En los lugares relativamente alejados del conflicto bélico el plazo del año y día como instrumento jurídico de acceso a la posesión para consolidar el derecho de propiedad al disponer del privilegio de no acudir al *placitum*, se observa que este lapso de año y día se sustituye por un tiempo ampliado a tres años. Así se observa en las adiciones a los Fueros de Benavente de 1167 y en la cuarta refundición del Fuero de Llanes¹⁰²¹.

posse habuerit, ut militet; et vendendi, dandi, vel possidendi, seu de possessione sua, quid voluerit facienda, liberam in Dei nomine habeat potestatem". El Rey que tomara Toledo hace todo esto "*hoc autem facio pro remedio anima meae parentum meorum*". Y en pág. 363 puede leerse: "*Sic vero, et omnia iudicia eorum secundum librum iudicum sint iudicata coram decem ex nobilissimis, et sapientissimis illorum sint iudicata coram decem ex nobilissimis, et sapientissimis illorum, qui sedeant semper cum iudice civitatis ad examinanda iudicia populorum, et ut procedant omnes in testimoniis in universo regno illius*".

¹⁰¹⁹ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit. pág. 508: "*Et si a todos los pobladores de Guadalfayara y recibieren halli casas y heredades, esten en ellas un año, y despues de un año, si no quisieren halli estar, y las quisieren vender, vendalas a quien quisieren y vayan a do quisieren*".

¹⁰²⁰ Muñoz y Romero, Tomás. *Colección de Fueros*, cit pág. 463: "*Et qui vendet hereditatem, ipse qui comprat illa in colatione de ipso qui vende tibi vadat, et ibi faciat suo mercato*" y añade "*et qui comparavit hereditatem et tenuerit illa postea medio anno, non respondeat pro illa a nullo homine*".

¹⁰²¹ García Gallo y de Diego, Alfonso. *Los Fueros de Benavente*. AHDE, 1971. En el Apéndice VII recoge el siguiente mandato del Rey en las adiciones 16.4 del Fuero de 1167: "*Nos igitur alcaldes et totum concilium, per mandatum domini Regis, firmiter statuimus, ut si aliquis domos seu vonneas vel hereditates per tres annos possiderit, et in ipsis tribus annis aliquis illum pro illis non pigneraverit vel in concilium querimoniam non fecerit, post tres annos nulli de illis respondeat. Et qui eum inquietaverit, pectet alcaldibus et maiorinus C morabetinos et perdat vocem*". Y en su correspondencia, en la cuarta refundición del Fuero de Llanes, art. 65, se reproduce casi de forma literal de igual manera. Tales

Tras este repaso de la institución del año y día, relacionada con la *presura*, *presuria* o *aprisio*, en que hemos procurado traer a colación revisando diversos textos forales, puede señalarse que es aquella una forma de acceso a la posesión, que guarda atrayentes similitudes con la propiedad, en el sentido actual de este concepto. Aunque esta institución del año y día como legitimadora para defender la heredad frente a terceros, está presente a lo largo y ancho de la Península Ibérica, la misma forma parte del Derecho Común Europeo. Siendo una institución de Derecho Común, plenamente arraigada en el Derecho Consuetudinario, en la Península Ibérica del Medievo, tiene unos precisos matices que conviene destacar. Es una sociedad en estado de guerra frente a un enemigo común, caracterizado por credos religiosos distintos e incompatibles entre sí. Y es una sociedad en expansión hacia el Sur, siendo el elemento repoblador complementario de la expansión militar. No puede entenderse éste sin aquél. Desde que en 750 el Rey Astur, Alfonso I, llevó consigo al norte montañoso cuantos habitantes pudo del Valle del Duero, éste quedó como un desierto estratégico militar. Había en dicho valle muchas tierras en expectativa de ser puestas en explotación. Otro tanto sucedía en el territorio de la Corona de Aragón.

La dirección de las operaciones militares correspondía al Rey. Y bien en persona, o bien a través de sus representantes, Condes, Obispos y Abades, se fue entretejiendo un entramado poblacional. El Rey consideraba de su propiedad cuantas ciudades, villas y comarcas conquistaba. Le pertenecían por derecho de conquista, como botín de guerra. Ello contribuyó a crear la idea de un sentido patrimonial del Reino. Y se identificaba propiedad y soberanía. Además de esta actuación oficial, bajo impulso y control militar regio, existió una repoblación privada, de grupos de personas o familiares que procedían a roturar la tierra yerma y sin cultivar: era la *presura* no oficial, privada.

Ya hemos visto más atrás que, en el Derecho Romano primitivo o arcaico, los plazos de la prescripción estaban establecidos en un año para los bienes muebles y de dos años para los inmuebles, con la salvedad que Gayo establecía respecto de los bienes de herencia, a cuyos bienes inmuebles atribuía la prescripción anual. En cambio, el Derecho Visigodo endurece los plazos elevándolos a treinta o cincuenta años¹⁰²², como

ampliaciones a tres años no se observan en las redacciones anteriores. La autoridad de quien emana este mandado es el Rey Fernando II.

¹⁰²² *Liber Iudiciorum*, cit., 10, 1, 1: “*Sortes goticae et tertiae romanorum, quae infra quinquaginta annos non fuerint revocatae, nullo modo repetantur*” y la 3: “*Omnes causae, seu bonae sive malae, aut*

reseñamos. Sin embargo, en el Derecho peninsular de la Reconquista o Repoblación, hemos visto cómo el año y día aparece como un medio de hecho de ocupación de las tierras *heremas*, su cultivo directo, y sin que nadie reclame derecho alguno sobre las mismas, para adquirir la posesión de las mismas. Tal vez la posesión del año y día sea un derecho consuetudinario común a toda Europa, pero lo cierto es que las especiales circunstancias históricas que afectaban a la Península Ibérica posibilitaron su implantación mediante los textos de los Fueros y las Costumbres.

Paulo Merêa¹⁰²³ se basó en el argumento visible en toda la Europa Medieval, durante mucho tiempo, por cuanto la reivindicación mobiliaria siguió criterios distintos de los del Derecho Romano, pues las acciones para proteger los bienes muebles contra terceros, también tutelaban los bienes raíces. Así, en su opinión, el principio de Derecho Germánico *Hand muss Hand wahren* –literalmente, la mano debe a la mano ayudar– permaneció vigente durante siglos en León, Castilla y Portugal, y solamente desapareció cuando se generalizó la *reivindicatio* romana, tras la Recepción, como acción puramente civil. El referido principio germánico significa que en ciertos casos el tercero adquirente de cosa mueble no puede ser inquietado. En el Derecho visigodo, bajo cuyo imperio convivieron la comunidad goda y la hispano romana rigiéndose por leyes de Derecho Romano vulgarizado y las costumbres arraigadas en ambos pueblos, tuvo lugar una desigual forma de regir el plazo prescriptivo, muy largo para la primera comunidad y anual para la segunda.

Esta dualidad de plazos es la que sirve de base a Gama Barros¹⁰²⁴ para indicar que para la comunidad romana, este breve plazo tomó carta de naturaleza a través del derecho consuetudinario, como una manifestación del Derecho Vulgar, añadimos nosotros, coincidiendo con una costumbre germánica, a la que no debía parecer ajena la comunidad visigoda, y ello pese a los intentos legislativos godos de borrar del pueblo dicha costumbre. Sin ningún género de dudas, Gama Barros al estudiar las *Costumes* de Cima-Coa¹⁰²⁵, y las de Guarda, las interpreta de modo tal que la posesión de un predio

etiam criminales, quae infra XXX annos definitae non fuerint, vel mancipia quae in contentione posita fuerant aut sunt, ab alio tamen possessa, si definita atque exacta non fuerint, nullo modo repetantur”.

¹⁰²³ Paulo Merêa. *Os limites da reivindicação mobiliária no direito medieval (Leão, Castela, Portugal)*, en *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, Tomo I, págs. 1 y ss.

¹⁰²⁴ Henrique da Gama Barros. *Historia da Administração Pública em Portugal*, cit. Tomo VI de la 2ª edición, pág. 145. Lisboa, 1949.

¹⁰²⁵ Henrique da Gama Barros. *História da Administração Pública em Portugal*, cit. Tomo VI, págs. 138 y ss. de la 2ª edición, que dirigió T. de Sousa Soares.

durante un año, sin impugnación y no dejando de cultivarlas el poseedor, anulaba el posible ejercicio de cualquier acción reivindicatoria. Por ello, concluye el citado autor, tal hecho no justificaba simplemente la posesión, sino que estamos ante un derecho de propiedad.

Esta opinión de Gama Barros mereció la crítica de Cabral de Moncada¹⁰²⁶, quien observó que fueren cualesquiera los requisitos de la posesión de año y día, ésta no era una simple *possessio ad usucapionem*, sino que la institución del año y día se fundaba en una posesión privilegiada y que equivalía a la *sesine* francesa así como a la *rechte Gewere* alemana. La posesión anual no otorgaba la propiedad. Siguiendo un distinto camino del Derecho Romano Clásico, el Derecho Consuetudinario Medieval en la Península Ibérica sufrió las perentorias necesidades de repoblación, la incertidumbre de estar en permanente estado de guerra, así como la necesidad económica de procurar alimentos, todo lo cual se terminó por imponer en la realidad. La necesidad de convivir con esa dura realidad, no excluye en absoluto que en el seno social no coexistieran los criterios del Derecho Vulgar y determinados principios a los que se atribuía ser de origen de Derecho Germánico, integradores todos ellos del Derecho Medieval Hispánico. Según Cabral de Moncada, el hecho de que el poseedor tuviese a su favor el transcurso del año y día, le confería una seria presunción de legitimidad, la manifestación de un estado o situación de presunción de derechos legítimos, pero esta situación no era lo mismo que el derecho de propiedad, aunque ello no distaba mucho del derecho de propiedad, concluye el argumento de Cabral de Moncada.

Para Merêa, la conclusión de Cabral de Moncada no pasa de ser un mero privilegio apreciable en el mecanismo procesal. Un análisis, en opinión de Merêa, más profundo de la institución jurídica del año y día debe darse en relación con la demanda de raíz. Es concluyente el Fuero de Soria al respecto. *Todo aquel que fuere tenedor de algún heredit non responda por ella despues que año e día fuere pasado*¹⁰²⁷. De su tenor aparece claro el privilegio procesal de no responder; sin embargo, parece evidente que, en buena tesis procesal, debía acreditar la tenencia posesoria durante el año y día, antes de proceder a contestar la demanda. Para acreditar tal hecho debía acudir a los medios

¹⁰²⁶ Luis Cabral de Moncada. *A “posse de anno e dia” nas Costumes municipais portuguesas*. En *Estudos de História do Direito*, Vol. I., págs. 227 y ss. Coimbra, 1948.

¹⁰²⁷ Ruiz García, Elisa. *Fuero de Soria, Edición crítica y Glosario*. Capítulo de las cosas que se pierden o se ganan por el tiempo. Soria, 2006.

de prueba admitidos en derecho y hacerlos buenos ante el juez. Un medio eficaz para él era dar *otor*. O aportar un documento de compra. Una vez acreditada la posesión legítima, en el supuesto de no haber transcurrido el año y día, así como en otro supuesto, la tenencia durante año y día, sin una mala voz y en paz, quedaba liberado de contestar la demanda. Gozar del privilegio de no responder, amparado en la posesión de año y día, no significa que el demandado no esté obligado a hacer prueba alguna, sino que tiene que justificar por los medios de prueba que su acreditada y legítima posesión queda al abrigo de cualquier ataque. Porque, pasado el plazo del año y día, la prueba de la otorización deviene innecesaria, siendo bastante acreditar el transcurso del citado plazo. Acreditando este hecho de temporalidad, la posesión simple –*Gewere*– se convierte en posesión definitiva –*rechte Gewere*– y el poseedor adquiere una posición inatacable y ya no se puede probar que la propiedad no le pertenece, concluye el argumento de Merêa¹⁰²⁸.

En mi opinión, esta situación en que se encontraba el poseedor de año y día era una consecuencia derivada de la difuminación del concepto del derecho de propiedad y su confusión con la materialidad de los derechos posesorios, éstos como manifestación muy visible y patente de los derechos reales o de cosas. En la Edad Media la propiedad llevaba prendida en su concepción la idea de Soberanía con los derechos o facultades militares, fiscales o de justicia inherentes. Tal situación era, *mutatis mutandis*, sobre todo el salto temporal, similar a la idea de la propiedad estatal romana existente en el momento en que fue cedido el *ager publicus* otorgando sobre el mismo la *possessio*.

La especial situación política y militar de la Península Ibérica, propició que se produjera identificación entre propiedad de las tierras, objeto de conquista bélica, con la soberanía regia respecto de dichos inmuebles y territorios. Por otra parte, la capacidad operativa y dispositiva del Poder Imperial romano no tenía un parecido asimilable con la situación en que se desenvolvía el debilitado Poder regio medieval, víctima del Sistema Feudal. Éste estaba impregnado por el Derecho Feudal, sistema de relaciones personales que desencadenaba una concepción de relatividad en cuanto a la tenencia de los bienes, sobre todo inmuebles. Ello permitió que se perdiera, en la Europa Occidental, el concepto de propiedad absoluta, volviendo a la conceptualización de propiedad relativa o posesoria. Lo que se volvía a discutir no era el derecho de dominio

¹⁰²⁸ Paulo Merêa. *Sobre a posse de anno e dia no direito dos foros*, en Tomo II de sus *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, cit. págs. 163 y ss.

o posesión en sí, sino un mejor derecho sobre la cosa, siempre en el contexto de unas relaciones personales. En el Derecho Feudal inglés, por ejemplo, era superior el derecho sobre el bien de que disponía el personaje cedente, titular del dominio eminente; la posición del *tenente* del bien, era de sumisión a aquél dada la relatividad de su situación; pero su “*derecho*”, con expresada limitación personal, respecto de terceros era la de “*poseedor*” de un mejor derecho. Nada de extraño tiene que los *presores* particulares, familiares o de grupos de población obtuvieran del Rey, o de sus representantes, los documentos que confirmaran sus derechos sobre las posesiones obtenidas por la *presura* o la *aprisio*. Ya hemos tenido ocasión de ver cómo en muchos diplomas, el hecho de la *presura* cede ante documentos y testigos veraces.

El reconocimiento de sus derechos por parte del Poder obedecía a la necesidad legitimadora de la publicidad y para ello, el mejor medio legitimador era el Poder Regio. Y al mismo tiempo, el generalizado reconocimiento de este Poder regio, su sumisión al mismo, como garante de la seguridad de las posesiones reconocidas, contribuyó a crear el embrión necesario para la formación del Estado o Estados Modernos en la Península, cuyo origen puede ubicarse en la Edad Media.

Paulo Merêa estudió la posesión del año y día en los textos forales¹⁰²⁹. Parte de la base de que esta institución jurídica tuvo en la historia del Derecho Europeo una vida dilatada en el tiempo y amplia vigencia en los territorios. Pero siendo la regla general la posesión del año y día, junto con otros requisitos, el esquema de debate del proceso, mediante presentación de testigos y testimonios, existían otros plazos, uno de seis meses, más corto, como ya hemos visto, y otros más largos, de dos años, tres años o incluso, de seis años¹⁰³⁰, como ya hemos expuesto al hablar del Fuero de Salamanca, aunque con las precisiones que allí hacíamos al respecto. No es necesario dar *otor* por el demandado en el supuesto de probar la posesión del año y día, ya que no estamos ante un caso de propiedad derivativa, al ser desconocido quién pudiera ser el dueño anterior. Y lo puede suplir mediante el juramento o la *firma*. La aplicación directa de la posesión del año y día, quedaba en suspenso en los casos de existencia de derechos de menores o de ausentes, pues las personas que estaban en tales situaciones de indefensión eran objeto de especial protección.

¹⁰²⁹ Paulo Merêa. *Sobre a posse de anno e dia no direito dos foros*. En *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, Tomo II, págs. 163 y ss. Coimbra, 1953.

¹⁰³⁰ Paulo Merêa. *Sobre a posse de anno e dia*, cit. pág. 176, en nota 30.

En el Derecho Romano también se prestaba una protección a la posesión prolongada. El Derecho Romano Clásico conocía a la perfección la diferencia entre propiedad y posesión¹⁰³¹, mientras que en el Derecho Vulgar quedan sus contornos difuminados e imprecisos. En el Derecho honorario, una posesión incompleta quedaba sanada, convirtiéndola en propiedad, mediante la ficción de la *actio Publiciana*. Se defendía el derecho posesorio mediante los interdictos, en tanto no pudiera ser propietario conforme al *ius civile*. El Derecho Germánico y el Derecho Medieval Hispánico siguen este modelo; la base es que una posesión o *Gewere*, con el añadido de los demás requisitos, se presumía que el titular de la posesión, el tenedor de un bien, era propietario. O se presumía que una posesión provisional pasaba a ser definitiva e inatacable. Cuando en los Fueros se dice “*sin mala voz*” respecto de esa posesión provisional, quiere decir tanto como que esa mala voz, esa denuncia efectuada, servía para interrumpir la prescripción del año.

Las analogías entre la *possessio* romana y la *Gewere* germánica vienen dadas porque ambos conceptos tenían la apariencia de ser la manifestación externa de los derechos reales, es decir, de un derecho que como tal existía al amparo de la visibilidad publicitada. Ernst Levy¹⁰³² apostilla que el derecho a poseer, que ordinariamente subyace tanto en la *possessio* como en la *Gewere*, no necesariamente es coincidente con el derecho de propiedad. El olvido de los elaborados conceptos jurídicos de la *Jurisprudencia* del Derecho Romano Clásico, y prestar atención a lo que entra por los sentidos, es una prueba de que estamos ante una forma de ver los hechos jurídicos vistos desde los ojos propios del Derecho Vulgar.

En cuanto al origen de esta institución del año y día, se ha teorizado sobre su necesario origen franco. Se han basado los estudiosos sobre estas cuestiones en el hecho de que el primer texto que lo recoge expresamente es el Fuero de Jaca –1062- con vinculaciones con el derecho consuetudinario sobre la materia allende los Pirineos. La villa jacetana obtuvo privilegio de ciudad concedido por Sancho Ramírez¹⁰³³. Fueros que confirmó en 1187 Alfonso II afirmando que de muchos territorios venían a Jaca a llevarlos a sus lugares refiriéndose a los fueros, entre cuyos privilegios destaca el poder

¹⁰³¹ D. 41, 2, 12, 1: “*Nihil commune habet proprietas cum possessione; et ideo non denegatur ei interdictum Uti possidetis, qui coepit rem vindicare; non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit*”.

¹⁰³² Ernst Levy. *Derecho Romano Vulgar de Occidente*, cit. pág. 93.

¹⁰³³ Gibert y Sánchez de la Vega, Rafael. *Historia General del Derecho español*, cit. pág. 76.

disponer de los bienes propios, tenga o no hijos y faltando éstos y sin voz del testador pasaba a los parientes más próximos. Los pobres del lugar heredaban faltando los anteriores. La expansión del Fuero de Jaca sirvió de base al derecho territorial aragonés. El denominado Código de Huesca, 1247, bajo el impulso de Jaime I, introdujo principios del Derecho Canónico, del Derecho Romano y del Derecho Visigodo, adaptando la posesión franca del año y día a la prescripción romana¹⁰³⁴. Esta institución del año y día tuvo su aparición en los Fueros de Logroño, de indudable influencia franca a través del Camino Francés. No hay que olvidar el hecho histórico de que el reino visigodo estuvo mucho tiempo instalado al norte de los Pirineos. Por otra parte ya hemos indicado que esta institución del año y día tenía una amplia implantación consuetudinaria europea, matizada en los derechos de algunas regiones o países, como Sajonia, Frisia y Suiza, pues al concebirse “*el día*” como un día judicial llegó a ser ampliado hasta seis semanas¹⁰³⁵. De todos modos, tampoco puede descartarse que el año y día pueda tener sus raíces conceptuales e implantación a través del Derecho Romano Vulgar, o que en todo caso, la sociedad de Hispania lo recibiera sin mayores problemas, por la influencia del derecho consuetudinario visigodo, e impulsada su recepción por la especial situación política, social y militar en que aquélla se desenvolvía. Elementos bélicos y económicos, tales como la necesidad de poner en explotación las tierras por la necesidad de obtener alimentos, con el natural y necesario plazo del año agrícola, confluyeron e impulsaron tanto la Repoblación como la Reconquista, es decir, el impulso de ocupación poblacional y el militar.

La institución del año y día como instrumento de indudable influencia en el ámbito del Derecho fue comúnmente observado en el Derecho de la Península Ibérica. Y también en el Derecho franco germánico. No solo en lo relativo a la posesión y dominio de los bienes. También afectaba a la condición civil de las personas. El hecho de estar conviviendo en una ciudad durante ese plazo de tiempo, sin rechazo alguno, le ubicaba en el derecho local de esa ciudad. El hecho de estar usando y laborando una tierra durante ese plazo, le investía de un derecho a la misma, al menos de índole procesal cual es el derecho a no acudir al *placitum* o tribunal judicial a responder ante cualquier reclamación sobre ese bien. En el fondo equivalía a un reconocimiento de derecho

¹⁰³⁴ Gibert y Sánchez de la Vega, Rafael. *Historia General del Derecho español*, cit. pág. 79.

¹⁰³⁵ Heinrich Brunner y Claudius von Schwerin. *Historia del Derecho Germánico*, cit. pág. 200, nota 1. Editorial Labor. Madrid, 1936.

consolidado por el transcurso del tiempo, equivalente a admitir la excepción de falta de legitimación pasiva en la *litis*. No obstante la indefinición del hecho de considerar la institución del año y día como origen de un derecho de propiedad, con carácter de absoluta, oponible *erga omnes*, o como un derecho para el inicio u origen de una situación posesoria privilegiada, fundada en el hecho de la ocupación de tierra *herema* y ponerla en explotación, favoreciendo el proceso repoblador, y defendida legalmente por el Poder a través del sistema foral, hecho de ocupación que confería la facultad a su transmisibilidad hereditaria, origen del nombre *hereditas*, y que con el paso del tiempo consolidaba un derecho familiar permanente, es un hecho evidente que la *presura* o *aprisio*, en el inicial momento de la toma de posesión, está íntimamente ligada al instituto del año y día.

De todos modos, es conveniente llevar a cabo una serie de precisiones sobre ello. Así, sería necesario distinguir los aspectos sustantivos de los meramente procesales. Entre aquéllos, parece evidente que la *presura* puede encuadrarse en el equivalente romano de la *occupatio*, como título para la atribución de una propiedad. Si la *presura* es confirmada por acto de reconocimiento a este fin por el Rey o su delegado, parece no existir duda de que estamos ante un caso de derecho de propiedad, derecho que era frecuente ser recogido en un documento escrito, en un diploma con intervención regia. En cuanto a los supuestos procesales, en el caso de verse sometido a un *placitum*, al dueño le cabe la prueba documental mediante su exhibición y así como reconocimiento público de la publicidad, acreditada a través de testigos idóneos. En el supuesto de ser alegada *presura* mediante juramento previo, juramento de *manquadra*, la *presura* aducida como título, cede ante un documento veraz dictaminado por expertos. La denominada *manquadra* o juramento de *manquadra*, según Merêa que se remite al Fuero de Cuenca¹⁰³⁶, consistía en que estando las partes en presencia del Juez y de los alcaldes, quien reclamaba debía prestar tal juramento sobre la cruz, lo que equivalía a avalar la veracidad y carácter justo de su demanda rechazando cualquier tipo de malquerencia o malicia. Por otra lado, en el Fuero de Plasencia¹⁰³⁷, también refiere idéntico contenido de la *manquadra* a la que denomina “*fazer sacramento de calonna*”. De esta *manquadra* se deduce un sentido de juramento impregnado de acto religioso

¹⁰³⁶ Paulo Merêa. *O enigma da manquadra*, en *Historia e Direito*. Tomo I, págs. 163 y ss. Universidad de Coimbra. Coimbra, 1967.

¹⁰³⁷ Majada Neila, Jesús. *Fuero de Plasencia*, cit. art. 323, pág. 77.

que, en principio garantizaba que la reclamación estaba amparada por ser justa y veraz. La ausencia de este juramento liberaba al demandado de la obligación de responder. En la tramitación de los litigios, la prueba de testigos tenía una considerable influencia. Los Fueros referenciados dan una explicación de qué garantías debían rodearla para reforzar con convencimiento su fiabilidad. El juramento muchas veces era apoyado por los *cojuradores*, medios probatorios que ocupaban un lugar principal. Y preceptiva era la presencia, activa, de los testigos en los documentos de transferencia de propiedades o posesiones, así como en los testamentos, como requisito de validez. Ello consta acreditado sobradamente en documentos archivados en las iglesias y cenobios.

En la Península Ibérica, en la época de la Reconquista, en el derecho procedimental, toman fuerza algunos criterios de derecho germánico como son el citado juramento de *manquadra*, o el juramento emitido, equivalente a una prueba personal decisoria, que se contiene en el Fuero legionense. Aquí tres hombres buenos, de reconocido linaje, tras comprobación, juran en derecho¹⁰³⁸.

Primacía tiene en el Derecho Medieval Hispánico, el principio de la paz y la seguridad jurídica relativa a la posesión de los inmuebles. Es la reafirmación del poder regio. La sanción o pecho a quien reclama una heredad a un tenedor y pierde la *litis* es de sesenta *sueldos*. Es la clara contundencia del *bann* real¹⁰³⁹. Se trata por consiguiente, no de una sanción subsiguiente a un principio acusatorio¹⁰⁴⁰, como afirma Jerónimo González, sino de un juicio declarativo posesorio. Quien no puede probar propiedad o un mejor derecho que el tenedor a poseer, no tiene acceso al inmueble y el tenedor puede proseguir en su posesión. No es, como dice la ley, que si no la puede hacer suya, deba perder la heredad, pues lo cierto es que no acredita en juicio tener derecho. Si carece de derecho probado, no puede perder la heredad que nunca antes tuvo.

Tal vez por la secular pervivencia del Derecho Romano Vulgar, arraigada como sustrato jurídico en el mundo medieval peninsular, pueda explicarse la aceptación generalizada del plazo del año para consolidar algún tipo de derecho sobre la tierra

¹⁰³⁸ *Fuero de León*, 12: “...per bonos homines ex progenie iniquitate, habitantes in ipsa mandatione, confirmet iureiurando...quod si iuratum fuerit...”.

¹⁰³⁹ Jordán de Asso, Ignacio y De Manuel Rodríguez, Miguel. *El Fuero Viejo de Castilla*, con notas históricas y legales. Madrid, 1771. Libro II, Título I, Ley X: “Si un ome demanda a otro eredat de que es el otro tenedor, e dis que la faga sua, ansi como el fuero mandare, e non la puede facer sua, debe perder la eredat, e pechar sesenta sueldos”.

¹⁰⁴⁰ González y Martínez, Jerónimo. *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, Tomo I. Pág. 93. Cívitas. Navarra, 2009.

ocupada y laborada. En cualquier caso, es lo cierto que en el sistema foral hispánico enraizó con fuerza la institución del año y día para crear y consolidar derechos. La mayoría de las veces, en los Fueros se recoge como norma escrita lo que era una norma consuetudinaria. Al expresarlas por escrito el Rey o, por delegación suya, los Condes, no establecen más que el reconocimiento de un derecho observado. El texto foral consolida lo que existe y se practica como norma consuetudinaria. La fecha del Fuero de Jaca, 1062, el más antiguo que se conoce y la acoge expresamente, significa que con desconocida antigüedad a tal fecha, ya era comúnmente observado. Respetado y hecho respetar por el Poder. Lo que es discutible es el alcance otorgado al derecho de no acudir a responder en el *placitum* ante una reclamación y los efectos de no responder. Desde luego que el poseedor, amparado por el plazo del año y día en situación de uso y tenencia, tenía el privilegio de no soportar la carga de la prueba, pues la cosa reclamada estaba en su mano. Pero el hecho de no tener que probar el *status* posesorio, hecho que era en principio evidente, creo que no le liberaba de tener la oportunidad de defensa, al menos mediante el juramento de *manquadra*, con poder liberatorio y exculpatorio, o el testimonio de testigos de su *collatio* o parroquia sobre el hecho de haberla comprado y pagado el precio, si bien la exhibición de los medios probatorios justificativos de su derecho sobre la cosa, podría en su caso limitarse al supuesto de que desde el tiempo de tal adquisición derivativa del bien aún no hubiera transcurrido el año y día. Pero transcurrido el plazo del año y día desde que entró en posesión, sin una mala voz, estaba liberado de probar el hecho adquisitivo y le era suficiente con hacer prueba, en todo caso, para justificar su situación posesoria durante un año y un día.

El instituto germánico medieval del año y día guardaba gran similitud con el plazo del año que en el Derecho Romano existía para la defensa de la posesión a través de los interdictos. Así, el año y día quedó circunscrito a las cuestiones posesorias, a manera de la defensa interdictal.

Lo que en una demanda sobre una cosa inmueble se ventilaba era el derecho de propiedad, el *iure hereditario*, el ser un bien *proprio*, el pertenecer a los bienes de *abolengo*, el hecho de proceder de una *aprisio* o *presura*. Se trataba de una *litis* en la cual se exhibían documentos probatorios de derechos, diplomas archivados sobre los que se tenía que llevar a cabo una prueba de su veracidad para demostrar que no se estaba ante una falsificación. Los testigos que se consignaban en el documento mediante

su firma, constituían otro medio de prueba para advenir la autenticidad del diploma o testamento. Todos los elementos probatorios se practicaban ante jueces y alcaldes. Muchas veces era el propio Rey, ya en su Curia, ya desplazado al lugar de los hechos debatidos, acompañado de sus hombres, quien impartía la justicia. Las normas sobre las que el proceso se desarrollaba giraban entorno a lo dispuesto en el *Liber Iudiciorum*. Hay innumerables referencias a la *Lex Gotorum*. Cuando se ventilaban aspectos sobre delimitación de los linderos o hitos o mojones delimitadores de los fundos, los jueces se desplazaban al lugar para comprobar los hechos y sus pruebas.

En la materia de litigios sobre la propiedad de las cosas muebles, en el Derecho Hispánico Medieval, las demandas en reclamación de la propiedad mobiliaria contenían determinadas variantes, según hubiera existido robo o hurto o una pérdida involuntaria de la cosa, en cuyos supuestos el propietario podía dirigir sus pretensiones recuperatorias de lo suyo contra cualquiera que tuviera el bien. Podía perseguir el rastro de lo robado, escudriñar en casa ajena persiguiendo al ladrón y buscando la cosa. Toda una variada suerte de posibilidades procesales que se complicaban cuando la cosa se hubiera comprado de un tercero en el mercado semanal o en la feria anual, de tercero conocido o desconocido, nueva realidad económica surgida al irrumper la actividad mercantil en el mundo medieval. Es la presencia del *otor* traído al juicio como transmisor cedente del bien y a quien se responsabilizaba de los resultados del juicio. En el Derecho Medieval era muy peligroso vender cosa alguna por la inseguridad que conllevaba el verse involucrado en responsabilidades. La *litis* de propiedad sobre cosa mueble desarrolló un proceso específico al tratar de la demanda de haber mueble.

IV.- Un nuevo rumbo: la Recepción del Derecho Romano.

La sociedad feudal europea, donde puede ser plenamente enmarcada la hispana, estaban encerradas en torno a un derecho costumbrista y, en nuestro caso, estas costumbres se recogen en los fueros locales cuya eficacia y vigencia suele extenderse a su alfoz o próximos núcleos de influencia.

Esta sociedad medieval, que vivía anclada en la costumbre, había sufrido la sacudida de la irrupción del comercio, y en mayor grado cuando a comienzos del siglo XII, en la ciudad de Bolonia un acontecimiento la obligó a despertar del letargo jurídico y remueven sus cimientos lo que se conocerá como el Renacimiento a la vida europea del

Derecho Romano¹⁰⁴¹, es decir, su Recepción. Se basaba esta convicción en una leyenda, según la cual el Digesto fue descubierto por casualidad, en 1135, durante el saqueo de Amalfi, y después fue llevado a Pisa. Se atribuía a una ley de Lotario II, emperador germánico, que dio a los textos justinianos fuerza vinculante ante los Tribunales. Recientemente se ha puesto en duda el momento del arranque del interés por el estudio del Derecho recogido en las compilaciones justinianas. Y así, el profesor Mário Júlio de Almeida Costa¹⁰⁴² señala que, con anterioridad al siglo XII, era conocido el Digesto. Por ello no es el Renacimiento jurídico un fruto de la casualidad, sino que hay que examinar una serie de causas interrelacionadas. Así, antes de surgir la Escuela de Bolonia, se tiene noticia de la existencia de centros de estudio en Pavía y Rávena. Paralelamente a ello, se atribuye a Ivo, Obispo de Chartres, la autoría de colecciones de Derecho Canónico.

Con reiteración, se ha dado escasa importancia al Derecho Canónico en la formación de un cambio de mentalidad jurídica europea. Es lo cierto que muchos principios de este Derecho, son tomados del Derecho Romano de Justiniano. Respecto de la europeidad de este Derecho no se puede ignorar la influencia religiosa, ideológica y cultural de la Iglesia, que forman un elaborado Derecho, un referente imprescindible, que tiende a la uniformidad del elemento humano frente a la aparente multiformidad de los nacientes Estados. El Derecho Canónico queda uniformado por el Decreto de Graciano¹⁰⁴³, que hacia 1140 es redactado por Juan Graciano en su convento de Bolonia. Ya hemos hecho referencia tanto a la influencia de este *Decretum* como a las *Decretales* de Gregorio IX. El Derecho Canónico, que hace suyas ambas obras, y otras más, estuvo en permanente vigencia para la Iglesia Universal hasta pasadas casi dos décadas del siglo XX. La influencia de este Derecho viene dada por razón de su especialidad concreta en cuanto se relaciona con los derechos de la Iglesia y los poderes y funciones de la jerarquía eclesiástica, así como lo referente a la protección de sus bienes, derechos y privilegios. Pero la mayor importancia jurídica, origen de su consolidación, vino dada por aceptar de lleno el sistema y conceptos del Derecho Romano. Dada su implantación

¹⁰⁴¹ Marcello Caetano. *História do Direito Português. (sécs. XII-XVI)*. Págs. 333 y ss. Verbo. Lisboa, 2000.

¹⁰⁴² Mário Júlio de Almeida Costa. *História do Direito Português*. Págs. 207 y ss. Almedina. Coimbra, 2008.

¹⁰⁴³ García-Gallo y de Diego, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho Español*, Tomo I, págs. 388 y ss. Madrid, 1977.

en el mundo cristiano europeo, este Derecho de la Iglesia influyó, junto con la consolidación del Derecho Romano justiniano, en la uniformación y creación de un Derecho Común, un *ius commune* europeo. Contribuyó a ello el elemento personal de los clérigos, muchos de ellos conocedores de ambos Derechos, que les constituía en personas imprescindibles para los cargos que la nueva organización administrativa y la implantación de la Justicia regia en los nuevos Estados, cuya evolución constitutiva de formación, el necesario aparato estatal estaba exigiendo.

El *ius commune* se engarza en la Historia a caballo entre la Edad Media y la Moderna. No es fácil para el pensamiento jurídico, prendido en las entrañas de la sociedad, cabalgar al unísono con el desenvolvimiento de los procesos históricos. El resultado de una guerra o un asombroso descubrimiento puede llegar a producir convulsiones históricas, delimitando lo que convencionalmente son conocidas como Edades Históricas. En cambio, el Derecho navega por rumbos distintos. La sociedad necesita de otros engranajes para admitir en su seno los cambios jurídicos. Incluso los deseos del Rey, muchas veces teñidos de la desmedida ambición de engrandecer su Poder, no son aceptados de buen grado por los súbditos, al no ser entendido el contenido del significado de las modificaciones jurídicas pretendidas para enlazar con tiempos nuevos. Son las ideas las que remodelan el sentimiento social en tan delicada materia. La pugna entre el respeto a la rutina de la costumbre y la implantación social de nuevos sistemas jurídicos, de las novedosas concepciones adecuadas a la evolución de las necesidades económicas y políticas, a los nuevos tiempos sociales, necesita de las formulaciones culturales e ideológicas. Y éstas, producto de la inteligencia de unas minorías, normalmente no surgen como fruto espontáneo de la actividad intelectual de las gentes de los pueblos, de la masa común; tampoco suelen nacer del pensamiento de las clases dirigentes, más proclives a defender sus irrenunciables privilegios y prebendas, sus irrefrenables ambiciones de mando, dinero y poder.

El nuevo orden jurídico, que llegará a sustituir el Régimen Feudal como condición indispensable para establecer las bases de la organización del Estado Moderno, es consustancial con un Renacimiento jurídico, fundamentado en el soporte del Derecho Romano Justiniano y del Derecho Canónico. La Recepción de este Derecho creará en toda la Europa Occidental un pensamiento común del Derecho, común a todos los Reinos, por fundarse en raíces comunes, una idéntica manera de enfocar las soluciones a

las cuestiones jurídicas. Será conocido como *ius commune*. Y esta comunidad jurídica cultural se enfrenta con la visión de un hecho derivado de la implantación de los nuevos reinos instalados en el occidente del continente europeo. Cada reino dispone de sus *iura propria*, sus derechos específicos, de los que destaca el sistema foral. El *ius commune* engarzaba con aquél desde la racionalidad como un instrumento interpretativo y con una funcionalidad supletoria, para colmar las lagunas que su carácter fragmentario y localista ofrecía¹⁰⁴⁴.

En el crucial momento en que trabajosamente se recibe el Derecho Romano, modelador de un mundo jurídico renovador, en el fondo lo que se produce es la sustitución del orden político feudal. Y el concepto de propiedad aparece como la piedra angular de tal renovador proceso histórico. Si en el mundo feudal la propiedad está teñida de los aspectos de la Soberanía, comprendiendo funciones y aspectos adheridos al mismo, la realidad demostraba desgloses del ejercicio de multiplicidad de derechos sobre los bienes en virtud de sus funcionalidades o utilidades. La catalogación que el Derecho Romano ofrecía sobre el contenido de la *proprietates* en *frui, uti, etc.*, fue aprovechada por la actividad adaptativa de los glosadores para encajarlo en la realidad social imperante en el Medioevo. La propiedad como derecho –Derecho Romano- y la multiplicidad de derechos confluyentes sobre una cosa¹⁰⁴⁵ -Derecho Feudal-. Esta armonización teórica sobre la propiedad, como señala José Luis de los Mozos, se construye no pensando en el punto de vista del titular del derecho, como hiciera el jurista romano, para quien no hay más que un solo *dominium*, el suyo, que es el núcleo o la *substantia*, el dominio directo o eminente, sino desde el punto de vista que ofrecen los múltiples y variados aspectos de una funcionalidad evidenciada en los aprovechamientos, es decir, conforme los criterios de la *utilitas*¹⁰⁴⁶. Pero, como veremos más adelante, los caminos por los que circulan las ideas encuentran obstáculos que retardan su comprensión y, lo que es más necesario, su general aceptación social.

Bajo el amparo ideológico de la Iglesia, el poder regio se va consolidando en los nacientes Estados. Así, en concreto, en la Península Ibérica se tiene el precedente histórico del Estado Visigodo, en cuyo seno los Concilios significan la presencia

¹⁰⁴⁴ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Notas sobre la Propiedad y las Cosas en el Derecho Español de la Recepción*. En *Propiedad e Historia del Derecho*, págs. 15-16. Madrid, 2005.

¹⁰⁴⁵ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Notas sobre la Propiedad...*, cit.

¹⁰⁴⁶ De los Mozos de los Mozos, José Luis. *El Derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, pág. 21. EDERSA. Madrid, 1993.

preeminente del Rey, que principia el Acto con la lectura del Tomo Regio, algo así como un programa de Estado, a desarrollar por el Rey. La Iglesia avala socialmente al Estado y al Poder Regio, determinando a veces decisivamente, incluso, la forma sucesoria de la institución monárquica. No es un Estado teocrático, pero no puede prescindirse de señalar la influencia de la Iglesia.

El Poder regio está debilitado por la realidad social atenazada por el Régimen Feudal. Así, una capitular de Carlomagno, de 813, prohibió que cualquier persona abandonase a su señor. De conformidad al Derecho Feudal las relaciones personales, contractualmente vinculantes, constituían un *status*. Quien viviera al margen de ellas, carecía de *status*. Los sucesores carolingios fueron más lejos aún, al imponer la obligación de un hombre libre de elegir un señor, como en 865 exigiera su nieto Carlos el Calvo. Señala Roland Mousnier¹⁰⁴⁷ que fue el mismo Rey quien destruyó el Estado. Sin embargo, el citado Rey franco no pudo destruir lo que aún no existía, al ser el Estado Moderno una construcción política muy posterior. Lo que apareció con tales recomendaciones regias es el Estado Feudal. El Rey es titular de una realeza *suzeraine*¹⁰⁴⁸, en tanto que señor feudal él mismo. La sociedad medieval está parcelada en los derechos localistas, y enredada por las relaciones feudales y señoriales, en el que la tierra, como medio de subsistencia, su dominio, juega un papel elemental. El poder, ejercido por los titulares de los feudos y señoríos, se encuentra repartido territorialmente.

Pues bien, desde los albores de la creación del *Ius Commune*, bajo el impulso doctrinal del Derecho Romano Justiniano y del Derecho Canónico, proceso de lento pero imparable influjo en la sociedad, Renacimiento Jurídico que tiene sus raíces desde principios el siglo XII, hasta que se dejen sentadas las bases en las sociedades europeas que servirán para la configuración del Estado Moderno, en torno a 1500, pasan unos tres siglos.

En términos históricos, aparece en toda Europa la idea difusa del Estado como tarea que se va lentamente consolidando como responsabilidad regia¹⁰⁴⁹. El Derecho, como soporte para la organización del Poder en el Estado Moderno, basado en la soberanía

¹⁰⁴⁷ Roland Mousnier. *La monarquía Absoluta en Europa del siglo V a nuestros días*, cit. pág. 25. Taurus. Madrid, 1986.

¹⁰⁴⁸ Sylvain Soleil. *Introduction historique aux institutions, IV-XVIII siècle*. Págs. 106 y ss. Flammarion. Paris, 2005.

¹⁰⁴⁹ Iglesia Ferreirós, Aquilino. *La creación del Derecho. Manual, II. Una historia de la formación de un derecho estatal español*. Págs. 237 y ss. Marcial Pons. Madrid, 1996.

estatal, se impregna del carácter de la fuente que lo crea. Es un Derecho de origen regio. Ello precisa de una transformación del carácter del Rey, para dejar de ser un Rey *suzerain* –Feudal- y convertirse en un Rey soberano –Moderno-. Es una ardua tarea que conducirá a la creación del Estado Moderno. Primordial es la labor de romper los lazos feudales y recuperar el pleno ejercicio del Poder, en todos sus ámbitos. Y al lado de ello, uniformar el Derecho en el territorio de su Soberanía. Ya disponía el poder regio del precedente del derecho territorial construido sobre la realidad de los *usus terrae*. Este derecho territorial, disperso en un derecho que recogía las costumbres observadas en el seno de las sociedades rurales y en las pujantes ciudades, recogido en el sistema foral, carecía de encaje por su fragmentación y carencia de sistema, en las nacientes necesidades del nuevo Poder Político, para su consolidación.

El descubrimiento y estudio del Derecho Romano, en un principio, fue visto con recelo por los nacientes entes políticos europeos. Identificaban Derecho Romano con reforzamiento del Poder del Imperio, que podía suponer una grave amenaza para el renovador Poder político de las nuevas realezas territorializadas. Pero en definitiva ni el Imperio Germánico ni la Iglesia pudieron establecer la idea de una forma alternativa para la reorganización del Poder en el marco de una nueva sociedad. El Emperador no era otra cosa que un Rey en su reino y la Iglesia se centró en regular sus funciones en un plano espiritual, no terrenal. La evolución de los distintos nuevos reinos europeos tuvo ante sí la realidad estudiada en Bolonia donde Irnerio, la “*lucerna iuris*”, que formó una escuela de seguidores, y en la medida que el estudio y conocimiento que el nuevo Derecho atraía a los estudiosos, Bolonia se transformó en Universidad y se expandió por toda Europa la atracción de la ciencia jurídica. Ésta era basada en la Glosa, vista ya como método científico interpretativo de la legislación justiniana, ya como género literario. Glosas interlineales, glosas marginales. Eran anotaciones que pretendieron ser una exposición sistemática. Usaron además otros métodos técnicos: son las *regula iuris* o *brocardos*, que resumían frases contundentes en alguna de las cuales tomarán cuerpo los principios generales del Derecho. *Casos*, *dissensiones dominorum*, las *quaestiones*, las *distinciones*, las *summae*, eran distintas maneras de abordar el conocimiento, comprensión, sistematización e incluso el método de enseñar a los estudiantes sobre todo el conocimiento que se contenía en el Digesto. Con su labor, los Glosadores intentaron elaborar una doctrina conjuntada.

La difusión de los trabajos de los Glosadores en el ámbito europeo se expandió a través de las Universidades. Derecho canónico o Derecho Romano, éste conforme el método usado en la Escuela Italiana. Ambos eran ramas del saber, objeto de la atención docente. Así como los estudiosos del Derecho Romano lo consideraban como la *razón escrita*, el Derecho Canónico impulsó también la difusión y el conocimiento del Derecho de Justiniano pues los canonistas conocían las obras de los romanistas. Según Almeida Costa¹⁰⁵⁰, en Cataluña, como territorio más próximo a Europa, el Derecho Romano penetró a finales del siglo XII, dato que viene confirmado por la autoridad de Brocà¹⁰⁵¹. Sería en la centuria siguiente cuando el movimiento romanístico se difundió por el resto de la Península Ibérica.

Sin embargo, al lado de las ideas e ideales contenidos en el Derecho Sabio, el panorama normativo en la Península Ibérica aparecía como un mosaico dominado por los localismos y por los diversos privilegios. Así se ven los fueros de la nobleza, los textos forales de cada Concejo, las costumbres de cada territorio señorial, las prerrogativas del clero, los estatutos de cada Universidad, e incluso el derecho de los mercaderes. Esta fragmentación por razones de grupos de personas consagrando sus peculiaridades privilegiadas no impidieron que se conformara como un Derecho Común a toda Europa. A ello contribuyó la configuración del *Ius Canonicum* donde se recoge la legislación práctica de los Pontífices, basada en la doctrina evangélica y la emanada de los Santos Padres. Es un derecho común a toda la Cristiandad. A su lado, surge con fuerza la expansiva noticia de un Derecho elaborado, basado en la razón y en la naturaleza humana y en la experiencia universal, como es el Derecho Romano de Justiniano. Los comentarios de la Glosa son usados por los estudiosos de ambas ramas jurídicas y no tardan en aparecer doctores en ambos derechos, *in utroque iure*. El Derecho Romano se convierte de igual manera en el fundamento, el faro que ilumina ese *Ius Commune*, para toda Europa.

El entierro del mundo europeo basado en el Régimen Feudal solamente pudo tener lugar cuando los nuevos soberanos conectaron las ideas de defender la paz, protegiendo a sus súbditos ante desaforados ataques de los señores nobles, y proteger la propiedad segura de los bienes como condiciones necesarias. La *pax publica*, como dice Helmut Coing, impulsó por todas partes la puesta en práctica de medidas contra los ataques a las

¹⁰⁵⁰ Mário Júlio de Almeida Costa. *História do Direito Português*, cit. págs. 218 y ss.

¹⁰⁵¹ Brocà i Montagut, Guillermo M^a. *Historia del Derecho de Cataluña*, cit. pág. 201.

cosas, a su posesión¹⁰⁵². El mérito del Derecho Canónico consistió en acometer con decisión estas cuestiones. Se trataba de dar duración y sostenibilidad jurídica a las situaciones posesorias, básicamente las relativas a los beneficios eclesiales, a la actuación de la justicia y al uso permanente de la tierra y bienes. Estas iniciativas del Derecho Canónico, junto con la doctrina jurídica contenida en el Derecho Romano son los *usus modernus* que fundamentaron el *Ius Commune*. Tales ideas de protección a la posesión ya estaban albergadas en el Digesto. El pretor dio acción dentro del plazo de un año para recuperar el lugar y las cosas despojadas por la fuerza. Era el interdicto que auxiliaba en justicia a quien fue lanzado por la fuerza para recobrar la posesión¹⁰⁵³. El pretor auxilia al poseedor y solo a él, cuando fue expulsado de su posesión por la fuerza.

Los pueblos europeos ubicados en el desaparecido territorio del Imperio Occidental romano, disponían del sustrato básico del Derecho Romano Vulgar que pervivió a duras penas ante el asfixiante Derecho Feudal o señorial. De ahí que, cuando se derrumbó el sistema feudal, cuando los bienes recibidos en *beneficium* se vieron debilitados de la dependencia personal del señor y la posesión de esas tierras adquirió la categoría de bienes en propiedad, cuando el dominio útil fue elevado al rango de dominio directo o eminente, estas novedades convulsionaron el sistema.

La complicada labor de los juristas estudiosos de los Derechos Romano y Canónico fue aperturando en las conciencias los designios futuros que debía recaer en las manos de los Monarcas. Este Derecho Común o *ius commune* europeo será aprovechado por los Monarcas en una doble línea. En la primera destacan los *legistas* o *Sabidores* del Derecho, que se convertirán en funcionarios al servicio del Rey. Y en un segundo plano, pues los Monarcas, superado el recelo del *Ius Commune* como un posible derecho vinculado a la idea del Imperio Germánico, con la ampliación del crimen de lesa majestad, aplicable no solo al Emperador, sino también a los reyes, no pierden esta ocasión de reforzar, mediante el contenido ideológico y cultural contenido en el Derecho Romano y expandido por la comunidad religiosa de la Iglesia Universal a través del Derecho Canónico, ambos elementos fueron de utilidad a los nuevos poderes

¹⁰⁵² Helmut Coing, *Derecho Privado Europeo I*, cit. pág. 353.

¹⁰⁵³ D. 43, 16, 1: “Praetor ait: “UNDE TU ILLUM VI DEICISTE, AUT FAMILIA TUA DEIECIT, DE EO, QUAEQUE ILLE TUNC IBI HABUIT, TANTUMMODO INTRA ANNUM, POST ANNUM DE EO, QUOD AD EUM, QUI VI DEIECIT, PERVENERIT, IUDICIUM DABO”. Y en D. 43, 16, 1, 23: “Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc, quum deiiceretur, possideat; nec alius deiici visus est, quam qui possidet”.

encarnados en los Reyes para afianzar el desarrollo de su Poder. Puede afirmarse que no hay Estado sin la existencia implantada de su Derecho.

La situación de la legislación en los reinos cristianos peninsulares hispánicos no podía ser más caótica. Cada ciudad tiene su propio Fuero, si bien es cierto que el contenido de muchos de ellos coincidía en todo o en buena parte. Y además, los Fueros diversos tienen inspiraciones distintas. Así, señala Alfonso García Gallo¹⁰⁵⁴, el sistema visigodo predomina en el reino de León, en Toledo, Córdoba, Sevilla y parte de Murcia. Tiene su instrumento de referencia legislativa en el *Liber Iudiciorum*.

Para superar este caótico estado legislativo, el Poder regio impulsó reducir la multiplicidad de fueros, que en el fondo supone aceptar la imposición de privilegios tanto de índole local, como de las clases dirigentes que tienen función de intermediación entre el poder regio y el pueblo común, con la reserva para aquéllos de las funciones jurisdiccionales de justicia y fiscales; simplificación jurídica y, además, la toma de conciencia por parte de la realeza de que a la Corona pertenece la Soberanía, es decir, el ejercicio supremo de sus funciones, basadas en dirigir la actividad militar reconquistando unas tierras las cuales, por derecho de conquista, le pertenecen; en la administración de la Justicia, recuperando las facultades históricamente delegadas en nobles y señores; y en la ordenación de la economía, como base de la actividad comercial, y el control fiscal a través de un sistema de impuestos. El concepto de la Soberanía Regia es la confusión de ejercicio del Poder con la idea de un derecho patrimonial sobre el territorio conquistado en operaciones bélicas. Y al mismo tiempo que el Rey, en la Península Ibérica, adorna sus títulos añadiendo la enumeración de reinos y ciudades donde domina, asumiendo la pluralidad y extensión de sus dominios, a mayor gloria de su Poder. Entre sus colaboradores relacionados con la legislación y la justicia, va penetrando la grandeza del conocimiento del Derecho Romano.

La lucha contra la caótica situación legislativa del derecho castellano había impulsado a Alfonso VIII a expandir la aplicación territorial del Fuero de Cuenca¹⁰⁵⁵ en lugares sitos al sur y en la extensión geográfica de la Extremadura leonesa. No obstante este precedente, que pone de manifiesto la preocupación regia por resolver el problema

¹⁰⁵⁴ García-Gallo y de Diego, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho Español*, cit. tomo I, págs. 392 y ss.

¹⁰⁵⁵ García-Gallo y de Diego, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho Español*, cit. tomo I, pág. 393.

de caos legislativo en el reino de Castilla, a principios del siglo XIII, fue a lo largo de este mencionado siglo cuando se afrontó la posible solución del problema. La preocupación regia por la reconquista dilataba en el tiempo la posibilidad de enfrentarse con él, y a la vez, la expansión territorial hacia el sur y su repoblación, no hacía más que agravar la compleja situación de la multiplicidad de normas vigentes, basadas en sistemas normativos de distinta índole.

Alfonso X el Sabio, hijo de Fernando III, aprovechó alguna de las ideas de reformas legislativas que su padre no pudo llevar a cabo. Y rodeado de una corte de *Sabidores* del Derecho, expertos en el Derecho Romano, intentó una doble vía de reforma. Bajo el impulso de su padre, que había ordenado traducir el *Liber Iudiciorum*, del latín al romance castellano, texto que se conoce como el *Fuero Juzgo*, se pretendió por Alfonso X lograr una cierta uniformidad legislativa. En el fondo se trataba, con el *Fuero Juzgo* castellanizado, de prolongar la vigencia y el conocimiento de una legislación que provenía de una situación política inexistente, de una utopía atada a un pasado, evocadora del reino visigodo, legislación que en muchos aspectos resultaba incomprensible e inaplicable ante nuevos supuestos sociales. Dominaba la idea de restablecer una idea de unidad legislativa, pero el poder regio se aferraba a un pasado consistente en la recuperación de una herencia de dominio territorial perdido. La unidad legislativa era absolutamente necesaria para afrontar una realidad novedosa, el nacimiento del Estado Moderno, pero el poder político estaba atenazado por el sistema feudal, conglomerado de privilegios e intereses. En este sentido, se aprovechó la traducción al castellano romance, a mediados del siglo XIII, en tiempos de Fernando III, y Alfonso X le concedió como fuero municipal a Córdoba, Sevilla, Jaén, Jerez de los Caballeros, Alicante, Murcia y Cartagena entre otras ciudades, aunque, como pone de manifiesto Pérez-Prendes¹⁰⁵⁶, el derecho contenido en el *Liber Iudiciorum*, según la versión del *Fuero Juzgo*, en muchos aspectos resulta poco útil.

La nueva situación de los reinos hispánicos se complicaba ya que no debe olvidarse que la Corona de Aragón se gobernaba por un sistema constitucional distinto al castellano. Era un sistema de pactos que controlaba al poder real. No puede ser motivo de extrañeza que, en la medida en que en territorio dominado por el poder feudal de los condes catalanes, se impusiera el predominio de los *Usajes* en el orden de la prelación

¹⁰⁵⁶ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Curso de Historia del Derecho español*, volumen I, cit. págs. 684-685.

legal, como una especie de legislación general, aplicando en segundo término las disposiciones de los Condes y los *usus terrae* o costumbres del territorio, como compendio de las peculiares costumbres locales, que se mantienen como el derecho consuetudinario; y en tercer lugar y como un derecho supletorio de las anteriores, la legislación de los godos; se añaden a ellas los criterios arbitrales de los Condes y la forma de actuar en Justicia por su tribunal o curia, como instrumento interpretativo¹⁰⁵⁷. El lastre de este universo dominado por el peso del pasado, expresado en el derecho consuetudinario, compendio de privilegios, no permite ver la nueva realidad consistente en que el empuje del nacimiento de los Estados Modernos, que se ve dificultado por el acervo cultural y el lastre social de tiempos pretéritos. La nobleza condal catalana y la castellana viven del pasado, instalada en sus privilegios. El futuro, que se otea en el horizonte próximo, exige soltar las amarras privilegiadas del presente.

En los territorios inmersos en los dominios de la monarquía castellana, con algunas décadas de diferencia, tal vez a causa de que aún no se ha cerrado el ciclo de la Reconquista y la Repoblación territorial, pero con la misma finalidad uniformadora, el Monarca Sabio introduce un sistema de doble justicia. Respeta la función de los jueces locales, que aplican el Fuero local, a la vez que introduce los jueces regios, atrayendo el Rey hacia sí, hacia su competencia, los diversos casos de mayoría de Justicia. El Rey se atribuye la Justicia Mayor, como de superior rango, y en muchos aspectos organizativos, opuesta a la justicia menor, que es ejercida, por su delegación, por los titulares de los señoríos o lugares dados en coto. La política de innovación de la Justicia fue impulsada a través de dos obras, esto es, el *Fuero Real* y el Código de las *Partidas*. En realidad poco cambió en el plano legal, pues las condiciones económicas y políticas atenazaron a Alfonso X el Sabio, por lo que mantuvo vigente el sistema de fuentes a la vez que introducía un nuevo régimen jurídico que vinculaba al Rey y a sus funcionarios. Fue un fracaso que retrasó a Castilla en acercarse a las ideas de un Renacimiento jurídico que se atisbaba en el resto del Continente desde hacía ya medio siglo, para poder implantarlas con eficacia. El cautiverio de la imposibilidad atenazó al Poder regio castellano. No supo o no pudo arrumbar el régimen jurídico de los señoríos y la nobleza. Los privilegios eran un lastre tan fuerte que impedía ver, en la nueva realidad social, el horizonte de un nuevo Estado Moderno.

¹⁰⁵⁷

Brocà i Montagut, Guillem M^a. *Historia del Derecho de Cataluña*, cit. pág. 197.

Entre 1252 y 1255¹⁰⁵⁸ se redactó el llamado *Fuero Real* como norma no aplicable con carácter general a todo el Reino, sino que se concedió como texto de Fuero municipal a diversos lugares, ya por carecer de fuero, caso de Aguilar de Campóo, 1255, o Valladolid, 1265, ya por resultar poco satisfactorio para los nuevos tiempos, caso de Sahagún, año 1255, ya mediante refundiciones de fueros anteriores, caso de Soria, 1256. En algunos casos, el mecanismo regio buscado para conceder el *Fuero Real*, lo fue por vía de sentencia regia. Así en Palencia, en 1256, Alfonso X conoció de un pleito planteado entre el Obispo, el Concejo y el Cabildo, a tres bandas, y dictó sentencia por la que se confirmaba el Fuero de la Ciudad, otorgado por el Obispo Raymundo II, escrito en latín, en tiempos de Alfonso VIII, bisabuelo de Alfonso X, dejando cerradas las querellas. En la parte resolutoria regia, como criterio interpretativo de la sentencia, se ordena que, todo cuanto en ella aparece escrito, se juzgue por las leyes de nuestro libro¹⁰⁵⁹. Enigmática afirmación, pues en el privilegio del Cabildo catedralicio, no consta, a la continuación de la resolución dictada por el Rey Sabio, la visible presencia ni la existencia del citado “*nuestro libro*”, como hemos constatado personalmente a la vista del pergamino original sellado. Se desconoce a qué libro pueda referirse. Desde luego que la no existencia, o la desaparición de dicho libro, pueda tener alguna relación con los tiempos turbulentos que propiciaron la revuelta por la posible pretensión de ataques a determinados privilegios.

Así como desde comienzos del siglo XIII la grandeza de los criterios jurídicos contenidos en los Derechos Romano y Canónico, hizo pensar en un esperanzador Renacimiento jurídico, condición necesaria y suficiente para ser alumbrado el Estado Moderno. Sin embargo, la peculiar situación de la Monarquía castellana retrasó la posibilidad de dar un salto al futuro.

IV. 1. La Propiedad en el Fuero Real.

El Fuero Real contiene, en su Libro II, título XI, una serie de normas relativas a las cosas que se ganan o se pierden por el tiempo –se refiere al año y día-, con algunas

¹⁰⁵⁸ García-Gallo y de Diego, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho Español*, vol, I, cit. págs. 394 y ss.

¹⁰⁵⁹ El Arcediano del Alcor. *Silva Palentina*, págs. 692 y ss: “*Et mandamos et para siempre establecemos, que todas las otras cosas que acaescieren en la cibdat de Palencia que no son aquí escriptas, que se iudgen por las leies de nuestro libro, que les damos escripto y sellado de nuestro sello de plomo*”. Palencia, 1976.

novedades y matizaciones que conviene reseñar. Así, en la ley I¹⁰⁶⁰ se distingue entre el reclamante de una heredad o de otra cosa cualquiera, de quien la referida Ley no dice si reclama en concepto de propietario o de tenedor de mejor derecho a poseer; tampoco se matiza en esta legislación si la reclamación afecta a bienes raíces o a bienes muebles. Si el tenedor, es decir, el poseedor o el propietario “*quisiera ampararse por tiempo*” y alegare que ha transcurrido un año y día y que lo poseyó *en paz y en faz*, entrando y saliendo de la tierra o en la villa del reclamante, en este supuesto, la Ley autoriza al poseedor a no responder. Los matices que este enfoque legal introduce obedecen a establecer para el poseedor demandado una excepción de artículo de previo y especial pronunciamiento consistente en la alegación de ser legítimo poseedor, es decir, en *paz y en faz*, y ello durante un plazo temporal de, al menos, un año y día, hecho con trascendencia procesal que le libera de tener que contestar a la pretensión deducida de adverso en cuanto al fondo del asunto. No debe ser interpretado el aserto “*no le responda el tenedor de la cosa*” de otra manera; pero tal excepción defensiva necesita ser probada. Y aquí están el juramento de *manquadra* y hasta cinco testigos. Estimo que el juramento reseñado tiene cabida aquí como elemento probatorio, que en algunos fueros es admitido para el demandado. De lo que se trata es de no tener que entrar en el debate del fondo del asunto, de bloquear contestar a la demanda, por razones de seguridad jurídica. Se trata de hacer bueno el hecho de tenencia posesoria de la cosa durante un año y día. Debe el demandado probar de forma contundente que ha tenido la cosa durante año y día. Y con ello concluye la urgencia procesal del tenedor demandado y su trabajo defensivo. Queda excusado de hacer prueba sobre su título, sobre el fondo del asunto. Tenencia equivalente al *usus* del Derecho Romano Arcaico.

Expresamente el legislador delimita este tipo de tenedor de aquellos otros que, en efecto, también tienen la cosa, pero no como suya, sino mediante *peños*, o *encomienda*, o arrendada, o *alogada*, o *forzada*, situaciones de mera tenencia que no se pueden amparar o defender alegando estar en la cosa en el tiempo del año y día, pues tales no son tenedores por sí, sino por aquellos otros de quien tienen la cosa. El poseedor es otra persona.

¹⁰⁶⁰ *Fuero Real*. Libro II, Tit. XI, Ley I: “*Todo home que demandare heredad a otro, o otra cosa cualquier, si el tenedor de la heredad, o de aquella cosa que le demandan, quisiere ampararse por tiempo, e dixere que año e dia es pasado que lo tuvo en paz, y en faz, entrando y saliendo en la tierra o en la Villa el demandador, no le responda el tenedor de la cosa...*”

La Ley 242 de las Leyes de Estilo¹⁰⁶¹ trata de estas cuestiones procesales, con notable incidencia en los conceptos de posesión y propiedad. En efecto, en esta ley explicativa respecto de la legislación del Fuero Real en el título de las cosas que se ganan o se pierden por el tiempo, con referencia al año y día, se remite a la forma en que los Alcaldes de la Corte del Rey la vienen aplicando. No solo la expresión en *paz* y en *faz*, sino además la incidencia del año y día en la tenencia, en cuanto a la tenencia posesoria. Y seguidamente añade algo que es del máximo interés, o sea, si el referido tenedor, con los condicionantes legales citados, además demostrare que la compró o justificare la existencia de otro título jurídico, no solo no será obligado a responder sobre la posesión, ni sobre la propiedad que es el señorío de la cosa. Es un avance el contenido en esta norma. Se trata de otorgar la propiedad en señorío al tenedor o *Habens* de la posesión durante año y día y que pueda acreditar un título adquisitivo legal. Aquí aparecen dos aspectos distintos, a saber: Uno es la tenencia posesoria del año y día, opera de similar forma al mecanismo de defensa de la posesión de una cosa a manera de un interdicto posesorio. Pero si quien es poseedor o tenedor de la cosa llegare a probar su adquisición mediante compraventa o a través de cualquier otro título de derecho y añadiere a dichas pruebas la tenencia, basada en tal título, durante año y día, probado esto, no queda obligado a responder sobre la posesión ni sobre la propiedad que es el señorío de la cosa. El segundo aspecto, esto es, en el caso de demanda sobre la propiedad, el plazo del año y día en la tenencia, constituye un *plus* que fortalece la prueba de tener un título adquisitivo, derivativo, del dominio y viene a ratificar dicho título. No se trata de una prescripción adquisitiva de propiedad o dominio, puesto que la justificación de éste le viene dada al tenedor por el justo título, amparando su buena fe adquisitiva, sino que añadido a ello el plazo del año y día, queda ratificada su propiedad operando tal plazo como una barrera procesal que rechaza cualquier posibilidad de ser demandado. Es un plazo sanador. Ya no precisará hacer una urgente llamada defensiva a su *otor*.

En definitiva, del tratamiento procesal del Fuero Real se deduce que estamos ante un pleito en que se ventila el derecho de propiedad, pues demandar heredad a otro no puede entenderse de otra manera. En el hipotético supuesto de que quien tiene la heredad, el

¹⁰⁶¹ *Leyes de Estilo*. Ley 242: “*Empero si este que tiene la cosa mostrare que la compró, ò otro titulo derecho, è mostrare que la tuvo año è dia en faz, y en paz, el demandador no será tenido de responder sobre la posesión, ni sobre la propiedad que es en el señorío de la cosa*”.

demandado, no pudiere utilizar esta *exceptio*, es decir, la tenencia posesoria del año y día, pero cuando la hubiere comprado o recibido en donación, u otro título, de un tercero, en tal caso sí que tendría que responder a la pretensión deducida contra él. El más riguroso mecanismo habilitante para obtener razón sería la testifical del *otor* que le transmitió el derecho a la cosa. No estamos ante el supuesto de demostrar que el tiempo del transmitente de la cosa pueda añadirse o acumularse al tiempo suyo, sino que el *otor* tiene que hacer bueno que era legítimo dueño, con pleno poder sobre la cosa transmitida, integrado en aquél el poder de disposición sobre la misma, y que la entregó al comprador, mediante la *traditio*, es decir, el tenedor demandado, y que recibió el precio, en el caso de una compraventa.

En la legislación Alfonsina, emitida para aplicar el Fuero Real, es decir, las denominadas *Leyes de Estilo* o *Declaraciones de las Leyes del Fuero*, se hace una expresa referencia a la Justicia Mayor, en manos regias que venía funcionando conforme la costumbre de la Corte o Curia de los reyes de Castilla. Por tal cauce procesal se vuelve a tratar la institución del año y día. La Ley 192 de dichas *Leyes de Estilo* añade una novedad procesal, pues si bien quien es poseedor no tiene obligación de decir en virtud de qué título tiene la cosa, en el supuesto de que fuere demandado y se defiende por tiempo, alegando tenencia de la cosa por año y día, si el Alcalde albergare la sospecha de que el tenedor no tiene la cosa derechamente, está el Alcalde facultado para requerirle sobre el título de tal tenencia¹⁰⁶². A través de esta legislación procesal para la aplicación práctica del Fuero Real, se aprecia la influencia del Derecho Canónico, en concreto en las *Decretales*, la Decretal *Si diligenti*. No pasan desapercibidos, pues, los mecanismos legales que el legislador regio y su Justicia Mayor ponen en funcionamiento para uniformar la manera de hacer justicia introduciendo elementos del *Ius Commune*.

Como puede colegirse de cuanto se acaba de decir, Alfonso X en su *Fuero Real* sigue preso de las ideas de un pasado histórico medieval. Y asume la idea común europea del año y día, tan presente en el sistema foral español, como criterio legitimador en vez de remitirse a la normativa del Derecho Romano conforme la cual, la posesión de

¹⁰⁶² *Leyes de Estilo*. Ley 192: “Otro sí, como quier que el que tiene la cosa no ha de decir el título de su posesion sino en demanda, ... Pero si el tenedor de la cosa se defiende por tiempo de año y de día, y el Alcalde por presunción derecha, sospechare contra el tenedor que no tenga la cosa derechamente, puede preguntar, y apremiar que diga el título por do hubo la tenencia de aquella cosa; y desta manera es notado en las Decretales, en la Decretal Si diligenti...”.

un bien con buena fe y el legal del transcurso del tiempo otorga un derecho de propiedad directamente. En todo caso, no puede desconocerse la gran ventaja procesal que por vía de excepción al fondo del asunto, antes de contestar o responder a la demanda, suponía para el poseedor de un bien la tenencia durante año y día, el hecho de necesitar solo del mecanismo procesal de hacer prueba sobre ello.

La Ley II¹⁰⁶³ del título XI del Libro II del Fuero Real excluye de la posibilidad de la alegación de la tenencia del año y día sobre los bienes procedentes de una herencia, ésta en situación de proindiviso, así como en el supuesto de tenencia de bienes de una propiedad, perteneciente a varios, en situación de indivisión, siempre que la tenencia o posesión material de la cosa estuviere en manos de uno solo de los herederos o de uno solo de los copropietarios. Contempla el supuesto que consiste en que uno de los titulares de tal herencia fuere el tenedor de la misma, sobre la que todos los coherederos hubieron acordado la indivisión. El predicho tenedor no puede excepcionar el hecho de haber estado en la tenencia de la posesión del contenido de la herencia, durante año y día, para denegar sus derechos a los otros herederos, mediante el oportuno reparto. Igual normativa es aplicable al caso de una propiedad indivisa. La misma solución legal queda establecida para los supuestos de cosa hurtada o que permaneciere oculta o escondida.

La Ley III¹⁰⁶⁴, prohíbe la alegación de haber permanecido en la tenencia de la cosa por el tiempo del año y día *–no pierda su heredad ni otra cosa por tiempo–* contra el menor de edad, el privado de razón o quien estuviere en prisión. La justificación de esta medida legal consiste en que no pueden perder sus bienes quienes no pueden defender su heredad por el paso del tiempo del año y día. La pena legal de perder las cosas por el tiempo, sigue diciendo la Ley, se impone a quienes pudiendo reclamar, no lo hacen, sin que tal medida pueda ser ampliada a los que no pueden defender sus derechos. Estos criterios jurídicos proceden del pasado, amparados por el Derecho Canónico y asumidos generalmente para evitar indefensiones ante ataques procesales de quienes, por razones

¹⁰⁶³ *Fuero Real*. Libro II, Tit. XI, Ley II: “*Si herederos, o otros homes hubieren de consuna cosa que no sea partida, maguer que el uno dellos sea tenedor de la cosa, no se pueda defender por tiempo, que no dé su derecho a cada uno de los otros, quando quier que gelo demanden. Otrosí, mandamos, que si alguna cosa fuere furtada, e alguno la tuviere ascondida, no se pueda defender por tiempo, que no responda a su dueño, quando quier que gelo demandare*”.

¹⁰⁶⁴ *Fuero Real*. Libro II, Tit. XI, Ley III: “*Mientras que alguno no fuere de edad, o fuere loco sendio, o en prisión, no pierda su heredad, ni otra cosa por tiempo. Ca la pena de perder por tiempo, no es dada contra aquellos que pueden demandar su derecho, y no la demandan*”.

justificadas, carecen de posibilidad de defender su derecho de propiedad sobre sus bienes.

Junto a este tiempo del año y día, que con reiteración el *Fuero Real* designa como “*por tiempo*”, y que se debe entender como si de un interdicto posesorio del Derecho Romano se tratara, recoge el *Fuero Real* otro tiempo distinto para la prescripción, mediante una tenencia posesoria que exceda de treinta años. Así la Ley IV¹⁰⁶⁵ del citado libro II y título XI, señala que quien estuvo fuera de la tierra, si pudo venir y no vino, ni envió a nadie en su nombre, en estos supuestos, pasados treinta años, la persona que hubiere tuviere estado en posesión de la cosa, por dicho espacio temporal, no responda a la demanda. Como puede apreciarse, el *Fuero Real*, a renglón seguido de la excepción de alegación de la tenencia de un bien en año y día, institución consolidada en el Derecho Hispánico Medieval, aparece el instituto de la prescripción adquisitiva de la propiedad de treinta años, con el paralelo derecho procesal de no responder. Los planos en que se mueven ambas ideas jurídicas son distintos. Cuando se plantea demanda a un súbdito que ha poseído al menos durante treinta años, insistimos en que le compete la obligación de que acudir al llamamiento a juicio y alegar, con prueba contundente, la tenencia de la cosa durante dicho plazo prescriptivo, en *paz y faz*, así como el *animus* de poseer con intención de hacer suya la propiedad del bien, es decir, de ser dueño de la misma. Lo que el legislador está contemplando, como justificación jurídica de tal derecho, es que estamos ante un claro supuesto de dejación o abandono del bien durante tan largo tiempo de quien pudo reclamar y nada llevó a cabo. Lo llamativo de esta Ley comentada es que no se conceda a quien tuvo la cosa durante el plazo prescriptivo de treinta años, la excepción de alegación de la tenencia de dicho debatido bien durante un año y un día, que necesariamente debió de existir al ser siempre inferior a los treinta años. No se entiende con claridad la razón de que el legislador acuda a la exigencia de un plazo distinto al año y día, éste de origen medieval, pues seguidamente se refiere al plazo prescriptivo del Derecho Romano Vulgar, acogido por vía de Derecho Visigodo, de que tenía pleno conocimiento Alfonso X ya que en tiempo de su padre, Fernando III,

¹⁰⁶⁵ *Fuero Real*. Libro II, Título XI, Ley IV: “*Quando alguno morare, o estuviere fuera de la tierra. Y pudo venir a la tierra demandar su derecho, si por treinta años estuvo que no vino, ni embió demandar, y aquella cosa tuvieren por treinta años, no le respondan despues a la demanda, si no quisieren*”.

se versionó al castellano el *Liber Iudicum*, a través del *Fuero Juzgo*¹⁰⁶⁶. De la diferencia entre la expresión “*por tiempo*” referida al año y día, y la comentada “*prescripción de treinta años*”, cabe deducir que la idea que late en el Rey Sabio es, *prima facie*, hacer un fuero tipo, incardinado en el Derecho Medieval, con respeto a las instituciones de raigambre feudal, con una intención homogeneizadora para los territorios de su Señorío de un mismo, único y uniforme Fuero legislativo, entre las que destaca el respeto al año y día. Y al mismo tiempo la referencia a un plazo prescriptivo de treinta años, trata de mirar a los criterios del Derecho Romano, transmitidos a la sociedad hispánica medieval a través del Derecho Visigodo. Sea cual fuere la finalidad de las intenciones regias, es lo cierto que tal diversidad normativa puede inducir a confusión. Porque podría considerarse que el legislador está pensando la aplicación del año y día para adquirir la posesión, y el plazo de treinta años, para la propiedad. Llevando las conclusiones de tal diversidad de tiempos al ámbito procesal, si lo que se debate para el respeto a la tenencia del bien en el año y día, podríamos estar ante un remedio posesorio similar a la finalidad que en un tiempo pasado tuviera el remedio interdictal romano; y el tiempo prescriptivo de treinta años ante un proceso petitorio en que se reclama la propiedad. Nos refuerza en esta tesis el distinto tratamiento jurídico otorgado a las cosas que son del Señorío del Rey, y de la Iglesia. En nuestra opinión, la imprescriptibilidad de los bienes del Rey viene inducida por el concepto de un privilegio patrimonial del Reino, y por la influencia de la idea de confusión entre “*su propiedad*”, la regia, y la Soberanía. En suma, en el *Fuero Real* la propiedad es y sigue siendo sinónimo de Soberanía, conceptualizado como Señorío del Rey¹⁰⁶⁷, cuando afecta a los bienes de propiedad regia. En cuanto a tratamiento de los bienes y cosas de la Iglesia, seguidamente se establece la imposibilidad de su pérdida por tiempo menor al que mandaron los Santos Padres. Tal fuente del Derecho Canónico señala el plazo de prescripción para los bienes de la Iglesia de un siglo para inmuebles y de tres años para los bienes muebles.

En el tiempo en que aparece publicado el *Fuero Real*, se venía trabajando en la redacción del Código de *Partidas* que estableció el plazo prescriptivo de cuarenta años

¹⁰⁶⁶ *Fuero Juzgo*. Libro X, Título III, Ley III: “*Todos los pleitos...si non fueren demandados o terminados fasta treinta annos...dalli adelante no sean demandados. E si algún omne despues de treinta annos quisiere demandar alguna cosa, ...que non pueda demandar, ...*”.

¹⁰⁶⁷ *Fuero Real*. Libro II, Título XI, Ley V: “*Ninguna cosa que sea del Señorío del Rey no se pueda perder en ningún tiempo; mas quando quier que el Rey, o su voz la demandare, cobrela. Otrosí, mandamos que las cosas de la Sancta Iglesia no se pierdan por menos tiempo de lo que mandaron los Santos Padres*”.

para plazas, caminos, dehesas y demás cosas de dominio y uso público. Respecto de los siervos, muchos de ellos siervos de la Iglesia, ganan la libertad por el uso de la misma por treinta años a la vista pública; si estuvieren huidos y anduvieren como libres, pasado medio siglo, nadie les puede reclamar por su condición de siervos.

El *Fuero Real* es un cuerpo legal carente de sistema y regido por principios de derecho de la más diversa procedencia. El *Fuero Real* tiene la vista puesta en el mundo feudal, en su realidad política y social, de que no puede soltar amarras. Tiende más a uniformar y unificar el ámbito jurídico, más que a una reforma profunda que exigirá la nueva realidad que pronto aparecerá en el horizonte. Se advierte el respeto a la posesión del año y día, costumbre tan arraigada en el Derecho Hispánico Medieval, cuyo origen no se puede determinar con absoluta certeza, pero que en todo caso bien pudiera vincularse a una costumbre común a la Europa Medieval. El año y día convive, institucionalmente, junto a los largos plazos de la prescripción visigótica, recuerdo del Derecho Romano Vulgar, al lado de principios de Derecho Canónico y del Derecho Romano justiniano. También se puede entrever un principio del Derecho Romano Vulgar, como es la confusión y difícil distinción entre propiedad y posesión. Confusión que sirviera de fundamento al Régimen Feudal. Puede apreciarse la forma con la que se matiza la imposibilidad de poseer para quien tiene una cosa en prenda, *encomienda*, arrendamiento o mediante el pago de renta *logadiza* o por la fuerza. Ya se ha señalado la diversa conceptualización de estas tenencias apartándolas tanto de ser de alguna manera una forma de propiedad, como excluyéndolas de la posesión.

Ante este complejo mundo de diversidad de principios jurídicos contenidos en su seno, sin que se acometa la tarea de llegar a una nítida separación entre la propiedad y la posesión, todo apunta a que el legislador se encuentra ante una dudosa situación, que no sabe en realidad cómo afrontar. Herencia del Derecho Feudal: la confusión entre posesión y propiedad, cuyos contornos no están definidos. También confluye, en la Península Ibérica, la memoria del Derecho Visigodo, con sus vestigios de Derecho Romano Vulgar, que resulta patente tanto en el *Liber Iudiciorum* como en su adaptación localista en la Ciudad de León, a través del Fuero, como en la territorialización del mismo. Y además, y como elemento propio y específico peninsular, aparecen con fuerza elementos considerados del Derecho Germánico, mediante ideas institucionalizadas que el Derecho Foral o Medieval toma de una realidad subyacente en el derecho

consuetudinario. Todo lo cual está inundado por el Sistema feudalizante. Por otra parte, en los nacientes reinos hispánicos se impone la realidad añadida y novedosa de una situación de emergencia. Y el legislador se topa con una realidad nueva. La necesidad de consolidar la expansión poblacional, creando los necesarios lazos jurídicos vinculantes, así como la de poner en funcionamiento la explotación de las nuevas tierras.

Nada de extraño tiene que el Poder, es decir, el Rey y sus consejos, necesiten de formulaciones con plazos muy breves, con las que hacer frente a los problemas de poner en explotación tierras yermas. Y la idea del año agrícola está detrás del año y día. Luis Cabral de Moncada¹⁰⁶⁸ aventura la idea de que la posesión del año y día era una forma de prescripción de naturaleza germánica, una manera de llegar a la *Gewere*, un caso de investidura impersonal pero justificada por el transcurso del tiempo, aunque añade que la posesión del año y día no confería al poseedor en ningún caso la propiedad. El poseedor de año y día disponía de una situación parecida a la *rechte Gewere* germánica. Era una posesión verdadera y justa, que confería al poseedor un derecho procesal que la facilitaba la defensa ante ataques de terceros. No adquiría el derecho de propiedad, sino el derecho a poseer, concluye Cabral de Moncada. Ya hemos visto que los principios inspiradores del Derecho Romano Clásico en esta materia de prescripción adquisitiva de la propiedad, señalaban unos plazos más largos. Pero, de modo similar a las soluciones del Derecho Germánico, en el Derecho Romano en otro tiempo y de igual modo, a través del Derecho Pretorio, se fue configurando una protección interdictal para quien hubiere poseído durante un año.

En el Derecho Medieval Hispánico, el *Fuero Real* es un reflejo de esta situación legislativa que trata de armonizar su fundamentación en principios de distinto origen. Se está abriendo paso la Recepción del Derecho Romano, pero en convivencia con principios de Derecho Germánico o en las proximidades del Derecho Feudal, como una realidad social que no se puede ignorar. Sin omitir la presencia de los criterios del Derecho Romano Vulgar, que se mantiene como una nebulosa en un oscurecido horizonte.

Se consolida la necesidad de documentar toda venta mediante el correspondiente escrito, otorgándola validez después de hecho el escrito, pero la venta se puede deshacer antes de la entrega del precio o de parte de él. No es válida la venta si medió miedo o

¹⁰⁶⁸ Luis Cabral de Moncada. *O "tempo" e o "trastempo" nos costumes municipais portuguesas*. En *Estudos de História do Direito*, Vol. II, págs. 1 y ss. Coimbra, 1949.

fuerza¹⁰⁶⁹. La venta no puede ser queda perfeccionada por la toma de señal de la cosa vendida; si el comprador no quisiera pagar el precio, pierde la señal dada, quedando anulada la venta. Si el comprador pagó parte del precio, la venta no se puede deshacer salvo acuerdo al respecto de las partes. Para este segundo caso, en Ley II, título X del Libro III del *Fuero Real*, por encima de las formalidades, se aprecia un mayor respeto a la voluntad contractual¹⁰⁷⁰, al decir que no se puede deshacer la venta si el vendedor tomare señal por la venta. La venta llevada a cabo por vendedor no arraigado, vale la venta siempre que reciba un fiador bueno¹⁰⁷¹. Estamos nuevamente ante la garantía de un fiador en una operación de venta hecha por desconocido, exceptuando la mediación de engaño en las partes.

Seguidamente, el *Fuero Real* se enfrenta con diversos supuestos de hecho relacionados con las ventas en el Derecho Hispánico Medieval, dando soluciones a los problemas relacionados con la consideración del *furtum* de las cosas vendidas, la eliminación de la sospecha de actividad penal en la tenencia por parte del comprador, la solución que debe darse a estas cuestiones, y, también, se enfrenta con el viejo problema de la *otorización* mediante la *demanda de haber mueble*. Así en la Ley VI se señala que en el caso de venta de cosa ajena, ignorando el comprador dicha procedencia, “*no haya pena*”. Debe entenderse que quien carece de pena, es decir, de responsabilidad penal en el hecho de una la compra, es el comprador, presumiéndose su buena fe. El vendedor debe devolverle el precio y pechar con la pena que fuere puesta por la venta. Nada señala esta ley sobre el montante del *pecho*, que se entiende ser del doble del valor de la cosa vendida.

También el *Fuero Real*, en la Ley VII¹⁰⁷² del mismo Libro y citado título, trata del asunto de la *demanda de haber mueble*, en relación con la llamada al proceso del *otor*.

¹⁰⁶⁹ *Fuero Real*. En los *Códigos Españoles concordados y anotados*, cit. Libro III, título X, ley III: “*Toda vendida que fuere fecha por escripto, vala después que el escripto fuere fecho: qualquier de las Partes puedala desfacer ante que el precio sea dado, o parte dellos*”.

¹⁰⁷⁰ *Fuero Real*, 3, 10, 2: “*Si el home alguna cosa vendiere, e tomare señal por la vendida, no pueda desfacer la vendida: e si el comprador no quisiere pagar el precio, pierda la señal que dio, e no vala la vendida: e si el comprador no diere señal por la vendida, e diere alguna partida del precio, no se pueda desfacer la vendida, fuera por avenencia de amas partes*”.

¹⁰⁷¹ *Fuero Real*, 3, 10, 4: “*Quienquier que alguna cosa comprare, si el vendedor non fuere raygado, reciba buen fiador, é vala la vendida, fuera si fuere fecha por engaño...*”.

¹⁰⁷² *Fuero Real*, 3, 10, 7: “*Todo home que alguna cosa vendiere a otro, sea tenuto de le defender con ella a derecho, quando quier que viere que alguno gela demandare, si el comprador se lo dixere: è si el comprador por sí respondiè en el Juicio no lo haciendo saber al vendedor, ó no quisiere venir a oir la sentencia, si fuere vencido no se pueda tornar á aquel que la vendió*”.

Cualquiera que vendiere alguna cosa a otro, viene obligado de defenderle con ella a derecho, cuando viere que alguno se la reclama, si al efecto tal le fuere indicado. Si el comprador nada le dijere al vendedor o, por otra parte, se desentendiere de la demanda, no puede a su vez accionar contra el vendedor.

También se da tratamiento legal al respeto que merecen los bienes de *abolengo*, respecto del retracto de parientes, es decir, relativos a bienes afectos por el principio de troncalidad. Alfonso X se limita a recoger este principio general que ha estado vigente en el Derecho Medieval Hispánico. Quien los bienes de heredad o de *abolengo* quisiere vender, si algún hombre con derechos sobre dicho *abolengo* quisiere comprarlos, puede hacerla suya por el mismo precio. Es un derecho de tanteo. Se privilegia al pariente de grado más próximo al más lejano en el caso de que dos o más parientes quisieren adquirirlo. Se regula el derecho de retracto, en el plazo de nueve días desde que se cerró la venta con un tercero, ofreciendo el mismo precio. Si el pariente más próximo desistiere de su inicial propósito, impide ello que otro pariente puede ejercer el retracto. Se respeta el derecho del pariente más próximo, ausente del lugar, pudiendo otro de su linaje accionar en retracto. Es posible que el pariente más próximo puede hacer un trueque o cambio por otra heredad, ante lo que ningún pariente le puede contradecir. Es requisito legal la garantía objetiva de la entrega del precio que le costó, así como emitir juramento de que la quiere para sí y que su intención no es el engaño¹⁰⁷³.

La iniciativa legislativa de Alfonso X el Sabio mediante la introducción del *Fuero Real*, no contiene pretensiones de que se trate de asumir resueltamente por el Rey la Recepción del Derecho Romano. En mi opinión se limita a recoger el derecho consuetudinario entonces vigente en el reino. Supone un intento regio de uniformar los *usus terrae* observados en el reino y darlos forma de derecho municipal, con la finalidad de otorgarlo a determinadas ciudades. Ya hemos visto, en relación con el Fuero de Palencia, cómo en el manuscrito existente en el Cabildo Catedralicio, consta esa referencia de entrega, pero tal copia del *Fuero Real* no existe anexa al mismo. Tal vez su ausencia sea debida a que el Fuero Real perjudicaba los privilegios de la nobleza,

¹⁰⁷³ *Fuero Real*, 3, 10, 13: “*Todo home que heredad de patrimonio, ò de abolengp quisiere vender, si home de aquel abolengo la quisiere comprar, tanto por tanto háyala ante que otro alguno;...mas si ante que la heredad fuere vendida no viniere el pariente, è del día que fuere vendida fasta nueve días viniere, si diere el precio porque es vendida la heredad, háyala...y aquel pariente que quiere la heredad que es á otri vendida, déle el precio que le costó, è jure que la quiere para sí. É que no lo face por otro engaño*”.

personificada en el Obispo y los Canónigos, nobles infanzones, y Palencia se sumó a la nobleza de Lerma y de Castilla en general, lo que provocó que en 1272 el *Fuero Real* fuera derogado en Castilla, confirmando los Fueros anteriores, lo que supuso un paso atrás desde el punto de vista de la evolución legislativa a la luz de la nueva realidad, aunque, no obstante ello, el *Fuero Real* se mantuvo como fuero de los tribunales de la Corte del Rey¹⁰⁷⁴. En este punto, puede afirmarse que el Rey consolidó su privilegio de Mayoría de Justicia, pero no se atrevió a dar el paso decisivo de asumir el derecho a legislar. El Poder seguía anclado en el pasado y carecía de una visión sobre lo que el futuro exigía, permaneciendo en la indefinición, a medio camino, y sin poder asumir las reformas que, los nuevos tiempos que se avecinaban, atisbaban como necesarias para el alumbramiento del Estado Moderno. En cambio, en Portugal, la copia traducida del *Fuero Real* sirvió como derecho subsidiario¹⁰⁷⁵.

Se ha ensalzado la capacidad de Alfonso X como Rey legislador y como impulsor de la Recepción, en Castilla, del Derecho Romano. En 1252 ocupa el trono castellano. La realidad del reinado de Alfonso X es objeto de estudios que muestran la grave preocupación por la angustiosa situación de la economía. Así, los gastos bélicos de las campañas de Fernando III habían situado a la Corona al borde de la quiebra¹⁰⁷⁶, deuda que había sido contraída con la Santa Sede, pago que Inocencio IV le reclamaba con insistencia, y al que hizo frente con una contribución extraordinaria de los Obispos de León, Burgos, Oviedo y Palencia¹⁰⁷⁷. Su padre debía liquidar otro préstamo a los caballeros de Ledesma, quienes solicitaron del Rey que no les pidiesen más dinero. Al menos se conformaban con no perder más.

La herencia recibida de su padre conllevaba una grave y amenazante inflación en el ámbito económico. Las finanzas regias estaban amenazadas por la urgente necesidad de los gastos de la guerra, como por la política real seguida en cuanto a los *pechos* ordinarios, muchos de ellos fijados en los Fueros. Cualquier extralimitación en las

¹⁰⁷⁴ Sánchez-Arcilla, José. *Estudio introductorio*, pág. XXII, en *Las Siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes)* de Alfonso X el Sabio. Editorial Reus. Madrid, 2004.

¹⁰⁷⁵ José de Azevedo Ferreira. *Afonso X- Foro Real*, vol I, págs. 101 y ss. Instituto Nacional de Investigação Científica. Lisboa, 1987.

¹⁰⁷⁶ Castán Lanaspá, Guillermo. *Política Económica y poder político. Moneda y fisco en el reinado de Alfonso X el Sabio*. Págs. 131 y ss. Junta de Castilla y León. Valladolid, 2000.

¹⁰⁷⁷ Soria Nieto, José Manuel. *Iglesia y poder real en Castilla. El Episcopado (1250-1350)*, págs. 130 y ss. Universidad Complutense. Madrid. 1988.

peticiones podría suponer un contrafuero. En esta situación, el Rey optó por una rebaja cuantitativa, lo que mermaba la legitimidad del poder real y su potencial económico.

En el fondo histórico se debatía una pugna entre la tradicional costumbre, anclada en el pasado, y las nuevas necesidades funcionales que un Estado Moderno requiere. El pasado se resiste a ser reformado. Poca ayuda recibió la Corona de la aristocracia y de los ricos-hombres, que se niegan a ceder sus privilegios. Estos cuerpos privilegiados en el fondo se resisten a admitir la supremacía de la Corona, sin pretender llegar a suprimirla pero cuyo control se ambiciona. Como aún no se han desarrollado las nociones de patria y de nación, la Soberanía es puesta en entredicho. En un contexto de sociedad feudalizada, la lealtad personal es el único vínculo exigible, pero es vinculación eludible, pues es admitida la desnaturalización, que desplaza esa lealtad a otros reyes y reinos distintos.

En este ambiente hostil, que rodea a Alfonso X, nada tiene de extraño que su propio hijo Sancho IV se alzara contra él en rebeldía, con el respaldo de Nobleza e incluso de la Iglesia. En esta situación era imposible dar un salto hacia el futuro y convertir la Monarquía Feudal en una Monarquía Moderna. Y era el terreno menos apropiado para introducir las reformas que ya se atisbaban en Europa. El hecho de que los proyectos regioes de introducir la innovación legislativa basada en la Recepción del Derecho Romano fueran condenados al fracaso, momentáneo ciertamente, no puede deducirse por ello que tales reformas carecieran de sentido histórico. Adelantado a su tiempo, Alfonso X no supo domeñar la cruda realidad castellana. Esta realidad le impidió ver la necesidad de afrontar el futuro, de asumir el poder de legislar. En todo caso, la innovación cultural que suponía asumir el *Ius Commune*, la nueva manera jurídica de enfocar los derechos de propiedad y de posesión, el paso desde el Derecho Feudal a los *Usus Modernus*, condiciones necesarias y suficientes para la implantación de las bases del Nuevo Estado Moderno, se tropezaban con una situación jurídica caótica, fragmentada en localismos y privilegios que, anclados en un mundo pasado, se resistían a fenecer. Los egoísmos enturbiaban y oscurecían el horizonte. Y el Poder regio carecía de la necesaria fuerza para imponerse a todos ellos, aunque también pudiera ser que estuviera perdido sobre cómo llevar a cabo lo necesario para despejar los nubarrones que impedían ver con la suficiente claridad el horizonte del futuro del Estado.

IV.2. La Propiedad en Las Partidas.

La gran obra doctrinal impulsada por Alfonso X eran *Las Partidas*. Redactada por personas desconocidas, aunque se apunta como uno de sus inspiradores al jurista Jacome Ruiz, supone un intento de introducir en el sistema legislativo hispánico, toda una serie de principios jurídicos contenidos en el Derecho Romano compilado bajo el impulso de Justiniano, básicamente apuntalados en el Digesto, así como los sugerentes criterios del Derecho Canónico, de cuya conjunción surgirá en toda la Europa Occidental el *ius commune*. Las reacciones ante tales pretensiones innovadoras en el ámbito del Derecho tuvieron repercusiones de naturaleza política. Diversas redacciones fueron remodelando el contenido de tan ambiciosa obra. En la redacción tercera de *Las Partidas*, con probabilidad bajo el reinado de Fernando IV, la obra de *Las Partidas* sufre una reforma considerable, pretendiendo un sentido docente y doctrinal, apartándose del derecho tradicional para buscar la inspiración casi por completo en el Derecho Romano y Canónico¹⁰⁷⁸. A pesar de que su invocación y aplicación en los juicios fue abandonada, desde el siglo XIV es fuente de estudio y sirve de inspiración doctrinal a los juristas. La influencia del Derecho Canónico en las *Partidas* ha sido patentizada por Luis Pablo Tarín, quien en concreto señala la influencia del *Decretum* de Graciano en materia de Derecho Eclesiástico –Partida Primera-, Derecho Matrimonial –Partida Cuarta- y Derecho Procesal- Partida Tercera-. Añade además, la importancia del *Decretum* en el Ordenamiento de Alcalá, de 1348, un siglo posterior al Código de *Partidas*, en cuyo Ordenamiento se sientan las bases regias para asumir la función de legislar, predominando la influencia doctrinal de los canonistas sobre los civilistas¹⁰⁷⁹.

En las Glosas sobre las *Partidas*¹⁰⁸⁰, que llevara a cabo Gregorio López, con sus comentarios y concordancias, en el tomo V aparece una amplia tabla de referencias a aspectos del Derecho Canónico que se refleja su notable influencia en la obra Alfonsina.

En cuanto de interés respecta a la propiedad, en este Tratado Alfonsino se enfocan las diversas acepciones sobre qué sea el Señorío, toda vez que el concepto jurídico de propiedad o dominio sobre las cosas, se contempla desde el punto de quién es su titular,

¹⁰⁷⁸ García Gallo y de Diego, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho Español*, tomo I, cit. págs. 398 y sig.

¹⁰⁷⁹ Luis Pablo Tarín. *Graciano de Bolonia y la literatura latina. La distinción 17 del Decretum*. Fundación Pastor de Estudios Clásicos. Madrid, 2008.

¹⁰⁸⁰ *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, cit. tomo III y ss.

objetivándolo como un poder que el hombre tiene en sus cosas y la facultad de hacer en ellas lo que quisiere, según Dios y según fuero¹⁰⁸¹. La remisión a Dios y al fuero, puede ser interpretado como fundado el derecho de señorío tanto en derecho divino como en la ley, es decir, “*iure divino, vel legali*”. El poder regio siempre ha buscado su legitimación en la divinidad, pues se es Rey por la gracia de Dios. Añaden seguidamente las *Partidas* que hay tres maneras de Señorío. La primera consiste en el poder esmerado que tienen los Emperadores y los Reyes en castigar a los malhechores y en dar su derecho a cada uno en su tierra. Esta suerte de Señorío es el fundamento del poder real, a través de la acción de la Justicia, facultad que el Rey siempre ha recabado para sí, como propia y como fundamento de su Señorío. Alfonso X no puede desprenderse del antecedente histórico del Imperio, pues “*el fecho del Imperio*” como ilusoria aspiración personal al mismo, fue un hito de su propio reinado. Una mirada al exterior ante una situación interna castellana insostenible. De todas maneras, ya en 1250 con Federico II, la idea del Imperio se hundió¹⁰⁸² y que Alfonso X se siga refiriendo a él con cierta añoranza, no hace sino demostrar que el fantasma del Imperio siguió vagando por toda Europa.

Mientras en la anterior referencia al Señorío es clara la remisión al concepto de Señorío como Soberanía, propia del Poder Real, es decir, como poder político, “*como un poder esmerado*” con la funcionalidad de hacer justicia, es decir, “*escarmentar a los malfechores*”, “*e en dar su derecho a cada uno en su tierra*”, en una segunda concepción de las *Partidas* sobre el Señorío tiene mayor interés, pues se refiere al poder que el hombre tiene en las cosas, ya bienes muebles ya bienes raíces de este mundo a lo largo de su vida y que, tras su muerte, pasan a sus herederos o a aquellos otros a quienes se las enajenase mientras viviere¹⁰⁸³. En esta segunda definición de señorío, el legislador Alfonsino parece estar contemplando el concepto de la propiedad al reseñar la existencia de un poder sobre las cosas, así como la facultad de transmitir las *inter vivos* o *mortis causa*, es decir, el derecho o facultad de plena disposición.

¹⁰⁸¹ Los Códigos Españoles concordados y anotados, cit. Partida III, 28, 1: “*Señorio es poder que ome ha en su cosa de fazer della e en ella lo que quisiere segun Dios e segund fuero*”.

¹⁰⁸² Bernard Guénéé. *Occidente durante los Siglos XIV y XV. Los Estados*, cit. pág. 9.

¹⁰⁸³ Partida III, 28, 1: “*La otra manera de Señorío es poder que ome ha en las cosas muebles, o rayz de este mundo en su vida; e despues de su muerte passa a los herederos, o a aquellos a quien la engenasse mientra biviessse*”.

La tercera manera de Señorío, añade la referida legislación de *Partidas*, es el poder que el hombre tiene en fruto, o en renta de algunas cosas en su vida, es decir, con carácter vitalicio, o a tiempo cierto; o en Castillo, o en tierra que el hombre tuviese en feudo. No está, en rigor, hablando de la propiedad o de la posesión, sino de determinados derechos que tiene el hombre sobre heredades ajenas, propias de otro, o *iura in re aliena*, que hacen posible la obtención de frutos, es decir, con referencia a la situación de usufructo, o mediante el pago de rentas de bienes ajenos, es decir, en arrendamiento, éstos a tiempo cierto o con carácter vitalicio, o en relación con la tenencia de un castillo, lo que parece derivar de una relación de vasallaje mediante la prestación de un servicio de carácter militar en defensa de un territorio a su cargo, con la consiguiente contrapartida de derechos; o los beneficios económicos procedentes de un feudo recibido de otro señor. En este texto puede apreciarse cómo sobre una realidad social, es decir, el entramado feudal o señorial, del cual el pensamiento jurídico no se puede desentender, que enraizado en el *prestimonio*, ha llegado a constituir un complejo mundo de derechos e intereses, relacionados con la idea medieval del feudo, o los derechos de castillería, sobre la que el legislador procede a relacionarlos con un concepto del Derecho Romano clásico, como son los *iura in re aliena*, de los que resalta los derechos de usufructo en manos de un tercero, como una forma de dominio, o las tenencias de propiedad ajena en virtud de una relación de arrendamiento o de *prestimonio* a cambio del pago de un canon, como carga fiscal. El Código Alfonsino no puede cerrar los ojos ante una realidad jurídica y social, en la que se encuentra doctrinalmente atrapado. Es el sistema feudal, basado en el entramado de relaciones personales de vasallaje.

En la segunda de las acepciones indicadas se acepta abiertamente el concepto de propiedad romana absoluta. Así puede deducirse cuando se señala como causa de pérdida del usufructo algunas de las consignadas en la ley, en cuyo caso las consecuencias de tal supuesto el usufructo o el uso torna al señor o propietario “*cuya era la propiedad de la cosa*”¹⁰⁸⁴.

Por otra parte, a pesar de las dudas que están enraizadas en el mundo feudal del Medioevo entre propiedad y posesión, Alfonso X establece una nítida diferenciación de ambos conceptos. Propiedad es el señorío que el hombre tiene sobre la cosa, mientras la

¹⁰⁸⁴ Partida III, 31, 24: “...que por cualquier destas razones se pierde o se desata el usufructo, o el uso que había en la cosa, e torna al señor cuya era la propiedad de la cosa”.

posesión equivale a la tenencia¹⁰⁸⁵. Al glosar esta ley -3, 2, 27- Gregorio López¹⁰⁸⁶ vuelve a referenciar sobre algo que ya hemos destacado. El dominio es un término más lato y general pues comprende tanto el dominio directo como el útil. Dada la complejidad de probar en juicio la propiedad que la tenencia, aconsejan las Partidas, seguidamente, haciendo suyos los criterios de la *Jurisprudencia* romana, que obra cuerdamente quien demanda sobre la tenencia que sobre la propiedad, si aquélla pudiere probar. Además, el propietario que perdiese el litigio sobre la tenencia, no queda atado por la sentencia desestimatoria de la tenencia, para poder reclamar por el señorío, pues quien reclamase el señorío si tuviese testigos y pruebas ciertas para probarlo sin alargamiento alguno; pues si lo probase, añade la expresada ley, le debe ser entregada la cosa y el otro litigante que razonase sus derechos sobre la tenencia, nada tiene que ver en el señorío.

Máxima es la comodidad de la posesión, aunque no se tenga derecho sobre las cosas. Si quien se las reclama no pudiere probar que el señorío le pertenece, siempre el tenedor queda en la tenencia, aunque no acrediten ningún derecho sobre ella¹⁰⁸⁷. Como se recordará a esta misma conclusión llegó la *Jurisprudencia* romana. Se trataba de un privilegio procesal por el cual el tenedor o poseedor de una casa resultaba beneficiado ya que la tenencia en su mano de una cosa presumía, en todo caso, un mejor derecho sobre la misma.

En la Setena, última *Partida*, se destinan algunas leyes a explicar cómo deben de ser entendidas algunas palabras. Palabras “*dubdosas*”. Y unas de estas palabras dudosas son “*propiedad*” y “*possession*”. Lo que acredita la duda, cuando no confusión conceptual, que, bien avanzado el siglo XIII, persistía sobre esta materia. Para el autor de las Partidas, propiedad es el Señorío de la cosa y la posesión es la tenencia de ella¹⁰⁸⁸. Pero no obstante la contundencia con la cual distingue ambos conceptos, señalando con

¹⁰⁸⁵ *Partida III, 2, 27: “Propriedad, e possession son dos palabras que ha entre ellas muy gran departimiento. Ca propiedad tanto quiere dezir, como el señorío que el ome ha en la cosa. E possession tanto quiere dezir como tenencia”.*

¹⁰⁸⁶ *Partida III, 2, 27: nota 2, “tanto quiere decir”: “quòd dominium est terminus magis latus et generalis, compreheudens tan dominium directum, quàm utile; proprietas verò solùm capitur propriè pro directo dominio...”.* En *Los Códigos españoles*, cit., tomo III, pág. 18.

¹⁰⁸⁷ *Partida III, 2, 18: “Pro muy grande nasce a los tenedores de las cosas, quier las tenga con derecho o non: ca maguer los que gelas demandasen dixessen que eran suyas, si non pudiessen probar que les pertenecia el señorío dellas, siempre finca la tenencia en aquellos que las tienen; maguer non muyestren ningún derechos que han para tenerlas”.*

¹⁰⁸⁸ *Partida VII, 33, 10: “Otro si dezimos que Propriedad es el señorío de la cosa, e Possession es la tenencia della”.*

nitidez que la posesión es la tenencia de la cosa, hecho que es distinto del señorío, el Rey Alfonso X se da cuenta de que ambos vocablos son intercambiables¹⁰⁸⁹. Una vez más, nos encontramos con que la Recepción del Derecho Romano nos devuelve el recuerdo de ideas sustentadas por el Derecho Romano Vulgar.

Sin embargo, a pesar de la confusión de ambos términos que acabamos de ver, y que el texto de *Partidas* trata de aclarar, en la Partida Tercera se vuelve a hablar de propiedad y posesión. En el Título XXX se enfrentan las *Partidas* a las maneras en que el hombre gana o pierde el Señorío por el transcurso del tiempo. Se arranca de una idea previa: la ganancia del Señorío, es decir, de la propiedad, es imposible a menos que por alguien se tenga la posesión y la tenencia de las cosas¹⁰⁹⁰. Las *Partidas* dan por sentado que posesión es algo así como poner los pies en algo, o la tenencia sin violencia en las cosas, con la ayuda del cuerpo y del entendimiento¹⁰⁹¹. Es decir, la posesión es un hecho, consistente en la tenencia de una cosa corporal con pleno conocimiento y voluntad. La posesión de las cosas incorpóreas, como pueden ser las servidumbres o los derechos para poder reclamar las deudas, no son susceptibles de ser poseídas, salvo cuando las tiene quien dispone del uso de las mismas o mediante el uso por un tercero, consentido por el dueño de una heredad, lo cual es a manera de *possessio*. La posesión de cosas incorpóreas es conocida como *quasi possessio*.

En la siguiente ley, se distinguen dos maneras de posesión, a saber, la natural y la civil, siendo la primera la tenencia corporal de una cosa, a saber, casa, Castillo o su heredad, estando en la misma. La civil es la manera de poseer sus bienes no estando en ellos en persona, aunque permenece la idea de no abandonarlos. Aunque no sea en ese momento tenedor del cuerpo de la cosa, su voluntad y entendimiento, es decir, el *animus possidendi*, equivale a estar en sus bienes por sí mismo. El *animus* puede tenerse *per se* o por otros en su nombre, hijos, siervos o *Personeros* o apoderados suyos.

¹⁰⁸⁹ Los Códigos Españoles, cit. “Pero a las vegadas, la una de estas palabras se toma por la otra”.

¹⁰⁹⁰ Los Códigos Españoles, cit. “E porque tal ganancia non se puede fazer amenos que el ome aya la *possession*, e la tenencia dellas”.

¹⁰⁹¹ Partida III, 30, 1: “*Possession tanto quiere decir como ponimiento de pies. E según dixeron los Sabios antiguos, possession es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con la ayuda del cuerpo y del entendimiento. Ca las cosas que non son corporales, assi como las servidumbres que han las unas heredades en las otras, e los derechos por los que demanda un ome sus debdas, e las otras cosas que non son corporales semejantes destas, propriamente non se pueden poseer, nin tener corporalmente; mas usando dellas aquel a quien pertenece el uso, e consintiéndolo aquel en cuya heredad lo ha, es como manera de possession*”.

Una innovación legislativa viene recogida en la regulación del denominado *peculio castrense* respecto de la legislación visigoda, que más atrás hemos visto al hablar de los *Leudes*, puculio ganado con grave riesgo personal o con el peligro de la actividad militar, ganancias que no se las puede embargar ni el padre o hermano ni ningún otro pariente que tenga¹⁰⁹². Sobre lo ganado como *peculio castrense* por los hijos, el padre no tiene derecho a un tercio del mismo. Se define el contenido de este peculio las soldadas donadas por los señores a sus vasallos, ya sean Caballeros, es decir, de naturaleza noble, ya de cualquier otra condición mediante servicios con caballo y armas. El *peculio quasi castrense* engloba cualquier donación de heredad o de cualquier otra cosa que da el Rey u otro Señor a los indicados. Estas normas, contenidas en las Partidas, adoptan una nomenclatura puramente de Derecho Romano Clásico, pero no por ello olvidan del derecho consuetudinario medieval hispánico, pues vuelven a aparecer situaciones ya existentes en el Derecho Visigodo protofuedalizado, como es la institución del *atondo*. En el fondo se reconoce la realidad de una sociedad en estado de guerra necesitada de la hueste o ejércitos privados, de naturaleza señorial, y que será el precedente del Ejército Nacional, cuya exclusividad en monopolio en manos regias en perjuicio de la existencia de tropas privadas, será una necesaria base para llegar al Estado Moderno, superado que hubiere sido el Estado Feudal.

Una manera de deslindar el concepto de la posesión en las *Partidas* consiste en la exclusión de la condición de poseedor a los labradores o yugueros, a los que tienen en arriendo o alquiler cosas ajenas, aunque sean apoderados en su tenencia, porque la verdadera posesión es de aquellos en cuyo nombre tienen el heredamiento; por ello, con independencia del tiempo que así, en este concepto, las tuvieren, no por ello ganan el señorío o propiedad¹⁰⁹³. Seguidamente contemplan Las *Partidas* los casos de quienes tienen alguna propiedad por feudo, o tienen de ella el usufructo o la tienen a censo, con su obligación de pago anual, si fueren apoderados de tales heredades, ganan la posesión

¹⁰⁹² Partida V, 17, 6: “Ca los dueños dellas pueden fazer destos bienes atales, lo que quisieren; e non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar, padre, hermano, nin otro pariente que ayan”.

¹⁰⁹³ Partida III, 30, 5: “Labradores, o yugueros, o los que tienen arrendadas, o alogadas cosas ajenas, como quier que ellos sean apoderados de la tenencia dellas; pero la verdadera possession es de aquellos en cuyo nombre tienen el heredamiento. E porende, quanto tiempo quier que ellos las tuviesen assi, non ganarían el señorío por ello”.

de tales propiedades, pero queda a salvo el señorío de sus dueños. Por tal tenencia no se puede acceder a la propiedad, sin importar el tiempo que estuvieren en tal situación¹⁰⁹⁴.

En este precepto se recogen diversos supuestos, de variado origen. La diversidad de su origen es que en este texto de las *Partidas* se acogen un supuesto de Derecho Medieval, es decir, el feudo o el señorío medieval, concepto jurídico que no existía en el Derecho Romano en cuanto tal; otro caso es el de la *locatio conductio ad longum tempus*, que procede del Derecho Romano Vulgar, que evoca la situación del *ager vectigal* o de la enfiteusis; y el tercer supuesto es el de la reserva del usufructo. En todos ellos, el tenedor de estos derechos tiene la posesión, pero tales derechos existen sin perjuicio del derecho superior del propietario, que nunca perderá su derecho de propiedad o señorío. Quien redactara estos textos del Código Alfonsino no puede desprenderse de la realidad que está viviendo, es decir, que al lado de la propiedad eminente o directa está la propiedad útil. Se sigue viviendo en una realidad de mentalidad medieval, en una propiedad diversificada o desgajada funcionalmente, aunque ya se empieza a tomar consciencia doctrinal del concepto de propiedad del Derecho Justiniano. Es la pugna doctrinal entre un concepto relativizado en la forma de tener las cosas, fundada en relaciones personales, y el concepto de propiedad absoluta, en cuya esencia el Señorío que aparece impregnado de tintes de Soberanía.

En todo caso, para ganar la posesión se deben observar dos requisitos: uno, es la voluntad de adquirir la posesión, es decir, el *animus*; y dos, el *corpus*, que es tanto como tenerla mediante la entrada personal en la heredad o la aprehensión de la misma, ya por sí ya por intermediación de otro en su nombre¹⁰⁹⁵. Aquí aparecen nítidos los dos requisitos del Derecho Romano Clásico. Las *Partidas* matizan cumplidamente en los supuestos de transferencia del señorío sobre la cosa, aunque establecen la condición esencial para ello que el precio se haya satisfecho. Cuando la *Partida* III, 23, 46¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹⁴ *Partida* III, 30, 5: “Pero aquellos que tienen a feudo algund heredamiento, o han ende el usufructo dello, o lo tienen a censo, dando cosa cierta por ello cada año, si fueren apoderados de aquellos heredamientos, ganan la possession dellos; pero en salvo finca el señorío a sus deuiños: de manera que atales por tal tenencia como esta non ganan la propiedad dellas, quanto tiempo quier que las tengan”.

¹⁰⁹⁵ *Partida* III, 30, 6: “Ganar queriendo algund ome alguna possession de Castillo, casa, o de otra cosa qualquier, ha menester que faga dos cosas. La una, que aya voluntad de ganar. La otra, que la entre por si corporalmente, e la tenga, o otro alguno por el en su nombre”

¹⁰⁹⁶ *Partida* III, 28, 46: “Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas, o dandoselas en dote, o en otra manera, o cambiandolas, o por alguna otra derecha razon...Empero, si el que oviessse vendido su cosa a otri, le apoderasse della; si el comprador non oviessse pagado el precio, o dado fiador, o peños, o tomado plazo para pagar; por tal apoderamiento como este non passaria el señorío de la

señala que apoderan unos hombres a otros en sus cosas por alguna razón derecha, en que, a modo de ejemplo señala la compraventa, la dote o el trueque o permuta, tal traslado de poder implica el traslado del señorío. Este traslado de poder se lleva a cabo mediante la *traditio*. Recoge una idea del Derecho Feudal al decir apoderamiento que puede ser sinónimo de la investidura. Y para el caso de una compraventa el impago de precio, ello puede ser sustituido por dar fiador, o *peños*, si el vendedor se fiase del comprador, en cuyo caso pasará al comprador de la cosa el señorío por el apoderamiento, si bien el precio no se hubiere pagado, aunque estará obligado al pago.

La garantía de la necesaria publicidad en las transmisiones de bienes queda patente para los testamentos, soporte de las herencias de las heredades, por el control que se concede a los sacerdotes, más tarde a los Obispos, conforme quedó establecido en el *Liber*, y también en la versión castellana del *Fuero Juzgo*. La *collatio* o parroquia, sobre todo a la salida de misa dominical, era otro lugar y momento del control ciudadano sobre los actos dispositivos. Públicas eran las celebraciones del *placitum* ante los Alcaldes, en el sistema foral hispánico.

Otro modo de garantizar la función transmisiva de las cosas con la finalidad de ganar la tenencia o posesión de alguna cosa, lo es mediante la entrega de carta o documento. Documento que se redacta y archiva en las iglesias o Monasterios, con un Notario y la exigida presencia de las partes intervinientes y sus preceptivos testigos. De nuevo vemos una práctica habitual del Derecho Romano Vulgar. De un elemento probatorio sencillo, la carta, pasa a tener la consideración de instrumento constitutivo para transmitir la posesión, aunque no haya entrega corpórea o *traditio* de la cosa dada¹⁰⁹⁷. Aquí se prescinde de la idea de *corpus*, de la *traditio* o entrega. La carta, para que pueda surtir efectos procesales, debe obrar en poder de quien recibe el título justificativo de tal donación.

La posesión, que alguna vez hubiere sido ganada, se pierde unas veces por causas naturales, como son las avenidas de río o inundación del mar; si fuere bien mueble, se pierde por caída en río o mar, salvo el derecho a reclamarla de quien la hallare. Otro

cosa fasta que el precio se pagasse. Mas si fiador...si el vendedor se fiasse en el comprador del precio; entonce pasaria el señorío de la cosa a el por el apoderamiento, maguer el precio non oviesse pagado. Empero tenuto seria de lo pagar”.

¹⁰⁹⁷ Partida III, 30, 8: “Dando algun ome a otro heredamiento, o otra cosa qualquier, apoderandole de las cartas porque la el ovo, o faziendo otra de nuevo, e dandogela, gana la possession, maguer non le apodere de la cosa dada, corporalmente”.

motivo de pérdida es enterrarla con la intención de que quede allí para siempre, criterios todos ellos tomados del Derecho Romano.

La pérdida de la tenencia de los bienes raíces puede tener lugar de una de estas tres maneras, indica la *Partida Tercera*. La primera se produce cuando es privado de la misma con el empleo de la fuerza; la segunda tiene lugar cuando estando ausente él, otro ha entrado en ella y no le permite acceder a la misma; y la tercera se produce cuando recibe la noticia de que alguien se ha intrusado en su posesión y no quiere ir a ella por sospechar que no le dejen entrar en la misma o que, si entra, le echarían por la fuerza¹⁰⁹⁸, pero siempre queda a salvo poder reclamar en juicio la posesión, y aún más, incluso el señorío de ella¹⁰⁹⁹, mediante los interdictos u otros remedios restitutorios. El empleo de la violencia o la fuerza para privar a alguien tanto de la posesión como de la propiedad era un claro supuesto protegido por el Derecho, incluso retrotrayéndose en el tiempo a los contenidos del Derecho Romano Primitivo o Arcaico. En el texto de las *Partidas* anotado se observa la distinción entre la posesión o la mera tenencia y el señorío o propiedad, pues ambas podrían ser objeto de reclamación en juicio mediante los remedios indicados. Conviene no olvidar que el propietario ostenta además la condición de poseedor, pues el hecho posesorio es visible.

La posesión o tenencia de la cosa mueble se pierde aunque el poseedor no tenga la idea de haberla perdido. Si, a sabiendas de la pérdida de la cosa, estuviese buscándola con la clara intención de encontrarla, sigue siendo tenedor de la misma, o al menos de cierto poder sobre la misma. Pero si el dueño de la cosa no la tuviese en su guarda, por haberla prestado, alquilado o encomendado a otro, si éste la perdiese, se pierde la tenencia de la cosa. Señalan las *Partidas* una excepción, que es la que se refiere a la posesión del siervo, el cual aunque se pierda no estando en la guarda del dueño, su señor es siempre su tenedor¹¹⁰⁰.

En el Código de Partidas ha desaparecido la institución del año y día. Los redactores del monumento Alfonsino lo ven como algo extraño, sin cabida alguna en la

¹⁰⁹⁸ *Partida III, 30, 17*: “La primera es si lo echan della por fuerça. La segunda es, si la entra otro alguno non estando el delante, e quando viene despues, non lo reciben dentro della. La tercera es quando oye que alguno entro la cosa de que el era tenedor, e non quiere yr alla, porque sospecha que non lo querran dexar entrar en ella. O que lo echarian ende por la fuerça, si la entrasse”.

¹⁰⁹⁹ *Partida III, 30, 17*, sigue diciendo: “Empero, como quier que pierde la tenencia por alguna destas tres maneras, en salvol finca poder para la demandar en juycio, e aun el señorio della”.

¹¹⁰⁰ Inciso final de la ley XVII: “Fueras ende, si la cosa que se perdissse assi, fuesse siervo. Ca maguer el siervo se pierda, non estando en guarda de su señor, siempre es tenedor del”.

modernidad jurídica que se atisba. No se habla de la misma ni como fundamento para el ejercicio de la posesión ni como medio de acceso al señorío. Es evidente, en nuestra opinión, que de ello se deduce que la institución del año y día estaba en los entresijos y el soporte del Derecho Feudal. Las *Partidas* alumbraban un nuevo horizonte. Es muy posible que se haya llegado a entrever su semejanza con las soluciones interdictales, para aplicar éstas a la defensa de la posesión.

El Código de *Partidas* se enfrenta a la conceptualización de la propiedad desde el punto de vista de sus contenidos, es decir, los poderes de los monarcas o su Señorío, que hoy sería visto como aspectos de Poder público, pero que se entremezcal con el derecho privado en cuanto el Rey es *dominus* de tierras como señor de las mismas; en segundo lugar, derechos de los particulares sobre sus cosas, de los que se destaca el poder dispositivo en sus diversas formas, incluso después de su muerte, donde se puede atisbar netamente en que consiste la propiedad; y por fin, el poder que se puede en su caso ejercer sobre cosa ajena, siempre limitado al poder del *dominus* detentador del derecho de propiedad, de la *substantia*.

Sobre el primero de los conceptos de Señorío, a saber los derechos del Monarca, destaca Pérez-Prendes¹¹⁰¹ su importancia, pues tal manera de ver el Poder la propiedad, tal concepto patrimonial de los bienes o cosas del Rey, de su facultad de conceder regalías, recuerdo de las larguezas imperiales romanas, así como de la facultad de expropiar las propiedades de los nobles traidores o alevosos, serán heredadas en el tiempo venidero por el Estado Moderno para intervenir legítimamente la propiedad privada, ordenando, interviniendo e, incluso, expropiando cuando el sacrosanto bien común lo aconseje, con facultades omnímodas, si se tiene en cuenta la capacidad del Poder para determinar qué sea el bien común.

Las *Partidas* no se limitan a dar los trazos generales de la forma en que el poder sobre las cosas es ejercido por los titulares de las indicadas especies de los Señoríos. Como ya hemos indicado este Código Alfonsino trató de elaborar un magno compendio de las concepciones jurídicas del *ius commune*, integrado por el Derecho Justiniano con la notoria influencia del Derecho Canónico, aunque no se pierda de vista el marco político-social del feudalismo. El Derecho de Cosas del precitado *ius commune* se enmarca en las clasificaciones de las cosas, que ya fuera motivo de la especulación de la

¹¹⁰¹ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Notas sobre la propiedad y las cosas*, cit. pág. 29, en *Propiedad e Historia del Derecho*.

Jurisprudencia romana, fijando su atención en dos aspectos, es decir, lo que es en sí conforme a la propia naturaleza intrínseca de las cosas, y lo que es en sí conforme a su aplicación funcional en la cotidiana práctica jurídica de las cosas. El primer criterio distintivo de las cosas responde a lo que es; el segundo es aquel cuya guía es su destino.

En lo que respecta a las cosas según el criterio visible que la observación de la naturaleza ofrece, las *Partidas* acogen con decisión al Derecho compilado bajo la iniciativa de Justiniano. Las cosas pueden ser, y en efecto son, ya corporales ya incorpóreas. En las *Instituta*¹¹⁰² de Justiniano se recoge la doctrina de las cosas corpóreas como aquéllas que pueden ser tocadas, asidas con la mano, como un fundo, un hombre, un vestido, el oro, la plata y otras muchas cosas más. Incorpóreas son aquellas cosas que no pueden ser tocadas, así las que consisten en un derecho, la herencia, el usufructo, el uso y las obligaciones contraídas de cualquier modo. También incorpóreas son las servidumbres sobre predios rústicos y urbanos. Alfonso X acude al instituto de la *possessio* para perfilar la distinción entre ambas categorías de cosas¹¹⁰³. Tras definir qué cosa sea la *possessio*, es decir, la tenencia que en derecho tiene el hombre en las cosas con ayuda del cuerpo y de entendimiento, añade que las cosas que no son corporales, tales como las servidumbres de unas heredades en las otras – heredades debe entenderse como propiedades- y los derechos por los que uno demanda sus deudas, y cosas semejantes a éstas que no son corporales, no son susceptibles de posesión ni ser tenidas corporalmente. Para exponer la distinción cosa corpórea-cosa incorpórea, dado que la *possessio* es la tenencia, todas cuantas son susceptibles de ser tomadas con la mano, se estiman como cosas con cuerpo, es decir, corpóreas o corporales. En la glosa que al respecto lleva a cabo Gregorio López sobre este particular, limita la posesión a la justa detentación de las cosas corporales¹¹⁰⁴, nominando a la tenencia de un derecho sobre cosas incorpóreas como *quasi possessio*.

¹¹⁰² Justiniano. *Instituta*, II, 2, 1 y 2. 1: “*Corporales hae sunt, quae sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabilis*”. Y 2: “*Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt; quaelia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, usus, obligationes quoque modo contractae...Nam ipsum ius hereditatis, et ipsum ius utendi fruendi, et ipsum ius obligationis incorporeales est*”.

¹¹⁰³ *Partida* III, 30, 1: “*Ca las cosas que non son corporales, assi como las servidumbres que han las unas heredades en las otras, e los derechos por los que demanda un ome sus debdas e las otras cosas que non son corporales semejantes destas, propriamente non se pueden poseer, nin tener corporalmente...*”.

¹¹⁰⁴ *Partida* III, 30, 1, nota 1, pág., 130 del Tomo III de Los Códigos Españoles: “*Possessio est justa detentio rerum corporalium cum corporis intellectu, et adjutorio. Incorporalia enim non possidentur, sed quasi possidentur*”.

Mayor notoriedad y trascendencia jurídica que la distinción en tratamiento de las cosas muebles e inmuebles que en el Derecho Romano, en cuyo ordenamiento eran conocidas, pero oscurecidas por la distinción *res mancipi-res nec mancipi*, que desaparece con Justiniano, por la influencia de la realidad de la influencia del Derecho Germánico en el Derecho Hispánico Medieval, tuvo acogida en las *Partidas*, que se vieron influenciadas por el conocimiento del Digesto, que fluye en el Código Alfonsino. En las *Partidas* se lleva a cabo un concepto de cosa mueble al señalar que son cosas que el hombre puede mover de un lugar a otro, así como cuantas otras cosas se pueden ellas mismas desplazar de forma natural. Es un criterio mecanicista. A modo de ejemplo señala, entre las primeras, los paños, los libros, vino o aceite y otras semejantes a éstas. Entre las segundas cita a los caballos y mulos, otras bestias, ganados, aves, y otras semejantes. Añade un criterio relativo a la susceptibilidad de adquisición por paso del tiempo, en el sentido de que toda cosa mueble que sea hurtada, robada o con el empleo de violencia o fuerza, no es susceptible de ser ganada por el tiempo, ni ella ni los frutos ni las rentas que la misma produjese¹¹⁰⁵. *A sensu contrario*, lo que no es mueble, es cosa inmueble. Tras definir de forma genérica a los bienes como todas aquellas cosas de que los hombres se sirven o ayudan, por aplicación de un criterio de funcionalidad o servicio, añade que estas cosas son de dos maneras, las unas muebles y las otras raíces. La movilidad es el criterio determinante de distinción. Bienes raíces significan inmovilidad de los fundos y cuanto a los mismos está permanente y naturalmente unido¹¹⁰⁶. La primera de las leyes,¹¹⁰⁷ desarrollada a continuación, que contiene la pretensión de proteger y defender las propiedades del Rey y del Reino, concluye mandando que las cosas regias no son susceptibles de enajenación. Se trata de la idea del origen de los bienes del Estado, de lo que se deduce que ya en Alfonso X empiezan a elaborarse algunos criterios que serán absorbidos en los contenidos del Estado Moderno.

¹¹⁰⁵ *Partida III, 29, 4*: “Muebles son llamadas todas las cosas que los omes pueden mover de un lugar a otro, e todas las cosas que se pueden mover naturalmente...E por ende dezimos, que toda cosa mueble, que non sea furtada, forçada, o robada, que se puede ganar por tiempo; también ella como los otros frutos e las rentas que dellas saliessen; mas si fuesse furtada, forçada o robada, non se podría ganar por tiempo, nin ella, nin los frutos, ni las rentas que salieren della”.

¹¹⁰⁶ *Partida II, 17*, que trata de las cosas del Rey a quien pertenecen para su mantenimiento. “Bienes son llamados aquellas cosas de que los omes se sirven e se ayudan. E estas son en dos maneras: las unas muebles: las otras raíces”.

¹¹⁰⁷ *Partida II, 17, 1*: “...Porque las cosas que pertenescen al Rey o al Reyno, non se pueden enajenar por ninguna destas razones”.

Por otra parte, en cuanto a la distinción de cosas fungibles y no fungibles, atendiendo a ser, o no, cosas intercambiables, por otras de igual especie en lo que respecta al Derecho Romano, Paulo¹¹⁰⁸ ya reflejó el criterio de ser cosas que se determinan por el peso, número o medida. Cuando se entrega vino o trigo, no hay obligación de devolver ese mismo vino o trigo recibido, sino la misma cantidad de vino o trigo recibida. Normalmente se aplica a cosas consumibles. Las *Partidas* con un afán instructivo, desde un plano moralista, señala como clase de préstamo el mutuo, que es más natural y es cuando unos se prestan a otros algunas de las cosas que son acostumbrados a contar, pesar o medir: lo dado, las cosas entregadas, pasa el señorío de aquél a quien se da en préstamo¹¹⁰⁹. Se trata de un supuesto de *traditio* con traslado del dominio.

Señala Pérez-Prendes la distinción entre cosas singulares y universales¹¹¹⁰. En el fondo se trata de una dualidad en la que toma apoyatura el denominado derecho de mayorazgo, pues en este derecho se integran, para su sucesión hereditaria, todo el conjunto de cosas y derechos a condición de que sean conservados a perpetuidad en el seno de una misma familia. Se trata pues de una universalidad de bienes, que pueden integrar diversas cosas singulares. El *mayorazgo* fue objeto de tratamiento legislativo a partir de la Ley cuarenta y siguientes de las de Toro. Sesudos comentaristas¹¹¹¹ dedicaron sus esfuerzos a explicar el mayorazgo. Desde su pretendida incardinación en el Derecho Germánico como derivado del feudo medieval, dimanante de concesiones regias de tierras y honores, que se entendía como Fuero de España, como premio de estar, o haber estado, al servicio del Rey, mayor empeño se puso en establecer el modo de la sucesión en dichos dominios. Nada de extrañeza puede producir que principie la Ley 40 con las palabras “*en la subcesión del mayorazgo*”. Se acudió al expediente de su origen en el Derecho Franco relativo al modo de suceder en la titularidad de los feudos con la práctica de vincular los bienes otorgándoles el carácter de su indivisibilidad. La institución del mayorazgo fue una sumisión regia a la influencia de la Nobleza,

¹¹⁰⁸ D. 3, 12, 2, 1: “*Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt*”. E *in fine* D. 3, 12, 2: “*nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum*”.

¹¹⁰⁹ *Partida V*, 1, 1: “*La una es mas natural que la otra, e esta es, quando emprestan unos a otros, alguna de las cosas que son acostumbradas a contar, pesar o medir. E tal préstamo como este, es llamado en latin Mutuum...ca pasa el señorío de qualquier destas cosas, al que es dada por préstamo*”.

¹¹¹⁰ Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Notas sobre la propiedad y las cosas...*, cit. pág. 31.

¹¹¹¹ Llamas y Molina, Sancho. *Comentario crítico, jurídico, literal de las ochenta y tres Leyes de Toro*, Tomo II, págs. 17 y ss. Madrid, 1853.

respetando sus privilegios en el hecho de suceder el varón primogénito en los derechos, con graves y perniciosas consecuencias económicas al excluir la posibilidad de la división de los bienes, y *de facto* pasar a ser considerados *res extracommercium*. El mayorazgo era un ejemplo de cosas universales. La idea de un “conjunto de bienes” fue entrevista por Ulpiano¹¹¹², en la *bonorum possessio*, en relación con la herencia, como el dominio de todas las cosas que se integran en este conjunto de bienes. La institución del *Mayorazgo* es un reflejo de los derechos nobiliarios a imagen y semejanza de cuanto el Poder regio trata de consolidar para sí. Es un reconocimiento explícito del un poder intermedio, reliquia del pasado, que consolida el enquistamiento del Sistema Feudal en un momento histórico en que el Derecho Feudal, como fundamento social, está en franca decadencia.

Finalmente, otro criterio mecanicista, basado en la integridad de una cosa o su divisibilidad en distintas partes con entidad propia y distinta cada una de ellas, sirvió de base para distinguir las cosas en divisibles e indivisibles. En el Derecho Romano Clásico se acogió la doctrina de Paulo¹¹¹³ consistente en poder ejercer la *actio communi dividundo* de aquellas cosas que no pueden dividirse sin que perezcan o pierdan notoriamente su valoración que haga inviable, en términos económicos, su división. El principal problema de la divisibilidad en la práctica se planteaba en los supuestos de división de herencias. En rigor no se trataba, en tales casos de sucesión hereditaria, del ejercicio de la *actio communi dividundo*, sino de la *actio familiae erciscundae*. Aunque técnicamente la solución llegase de la mano de la primera *actio* citada, como sucede en la actualidad en nuestro derecho, sin embargo la dificultad está en conjugar la divisibilidad de los bienes con los derechos legítimos de los herederos, legalmente establecidos, en función de los *tercios* o, históricamente, de los *quintos*.

El *ius commune* era un complejo mundo jurídico con dos grandes ámbitos de orientación en su seno. Así, aparecen dos clases de cosas, según el punto de vista del *Corpus Iuris Canonici* o del *Corpus Iuris civilis*. Las *Partidas* de Alfonso X no podían ser insensibles a las enseñanzas que, respecto de los bienes, se impartía en ambos derechos. La influencia del Derecho Canónico se aprecia en la Primera *Partida*. Recoge

¹¹¹² D. 37, 1, 1: “*Bonorum possessio admissa commoda et incomoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit, nam haec omnia bonis sunt coniuncta*”.

¹¹¹³ D. 6, 1, 35, 3: “*Eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat*”.

cuestiones de fe y de organización eclesial. Deja en las manos de la Iglesia el derecho a sepultura en los cementerios. Se ocupa con detalle de los bienes de la Iglesia, señalando que solamente el Obispo puede enajenar bienes eclesiales en cualquiera de los casos tasados al efecto. Posibilidades dispositivas del Prelado limitadas a las donaciones que precisan del consentimiento de su Cabildo.

Interés especial tiene para el Código de *Partidas* el hecho de excluir de cualquier género de Señorío las cosas Sagradas, Religiosas o Santas. Síguese en ello la caracterización del Derecho Romano Clásico, pues en efecto Gayo¹¹¹⁴ diferenció con nitidez, al dividir las cosas, en que unas son de derecho divino y otras son de derecho humano. Al primer grupo de cosas pertenecen las cosas sagradas y las destinadas al servicio religioso. El derecho divino no pertenece a nadie; en cambio, lo que es de derecho humano está en la propiedad de alguien, excepto en el caso de bienes hereditarios mientras no haya heredero. Las cosas de derecho humano, sigue diciendo Gayo, o son públicas o son privadas. Con similares criterios en las *Partidas*¹¹¹⁵ se significa que toda cosa Sagrada, Religiosa o Santa, establecidas al servicio de Dios, su señorío no está en poder o señorío de ningún hombre ni pueden ser contadas entre sus bienes. El Clérigo que las tiene en su poder, carece de señorío sobre ellas, pues solamente es su guardador o servidor, administrador de las mismas como *cultor*. Cosas Sagradas son cuantas cosas han sido consagradas por los Obispos¹¹¹⁶. Religioso¹¹¹⁷ es el lugar donde es enterrado algún hombre, libre o siervo, para nunca mudarło.

En cuanto a las cosas Santas, Gayo¹¹¹⁸ señala como tales a las murallas y las puertas de la ciudad que, en cierto modo son de derecho divino. Y en la ley siguiente a las que venimos indicando de las *Partidas*, se establece que son cosas Santas los muros y las

¹¹¹⁴ Gayo. *Instituciones*, II, 2: “*Summa itaque rerum divisio in duos artículos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani*”. 3: “*Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae*”. 4: “*Sacrae sunt quae diis superis consecratae sunt; religiosae quae diis Manibus relictae sunt*”. 6: “*Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertinet*”. 9: “*Quod autem divini iuris est, ad nullius in bonis est, potest autem et nullius in bibis esse; nam res hereditariae...*”.

¹¹¹⁵ *Partida III*, 28, 12: “*Toda cosa Sagrada, o Relligiosa, o Santa, que es establecida a servicio de Dios, non es en poder de ningund ome el señorío della, nin puede ser contada entre sus bienes: e maguer los Clerigos las tengan en su poder, non han señorío dellas; mas tienenlas assi como guardadores o servidores*”.

¹¹¹⁶ *Partida III*, 28, 13: “*Sagradas cosas, dezimos, que son aquellas que consagran los Obispos*”, añadiendo las Iglesias, los Altares, etc., cuyo señorío no se puede enajenar.

¹¹¹⁷ *Partida III*, 28, 14: “*Religioso lugar dezimos que es aquel, o es soterrado algund ome, quier sea libre, quier siervo, si es soterrado para nunca mudarło*”.

¹¹¹⁸ Gayo. *Instituciones* 3, 8: “*Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodammodo divini iuris sunt*”.

puertas de las ciudades y de las villas. Como de ello se deduce, el influjo doctrinal del Derecho Romano. La ocupación es una forma de adquirir el dominio en el Derecho Romano Clásico. Así se pronuncia Gayo¹¹¹⁹ pues los animales capturados en tierra, mar o aire, se hacen de quien los coge, así como los seres que de ellos nacieron. Concluyente es la afirmación de lo que no es nadie se concede al que lo ocupa. En igual sentido se refleja en las *Partidas* la idea de que las bestias salvajes, o las aves o lo pescado en la mar o los ríos, sea quien fuere el que los tome, una vez apresados, son suyos¹¹²⁰. La ocupación es título que confiere propiedad de las cosas de los enemigos de la fe, con quien no hay tregua ni paz real. Cuantos metales valiosos, como el oro, perlas o piedras preciosas fueren encontradas en las arenas de la orilla del mar, han de ser del que las encontrare¹¹²¹.

En las *Partidas* se señalan bienes de universal patrimonio que pertenecen a cuantos viven en este mundo. Son el aire, las aguas de lluvia, el mar y sus riberas; todo el mundo puede usarlas según de ellas necesite. Son bienes de uso universal y común¹¹²². Hay, por otra parte y en otro sentido diverso, bienes comunes: son los ríos, los puertos, los caminos públicos que pertenecen a todos los hombres comunalmente; pueden usarlos también los que son de tierra extraña¹¹²³. Además, en las *Partidas* se señala la posibilidad de que ciudades y villas tengan, entre sus diversos bienes, campos, viñedos, huertas, olivares y otras propiedades, además de ganado, siervos y cosas semejantes que producen frutos y rentas; y aunque sean comunales tales bienes, de todos sus moradores, a pesar de ello no puede cada uno usar apartadamente de ellos; pero frutos y rentas que del uso salieren deben ser ingresadas en beneficio de la ciudad o la villa para con su importe pagar el arreglo de la muralla, de los puentes o de la fortaleza o hacer pagos en pro de cosas semejantes de la ciudad o villa¹¹²⁴. Se trata de los bienes comunales de los

¹¹¹⁹ D. 41, 1, 1, 1: “*Omnia igitur animalia, quae terra, mari, coelo capiuntur, id est ferae bestiae, et volucres, pisces, capientum fiunt*”. Añade Florentinus en D. 41, 2: “*vel quae ex his apud nos sunt edita*”. Argumenta Gayo en D. 41.3: “*Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*”.

¹¹²⁰ *Partida III*, 28, 17: “*Bestias salvajes, e las aves, e los pescados de la mar, e de los ríos, quien quier que los prenda, son suyos luego que los ha presos*”.

¹¹²¹ *Partida III*, 28, 5: “*Oro, o aljófar, e pidras preciosas fallan los omes en la arena que está en la ribera de la mar. E porende dezimos, que todo ome que fallare y alguna destas cosas sobredichas, e la tomare primeramente, que debe ser suya...e que otro ninguno non gela pueda contrallar, nin embargar*”.

¹¹²² *Partida III*, 28, 3.

¹¹²³ *Partida III*, 28, 6.

¹¹²⁴ *Partida III*, 28, 10: “*Campos, e viñas, e huertas, e olivares, e otras heredades, e ganados, e siervos, e otras cosas semejantes que dan fruto de si, o renta, pueden aver las Cibdades o las Villas: e como quier que sean comunalmente de todos los moradores de la Cibdad, o de la Villa cuyos fueren, con todo esso non puede cada uno por si apartadamente usar de tales cosas como estas; mas los frutos, e las*

municipios, que arrendados a determinados vecinos, con las rentas se hacía frente a gastos derivados de las obras de reparación y conservación de murallas, puentes, etc.

Como se está observando el sistema jurídico de las *Partidas* sigue fielmente las doctrinas desenvueltas tanto por el Derecho Canónico, como por el Derecho Romano, es decir, lo que constituye el *ius commune*. Pero no consiguió desligarse de un mundo social que tenía ante sí, o sea, la feudalización imperante en la sociedad. En este sentido, es posible afirmar que este *ius commune* consiste en un complejo de ideas renovadoras instaladas en una sociedad dominada por un arrastre de la constitución feudal. La cuestión es si con la aplicación de la legislación del *ius commune* se pudo alterar el sustrato social o si el poder real sucumbió ante una realidad más fuerte que los deseos de la Monarquía. Así, en cuanto al extremo de la contradicción entre la propiedad o señorío sobre la tierra y el hecho de la mera tenencia de la misma, a manera de ejemplo, cuando un labrador tuviere arrendada cosa ajena, solamente está apoderado en cuanto a la mera tenencia de tales cosas, porque la verdadera posesión es de aquellos de quienes tienen el heredamiento, cuya consecuencia fundamental es que, careciendo de la posesión, jamás podrán alcanzar el señorío o propiedad. Nunca podrán pretender ganar la cosa por el transcurso del tiempo. Sin embargo, seguidamente, se observa una particularidad, derivada del sistema feudal, consistente en que quien tuviere fundo a feudo, o tuviere el usufructo de ello, o lo tiene a censo, dando una cosa cierta por ello al año, si tuvieren apoderamiento sobre aquellos heredamientos, ganan la posesión, pero queda a salvo el señorío de sus dueños, de manera tal que por tal tenencia no pueden ganar la propiedad, sea cual fuere el tiempo que las tuvieren. En el primer supuesto, se basa la tenencia de la cosa en una relación contractual y a ello deben atenerse las partes; en el segundo, se trata de un derecho real, de naturaleza posesoria, sin limitación alguna en cuanto al tiempo que pueda durar tal situación de la tenencia posesoria. Esta tenencia o *Gewere*, significa el pleno *dominium utile*, pues la ley no le permite llegar más lejos que los meros derechos reales de tenencia, quedando vedada la posibilidad de su transformación en dominio directo o eminente, es decir, la plena propiedad.

IV. 3. El Fuero Viejo de Castilla.

El Fuero Viejo de Castilla es una legislación que consolida los privilegios de la rancia nobleza castellana, derechos heredados de la Edad Media, como premio de su

rentas que salieren de ellas, deven ser metidas en pro comunal de toda la Cibdad, o Villa, cuyas fueren las cosas onde salen; assi como en lavor de los muros, e de los puentes, ...”.

contribución a la consolidación del nuevo régimen político. En su contenido tienen reflejo los privilegios de los *fijosdalgo* y de los *ricos-homes*. La política legislativa unificadora intentada por Alfonso X para Castilla forjó el Fuero Real, hacia mediados del siglo XIII, que otorgó a muchos municipios que carecían de su propio Fuero. La arisca nobleza, celosa del predominio político que adquiriría la Monarquía, deseaba ver por escrito legislados sus derechos y privilegios, como legal reconocimiento de sus esfuerzos y desvelos en la lucha armada de la Reconquista. Alfonso XI, en 1348 había impuesto en las Cortes de Alcalá de Henares un importante texto legislativo, el Ordenamiento de Alcalá. Era Ley del Rey impuesta en Cortes, no una Ley de Cortes. En el año de 1351 su hijo, el Rey Don Pedro I de Castilla, autorizó y ordenó el referido Ordenamiento, en cuya virtud, el Rey añadía a la facultad de la denominada Mayoría de Justicia, en cuanto a la administración de la Justicia, la facultad regia de poder dictar nuevas leyes o modificar la legislación ya existente. Reformar las leyes y dictar otras nuevas, alteraba los esquemas del Poder. Cinco años más tarde, el referido Rey Don Pedro I de Castilla, atenazado por las revueltas que en todo su reino promovían sus hermanos, quiero matizar, los hijos de Doña Leonor de Guzmán y de su padre Alfonso XI, disputas que en definitiva le privarán de la vida y del Trono en beneficio de su hermano Don Enrique, así como con los preparativos bélicos contra el Reino de Aragón, se veía mediatizado y en cierto modo necesitado del apoyo de la Nobleza. De ahí que en 1356 introdujo en la legislación nobiliaria castellana las necesarias actualizaciones y procedió a publicarlo como el Fuero Viejo de Castilla. En el prólogo el Rey Don Pedro I, hijo del Muy Noble Rey Don Alfonso –es Alfonso XI- lleva a cabo una sucinta exposición de motivos con datos relativos a la historia de este fuero, reclamado por la nobleza, –*ricos-homes* de la tierra y los *fijosdalgo*- para que diese a Castilla los fueros que tuvieron en tiempo del Rey Don Alfonso –se refiere a Alfonso X- y del Rey Don Fernando, su padre –Fernando III- “*porque ellos é suos vasallos fuesen judgados por el fuero que ente ansi como solien*”.

Pedro José Pidal señala¹¹²⁵, en las Adiciones al Fuero Viejo de Castilla, que el contenido de este Fuero tuvo muy escasa difusión publicitaria y circulación hasta que en 1771 lo dieron a la imprenta los Doctores Asso y de Manuel.

¹¹²⁵ Pedro José Pidal. *Adiciones al Fuero Viejo de Castilla*, en *Los Códigos Españoles*, Tomo I, págs. 243 y ss. Madrid, 1847.

En estos azarosos momentos históricos que atenazan a la sociedad castellana, el correcto enfoque del entendimiento del régimen señorial hispánico pasa por su encuadramiento dentro del régimen feudal, que en el fondo presupone desgajar del Poder regio tanto súbditos como funciones¹¹²⁶. En la Península Hispánica, a lo largo de la Alta Edad Media el sustrato jurídico es el Derecho visigodo, es decir, básicamente el Derecho Romano Vulgar. Como señala Otero Varela¹¹²⁷, el vacío dejado por el Monarca Visigodo fue sustituido por el entramado de relaciones personales en que el personaje poderoso impone su poder no exento de abusos. Esto era novedoso pues el *Liber* desconocía tales relaciones de sumisión interpuestas entre el poder del Rey y los súbditos. Aventura que, por otra parte, el *Liber* continuaría observándose, en aquellos aspectos en que se acomodaba a la nueva situación política, como Derecho Común Hispánico. Nueva realidad política que albergaría unas ramas nuevas, la señorial que resolvía problemas relacionales; y el naciente derecho local, producto de la convivencia en villas, aldeas y ciudades. Esta descripción sería insuficiente si, como afirma Morán Martín¹¹²⁸, no se perfilasen adecuadamente sus encajes en el Derecho Medieval.

La Historia del Derecho Hispánico de la Edad Media es un relato que se contiene en buena medida en el espejo que refleja la lucha por el Poder, por la dominación social, por la imposición del predominio económico. Porque en este entramado, junto a los nobles y las ciudades, éstas con un incrementado dominio social y político en la medida que la industria artesana y el comercio lo avalen, el Rey medieval hispánico aparece como un poder moderador, con resortes en materia de aplicación de la Mayoría de Justicia, con el privilegio de hacer la guerra y declarar la paz. Sobre el Derecho común hispánico, producto del sistema feudalizante, se consolidan como derechos nacidos al calor del ejercicio del poder político, unas especialidades jurídicas que conforman el Derecho de los Señoríos. Se trata de un derecho arrebatado al poder real, a veces revestido de una concesión del Monarca, fruto de su debilidad. El interés no consiste en examinar su origen, sino en ver su alcance y los problemas generados por su misma existencia, en cuanto lo visible es la dispersión del poder señorial, que constituye un anclaje feudal en el seno de la sociedad. El esfuerzo del Monarca trató de rescatar el

¹¹²⁶ Morán Martín, Remedios. *¿De la autonomía a la dispersión? Una hipótesis sobre la evolución del derecho señorial*. IUS FUGIT, págs. 299 y ss. Madrid, 2009-210.

¹¹²⁷ Otero Varela, Alfonso. *El Códice López Ferreiro del L. I*, pág. 565. AHDE. Madrid, 1959.

¹¹²⁸ Morán Martín, Remedios. *¿De la autonomía a la dispersión? Una hipótesis sobre la evolución del Derecho Señorial*, cit.

Poder perdido, depositado en manos señoriales. Poderes ejercidos sobre personas y territorios. Lo apreciable de esta identidad de personas y tierras es que sobre las mismas se ejercita el poder político. Como señala Morán Martín¹¹²⁹, el Derecho de los Señoríos surge como desarrollo del proceso de Reconquista y Repoblación, procesos que dirige el Rey hispánico y que tiene lugar cuando el Monarca ya está dotado de un reconocido poder organizativo. El posterior desarrollo absorbente de este poder regio, será el elemento necesario para neutralizar el aspecto político del poder señorial sobre las personas. En cuanto al dominio señorial sobre los territorios o tierras, tenderá a quedar integrado en la pugna por la Soberanía regia como una entidad con tendencia imparable hacia el predominio político. En el ámbito privado o particular, resurgirán los conceptos de propiedad o posesión para distinguirlos de dicha Soberanía regia y, en la práctica, camuflados en su ejercicio señorial. La recuperación de los viejos conceptos de propiedad o posesión sobre la tierra ayudarán a superar conceptos del Derecho Feudal. Parte de este Derecho Feudal pasará a formar parte del renovador *Ius Commune*, junto al Derecho Romano Justiniano y el Derecho Canónico. Pero el Sistema Feudal como instrumento organizativo social del Medioevo, irá declinando a favor del nacimiento del futuro Estado Moderno.

En cuanto respecta a la búsqueda de los contenidos legales que prestan especial atención a la propiedad de los bienes, en el Fuero Viejo de Castilla¹¹³⁰, en su Título IV, Libro IV, se desgranar, como Fuero de Castilla, una serie de leyes sin duda de origen consuetudinario, tendentes a señalar cómo se puede ganar o perder el señorío, es decir, la propiedad de las cosas, por el transcurso del tiempo, señaladamente, con referencia al año y día. Esta institución jurídica del año y día, se erige como bastión de un pasado, que se perpetúa como un privilegio de clase dominante y que convive, legalmente, con otros plazos más amplios en el tiempo. Las propiedades de la nobleza han sido protegidas en el Fuero Viejo, pues quien no sea hidalgo no puede demandar heredad de *abolengo* más que si la acredita de más de hasta treinta y un años y un día. Estos bienes

¹¹²⁹ Morán Martín, Remedios. *¿De la autonomía a la dispersión?*, cit. págs. 304 y ss.

¹¹³⁰ Javier Alvarado Planas y Gonzalo Oliva Manso. *Los Fueros de Castilla*, págs. 585 y ss. BOE/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004. Sobre *El Libro de los Fueros de Castilla* trabajó Galo Sánchez, que lo publicó en 1924, Ediciones El Albir. Barcelona. Recoge el más antiguo derecho territorial castellano en su conjunto. Con un trabajo introductorio y explicativo con Notas Históricas y Leales, en 1771, el Fuero Viejo de Castilla fue publicado por los Doctores Asso y de Manuel. Este trabajo de citados autores, y el Fuero, mereció ser acogido en el Tomo I de *los Códigos Españoles, concordados y anotados*, publicado también en Madrid en 1847.

de *abolengo*, referidos a ser propiedad desde los tiempos de los abuelos, son inmuebles privilegiados y protegidos y, para estos supuestos, tienen especial protección invocando y evocando antecedentes en el plazo prescriptivo visigodo. La Nobleza siempre pretendió raíces de antigüedad tanto en sus derechos legítimos como en la antigua legislación, pues la seguridad de los derechos busca siempre la permanencia de las leyes antiguas, tenidas siempre por más seguras y amparadoras de derechos, cuanto más antiguas las mismas fueren. Se buscaba la antigüedad de la ley o costumbre para garantizar las situaciones de dominio. Era una forma de perpetuar la legitimidad de sus privilegiados derechos. De alguna manera la propiedad de la nobleza puede ser adivinada como una propiedad caracterizada por pertenecer a la clase política dominante¹¹³¹. De tal norma se deduce que el “*fidalgo*” es una persona privilegiada pues puede demandar sin necesidad de esperar al largo plazo de treinta años y un día para reclamar los bienes de *abolengo*. Tal se infiere de la interpretación, *a sensu contrario*, de la afirmación legal que limita, a quien no sea hidalgo, para poder demandar heredad o propiedad de *abolengo* hasta que no sean pasados “*treinta y un año y un día*”. Tal protección legal, buscando la protección de los nobles y su permanencia en el seno familiar, siglos más tarde, en los tiempos de los Reyes Católicos, será la base legal de la futura institución de los mayorazgos, consagrados en las Leyes de Toro, de siete de marzo de 1505, como privilegio del estamento noble para proteger y salvaguardar sus propiedades. Aunque la Reina Isabel I ya había fallecido, la *Pracmática* de su publicación está encabezada, buscando la legitimación sucesoria de su hija, por la Reina de Castilla Doña Juana, si bien dichas Leyes de Toro están sancionadas por su padre, Fernando el Católico, siendo el Secretario de la citada Monarca quien las hizo escribir por mandado de su padre, éste como Administrador y Gobernador de estos sus reinos. Las Leyes de Toro suponen un avance, en el fondo, sobre la consolidación de la nueva realidad del nuevo Estado Moderno. Aunque protegen las propiedades sobre la tierra de la Nobleza y su encadenado futuro a un señorío personal y familiar, lo que no deja de ser un síntoma de la debilidad regia ante la acumulación de inmenso poder, limita estas propiedades al ámbito privado o familiar. Tranquiliza y garantiza el futuro económico de una clase social muy principal, de que tanto necesitó en el pasado, pero que es un lastre para el futuro.

¹¹³¹ *Fuero Viejo de Castilla*, IV, 4, 1: “...e ome que non sea Fidalgo non puede demandar heredamiento de *abolengo* más que fasta treinta e un anno e un dia”.

Otra ley, la II, de este mismo libro y título, del Fuero Viejo se refiere a la forma procesal de desarrollarse el litigio sobre una heredad, que reclama quien invocando la afirmación de ser suyo el fundo. El Alcalde, en funciones judiciales, adopta la medida cuatelar de mandar el apeo del fundo ante cinco testigos de la parroquia del demandado; y citados para juicio, si la primera alegación del demandado, en la defensa de sus derechos sobre el fundo, fuere la afirmación de que él es tenedor de la heredad durante año y día, en paz y a la vista de quien se le reclama, viviendo en la villa y la disfrutó a tiempo, entrando y saliendo del fundo, haciendo prueba de tales hechos con cinco hombres buenos, el tenedor debe quedar con su heredad. Si la parte contraria adujese que esto no vale contra él, pues se querelló antes de que el tenedor del fundo obtuviere el derecho del año y día, tiene que hacer prueba de que se querelló por ello ante el Alcalde o en Concejo pregonado o ante la Parroquia de aquél a quien demanda, todo ello mediante cinco testigos, vecinos suyos. Y se alegare que aquella heredad no la puede ganar de él por paso del tiempo, aunque haya sucedido, porque la heredad la tiene de él en régimen de explotación con derecho a la mitad de la cosecha, o arrendada, o en préstamo o mediante empeño, el demandante debe responder si se querelló como él afirma o si el fundo lo tiene por la razón indicada; si el tenedor dijere ser verdad lo que señala la contraparte, tal tenencia no es válida a los efectos de ser título hábil el derecho de año y día, y si se lo negare, y quien demanda no lo pudiere probar, debe ser vencido en sentencia y el tenedor tendrá la heredad por suya¹¹³².

El primer requisito es la identificación de la heredad y el mejor medio para ello es que se recorra la misma a pie ante cinco testigos, vecinos de la parroquia del demandado. Cabe resaltar las garantías procesales que rodeaban el procedimiento judicial, la necesaria publicidad incluso con pregón ante el Concejo y el conocimiento del juicio ante la parroquia o collazo del tenedor y siempre con la presencia de cinco testigos¹¹³³. La admisión en el Fuero Viejo de Castilla de la institución del año y día supone una vuelta al pasado Medieval. No se contempla que el año y día sirva de garantía procesal para la posesión o tenencia de las cosas, a manera que el Derecho Romano lo aplicaba a

¹¹³² *Fuero Viejo de Castilla*, IV, 4, 2: "...quando viniere a juycio antel Alcalde, si aquel a quien demanda la eredat dice que es tenedor anno e dia en fas y en pas de este que ge a demanda, e èl morando en la Viella, e labrà e disfrutò a tiempo e a saçon, entrando, e saliendo, probando esto con çinco omes bonos, el tenedor debe fincar con su eredat".

¹¹³³ Misma Ley que la nota anterior: "cà se querellò ante quel tovier anno e dia, deve probar que querellò al Alcalde o en conceio pregonado e en su Perrocha de aquel a quien demanda ante cinco de sus vecinos...".

la posesión a través de los interdictos. En cambio, para los bienes de *abolengo* el plazo prescriptivo es el del Derecho Visigodo, siempre influido por el Derecho Romano Vulgar.

El año y día es fundamento jurídico para constituir una servidumbre de paso de agua por heredamiento ajeno, pues pasado este corto plazo, ya nadie la puede contradecir¹¹³⁴. Una especialidad probatoria está en la Ley VII¹¹³⁵ y consiste en que no ampara como elemento probatorio alegado en juicio, el hecho de haber amojonado o poner hitos o señales alterando los existentes que previamente deslindaban las propiedades, aunque tales alterados mojones sean mantenidos en año y día; más aún, el Alcalde y los hombres buenos los repondrán a su sitio y quien arrancó los mojones será juzgado conforme Fuero.

Un supuesto paradigmático contemplado en el Fuero Viejo de Castilla es la existencia de dos plazos distintos. Uno, de treinta años y tres días aplicable al hidalgo propietario de heredad, pero que la misma es tenida en el antes señalado plazo ya por otro hidalgo ya por otro hombre, estando en la tierra el primero y el segundo entrando y saliendo de ella, sin que haya mostrado querella ante el Rey o ante el Merino Mayor, probado que esto fuere, no debe responder a la demanda. Dos, en cambio, para un labrador que dejase pasar el plazo de más de diez años sin querellarse, se pierde la tenencia como manda el fuero. Concluye la Ley V indicando que el labrador puede demandar otra heredad hasta los diez años, pero no puede demandar heredad de *abolorio*, es decir, heredad familiar arraigada desde los abuelos¹¹³⁶. Se trata de una reminiscencia de los bienes troncales, protegidos y privilegiados, que desde mi punto de vista, lo que en realidad está representando es la *familia hispánica*, pues tales heredades aunque nominalmente estén en la mano de un representante de la familia, han sido conseguidas mediante el trabajo y el esfuerzo de toda una familia a lo largo de muchos años.

¹¹³⁴ Fuero Viejo de Castilla, IV, 4, 3.

¹¹³⁵ Fuero Viejo de Castilla, IV, 4, 7: “*Si dos erederos que son aldeanos uno cerca del otro, viene el un erederero a derramar los moiones, e toma de la eredit del otro, e metelo en los moiones, e tienelo año y dia, por el otro estar en la viella, non gana tenencia, por arrancar los moiones, cà a pena por ello: e si este, a quien foço el tuerto, gelo demanda, e en demandandogelo dis el otro, que lo tovo año e dia; tal tenimiento non vale...*”.

¹¹³⁶ Fuero Viejo de Castilla, IV, 4, 4, que concluye “*E comoquier que el labrador puede demandar otra heredad fasta los diez annos, non puede demandar heredad de abolorio*”.

La oposición a la política de una renovación jurídica, en profundidad, preconizada por la Monarquía se patentizó de manera abierta a través de dos hitos; el primero, la revuelta nobiliaria de 1271; el segundo, la guerra civil de 1282, con que se dio por finalizado el reinado de Alfonso X. La revuelta de 1271 tuvo como trasfondo económico la gran depresión económica bajomedieval y estuvo liderada por uno de los miembros más destacados de la aristocracia, Nuño González de Lara, con una extensión solo de forma parcial al resto de los estamentos. Puede señalarse el núcleo del conflicto a las Cortes de Burgos de 1272¹¹³⁷. Burgos fue una plataforma en manos de la nobleza en que confluyeron elementos eclesiásticos junto a representantes de las ciudades. Sus exigencias eran el respeto absoluto al *status* jurídico-político de los nobles. Estos embates nobiliarios que sufriera la Monarquía en tiempos de Alfonso X paralizaron las reformas necesarias para el acceso al Estado Moderno. El referido respeto exigido por la Nobleza estaba reseñado en los privilegios contenidos en el Fuero Viejo de Castilla. Pero el reconocimiento de los derechos de los fidalgos en el Fuero Viejo de Castilla no puede ser interpretado como una derrota del poder regio. No es un texto consensuado o pactado, como afirma Morán Martín¹¹³⁸, no hay una correlación de fuerzas en dicha legislación. No contiene exigencias de la nobleza. El Fuero Viejo de Castilla, 1356, es una norma emanada del Poder regio, una decisión personal del Rey Pedro I, hijo de Alfonso XI; es una consecuencia directa de la normativa dimanante del Ordenamiento de Alcalá, de 1348. El Rey Pedro I se anticipó a los hechos, sin querer correr el riesgo que su antepasado Alfonso X sufrió y no supo ni pudo resolver. Al ser una decisión regia, los privilegios de los fidalgos quedaron fosilizados por decisión de la Corona. De viejos privilegios y ancestrales costumbres pasaron a ser Derecho Real, un producto legislativo regio.

El Fuero Viejo de Castilla debe relacionarse en el contexto de dos importantes fuentes del Derecho, es decir, del Ordenamiento de Alcalá, 1348, y las Leyes de Toro, 1505.

En el contexto de las dificultades que atenazaron a Alfonso X, se paralizó en seco la expansión del *Fuero Real*, que suponía recortes a libertades, que se puede entender

¹¹³⁷ Ayala Martínez, Carlos. *La consolidación de las Monarquías peninsulares*. En *Historia de España de la Edad Media*, págs. 497 y ss. (Coord.) Vicente Angel Alvarez Palenzuela. Ariel. Barcelona, 2012.

¹¹³⁸ Morán Martín, Remedios. *¿De la autonomía a la dispersión?*, cit. pág. 320.

como privilegios, detentados por los nobles. Otra queja nobiliaria era la política repobladora regia, que era un instrumento para fortalecer el poder del Trono, llevada a cabo en León, Galicia y Castilla. Otro motivo de oposición eran los perjuicios que a la nobleza causaban las reformas fiscales, que gravitaban sobre los núcleos urbanos.

El último motivo de queja era el coste económico de la ilusión del *fecho del Imperio*, no tanto en sí, sino el temor que a los nobles causaba de que el Rey pudiera añadir el título de Emperador. Aunque la nobleza obtuvo un triunfo político, sin embargo, en materia legislativa, la iniciativa regia quedó frenada pero no anulada. El Rey neutralizó los efectos de la rebelión al precio de sufrir en uno de los aspectos más eficaces del poder. Alfonso X era consciente, cuando en 1274 promulgó en Cortes el Ordenamiento de Zamora y en él señalaba los supuestos de la exclusiva competencia jurisdiccional de la Corona, a través de los denominados Casos de Corte, del hecho de que en realidad no proclamaba su real y soberana voluntad, sino que trataba de forma desesperada de salvar la prerrogativa de la Justicia, que desde generaciones había sido patrimonio de la autoridad regia, o, dicho de otro modo, la última *ratio*, su razón de ser.

La oposición nobiliaria se amparó en Sancho IV, heredero de la Corona, tras la muerte del primogénito de Alfonso X, Fernando de la Cerda. Prelados, Maestres de las Órdenes Militares, Ricos-hombres y oligarquías urbanas, impulsados todos ellos por la recesión económica, propiciaron el ascenso al trono de Sancho IV, quien pronto se liberó de ataduras y neutralizó la situación. En las Cortes de Palencia, de 1286, los Concejos aconsejaron al Rey el abandono de la política de generosas mercedes a la nobleza, que perjudicaba a las ciudades. Y en las Cortes de Valladolid, de 1293, el nuevo Rey mostró su recelo hacia el derecho antiguo, viejo y no adaptado a los nuevos tiempos, que no podía resistir el avance del nuevo *ius commune* inspirado en el Derecho Romano del Digesto así como en el Derecho Canónico, y recogido en las sucesivas modificaciones de los textos de *Las Partidas*. Este fue el momento propicio para la Corona, tras una convivencia entre el viejo Derecho antiguo, de los Fueros de Castilla, y el Derecho emanado tanto a través de la extensión territorial del *Fuero Real* y el contenido en los Ordenamientos de Cortes. Era el momento histórico de Alfonso XI¹¹³⁹. Estamos en 1348.

¹¹³⁹ Alvarado Planas, Javier. *Una interpretación de los Fueros de Castilla*, en *Los Fueros de Castilla*, cit. págs. 138 y ss.

IV. 4. El Ordenamiento de Alcalá.

Los Doctores De Asso y De Manuel califican la importancia de las Leyes de Alcalá significándole como el monumento más precioso de la legislación española¹¹⁴⁰, legado histórico de Alfonso XI, biznieto del Rey Sabio.

Las profundas reformas introducidas en el Ordenamiento de Alcalá fueron el resultado de la voluntad de la Corona. Dos notas caracterizan dicho Ordenamiento. La primera es el resultado de una evolución, de una preparación laboriosa predeterminada por la Monarquía; la segunda supuso una alteración del procedimiento de Cortes. Allí no se debatieron la atención a un *petitum* económico regio, siempre necesitado de inalcanzables fondos, ni se escucharon quejas o contrafueros. Sobre el primer extremo, los preparativos normativos ya fueron tratados en las Cortes de Villa Real, Ciudad Real, celebradas dos años antes, que no fueron sino un ensayo, con la finalidad de que los asistentes, Iglesia, Nobleza y Ciudades se fueran acostumbrando al novedoso proceder real¹¹⁴¹, a la nueva dialéctica en el ejercicio del poder de la Corona. Se trata del primer ensayo de una sucesión de etapas preparatorias, siendo al año siguiente en las Cortes celebradas, 1347, en Segovia, otro eslabón en este aventurado proceso. En las leyes 18 y 19 de las contenidas en Villa Real se trata de la vigencia de la legislación en los territorios de señorío y en relación con los fueros locales. Limita a los señores la mitad de las multas y sanciones¹¹⁴², atrayendo para sí el Rey el resto. Con la reserva regia de guardar las leyes que asumirá la función de hacerlas guardar en el lugar donde se menguase. Manda además Alfonso XI que estas leyes de Alcalá se escriban en los libros de los Fueros de ciudades, villas y lugares de sus reinos y por ellas se juzguen de aquí en adelante.

No es casual que la publicación de las leyes de Alcalá en 1348 coincidiera con la de las *Partidas*. En el título XXVIII del Ordenamiento de Alcalá se patentiza con intención firme y voluntad serena que en los reinos, territorios y personas, se mantenga la paz y la justicia. Aborda la Corona la necesidad de armonizar la legislación procesal. No

¹¹⁴⁰ Doctores De Asso y De Manuel. *Discurso Preliminar. Los Códigos Españoles*, Tomo I, cit. págs. 429 y ss.

¹¹⁴¹ Gibert y Sánchez de la Vega, Rafael. *El Ordenamiento de Villa Real, 1346*. Pág. 703. AHDE. Madrid, 1944.

¹¹⁴² Gibert y Sánchez de la Vega, Rafael. *El Ordenamiento de Villa Real, 1346*, cit. pág. 728 : “*et otrosi que aya cada uno dellos en sus logares que dichos son la meitad de las penas sobredichas segunt que las nos retenemos para la nuestra camara en los nuestros logares... “...et nos cunpliremos la justicia en el logar do se menguase en la manera que devieremos”*”.

obstante la dispersión normativa del sistema de fueros locales, aboga el Rey su aplicación en todo aquello que en el pasado fue usado, excepto aquello en que deba ser mejorado y enmendado. Con esta cláusula, el Rey desliza su autoridad suprema para legislar, pues en primer lugar se debe aplicar la nueva legislación del Ordenamiento en todo tipo de pleitos. Y de forma supletoria, cuando ambas no fueran aplicables, debe acudir a las leyes contenidas en los Libros de las *Siete Partidas* que el Rey Don Alfonso nuestro bisabuelo mandó ordenar, *Partidas* que Alfonso XI ordenó sean publicadas por mandado del Rey. Para una población acostumbrada a localismos privilegiados, una pura realidad sociológica dominada por criterios feudalizantes, la tendencia política inspirada por la Autoridad Real supuso un aldabonazo que convulsionó mentalidades. Era el Derecho, era la Justicia, era el Poder del Rey. Estaba en juego un porvenir novedoso, difícil de ser aceptado por quienes vivían instalados en el pasado disfrutando de un poder que se resistía a ser perdido, revirtiendo a la Corona. La debilidad de los Monarcas feudales había sido la fuente de tales prebendas. Y como un derecho propio, soberano, los reclamaba para sí el Monarca Soberano. En realidad, el Rey entendía que la Justicia así como poder hacer y modificar las Leyes, en suma legislar, era el mecanismo idóneo, de perentoria necesidad, para la recuperación de su Poder. Era la condición *sine qua non* a tal fin. De tiempo atrás el Rey disponía del deber de hacer justicia, pero la realidad social, la debilidad del estado de cosas impuesto por el Sistema Feudal, a través del Derecho Feudal, había creado una justicia localista, foralizada, que era ejercida por la Nobleza, los Obispos y Abades en sus Señoríos excluyendo la mano del Rey en su administración, salvo los Casos del Rey, a través de la Mayoría de Justicia. Ciertamente que el Monarca disponía de un superior derecho de suplicación, pero sus hombres tenían vedado entrar en los *cotos* señoriales. Era una justicia menor, administrada por Señores, aunque fuera por delegación regia. El poder regio, en materia de Justicia, quedaba minusvalorado y mediatizado.

Legislar aparecerá en el panorama político como una manifestación del nuevo poder, relacionada con la facultad de administrar justicia. Crear el derecho, hasta el Ordenamiento de Alcalá, permanecía anclada en el cuerpo social. El Derecho era consuetudinario y tales usos estaban insertos en la inercia de la sociedad. El Poder regio o sus delegados, en tales circunstancias, se limitaban a recoger por escrito el catálogo de prácticas sociales. La sociedad hispánica medieval evolucionó con la aparición del

comercio, que se desarrollaba en las Ferias anuales y en los mercados semanales, hecho histórico que impulsó el desarrollo de las ciudades como fenómeno urbano que propició la aparición de oficios artesanales. Las ciudades irrumpieron reclamando su posición en un ámbito, el Sistema Feudal, en que su ubicación era de muy difícil encaje.

La realidad económica y social exigía cambios, tanto en la administración de la Justicia como en la adaptación de las leyes a las nuevas situaciones. Y desde un mundo encadenado al sostenimiento de privilegios de la Nobleza y de la Iglesia, un personaje asumió la necesidad de vincular la Justicia en su manifestación de aplicarla y en la función de expresarla, legislando. Era el Rey. Necesitó dejar de ser un *primus inter pares*, un primero entre iguales, situación que le posibilitaba ser Juez, Rey Feudal, para convertirse en detentador del poder de legislar, introduciendo modificaciones a las leyes existentes, dando nuevas normas, o derogando las leyes inservibles. Había ocupado el proceloso mundo de la Justicia en su totalidad. Era el embrión de un Rey Soberano. Era un primer paso necesario, para conquistar el Poder en su plenitud. Este mismo fenómeno ya tuvo lugar en la Historia de la Humanidad, coincidiendo con el hecho histórico del nacimiento del Imperio Romano, siglos atrás, con Octavio Augusto.

No es posible hacer coincidir los tiempos de la evolución de las ideas con los tiempos de su implantación en la práctica. El magma social contiene muchas fuerzas que no siempre circulan en la misma dirección; muchas veces se contraponen. Intereses concretos frenan los impulsos. Es la lucha por el Poder. Los privilegios de Iglesia y Nobleza proceden del Sistema Feudal. El Derecho Feudal era su fundamento justificativo. El Rey también procedía de ese mundo, pero aprovechó el fenómeno histórico de la Recepción del Derecho Romano Justiniano y la irrupción del Derecho Canónico, en suma, el *ius commune*, que revolucionó el mundo de las ideas jurídicas en la Europa Occidental, para desarbolar el Derecho Feudal. Sin la revolución jurídica de la Recepción, el Poder regio no hubiera sido capaz de introducir las reformas necesarias para consolidarse.

No se piense en la existencia de una inteligencia superior en las humanas capacidades de los Monarcas. Era consecuencia de una ambición, de un deseo de superponerse sobre quienes lo ejercían y en la práctica se lo disputaban. Del hecho de la toma del Poder en su totalidad sobre el cuerpo social por parte del Monarca, no cabe deducir que naciera el Estado Moderno. Era condición necesaria, pero no suficiente. El

hallazgo del concepto de Estado precisaba de una organización administrativa eficiente, de una burocracia jerarquizada al servicio del Poder. Una maquinaria funcionalmente destinada a servir a lo público. Economía, Derecho y Milicia. De la articulación de todos estos elementos, como efecto colateral, tal vez no pretendido, fue elaborándose una novedosa situación política. Aplicada a los nacidos en un territorio bajo Soberanía regia: era la Nación, aplicado como elemento poblacional a los súbditos de dichos dominios.

En el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, de la mano del biznieto de Alfonso X, quedaron señalizadas las bases jurídicas que propiciaron las innovaciones políticas.

Parcas son las connotaciones innovadoras del Ordenamiento de Alcalá en materia de propiedad. Pero parecía necesario afrontar el hecho de la perturbadora permanencia de la inquietante institución del año y día. En el Título IX¹¹⁴³, sobre las prescripciones, la Ley Primera que versa sobre las prescripción “*de anno e dia debe aver titulo é buena fe*” dice textualmente: “*En los Fueros de algunas Cibdades, é villa é logares de nuestros Regnos se contiene que el que toviere casa, ó vinna, ó otra heredat anno e dia, que non responda por ella; et es dubda si en la prescripción de anno é dia, si es menester titulo, é buena feé: Nos tirando esta dubda mandamos que el que toviere la cosa anno é dia, que non se escuse de responder por ella, salvo si toviere la cosa anno é dia con titulo, é buena fe*”. Añade pues el Ordenamiento de Alcalá a la posesión del año y día la necesidad de estar amparada en un título y estar bajo el cobijo de la buena fe. Más adelante, en Recopilación Ley 3, título 15, libro 4 se añade “*en paz y en faz de aquel que la demanda entrando y saliendo el demandador en la Villa, que son palabras de las Leyes de Estilo*”.

Aunque el Ordenamiento de Alcalá trata de instaurar un nuevo sistema legislativo, el Rey no puede renunciar a la herencia del pasado foral hispánico, y de ahí la referencia a los fueros de algunas ciudades, villa y lugares que tienen la institución del año y día. Pero al añadirse nuevas exigencias, es decir, título y buena fe, no se limita su contenido normativo al tratamiento de la posesión o mera tenencia de las cosas. Es más, en mi opinión queda ya, definitivamente, desvinculada la posesión de la propiedad, con este nuevo enfoque legal que ofrece el Ordenamiento de Alcalá. En síntesis, para acceder a

¹¹⁴³ El texto del *Ordenamiento de Alcalá* puede verse en “fama2.us.es”. También en el Tomo I de Los Códigos Españoles, cit.

la propiedad, es necesario un título jurídico habilitante y la buena fe. La posesión, con la apoyatura fáctica de la tenencia del año y día, está bajo la tutela procesal de la protección interdictal. A partir de esta normativa, el plazo del año y día se va a relacionar con la protección interdictal de la posesión. Permanece “el día”, pero lo sustancial es el efecto prescriptivo del “año”. Para adquirir la propiedad es necesario el título, es decir, la compra, la herencia, el trueque, la donación, etc., así como la buena fe que debe imperar en toda conducta humana.

La tenencia de la cosa durante año y día, como escudo defensivo de los bienes, pasa a un plano puramente procesal. Lo decisivo es el justo y legal título como elemento objetivo, y la acreditada existencia de la buena fe como convicción subjetiva. Si a la existencia de título y buena fe se añade el hecho socialmente acreditado de la tenencia durante año y día, en tal situación procesal, el demandado queda excusado de responder a la demanda, en cuanto al fondo del asunto de la propiedad. La propiedad le viene acreditada por la existencia del justo título y la buena fe. El hecho de que a este derecho se le pueda añadir el hecho de la tenencia de la cosa, disputada en litigio, durante año y día, le exime de la obligación procesal de contestar al fondo del asunto, pero en absoluto, en ningún modo, de personarse en la litis formulada en su contra y probar la tenencia de año y día en la tenencia, como excepción perentoria de previo y especial pronunciamiento, insisto, antes de entrar en el fondo del asunto de la discusión sobre la propiedad. Pero la realidad es que en aquellos momentos se debió de abusar de este escudo procesal y por tal razón, los jueces a veces solicitaban prueba sobre el título del bien disputado, en el caso de albergar algún género de duda.

Este cambio de visión normativa debe relacionarse con un hecho político, como es que ya la Reconquista está tan avanzada como dificultada por las necesidades económicas y financieras que atenazan a la Corona.

En el Reinado de Isabel y Fernando se dispone la Compilación de las Ordenanzas Reales de Castilla, que, por mandato de los citados Católicos Príncipes, recopila y compone el Dr. Alfonso Diaz de Montalvo bajo el título de Ordenanzas Reales de Castilla, con la finalidad de quedar las leyes informadas por los usos y estilo de su corte y chancillería. Y en el Libro III, título XIII, la Ley I, sobre las “*prescripciones*” se recoge la posesión del año y día, en paz y en faz, pues pasado dicho plazo no debe

responder sobre la posesión¹¹⁴⁴. No es otra cosa esta ley que una transcripción de la reseñada de las Cortes de Alcalá. Y la Ley II de referidas Ordenanzas Reales delimita la situación posesoria de quien tuvo o poseyó heredad u otra cosa mediante empeños, *encomienda*, arrendada o alquilada o por fuerza, no puede alegar derecho posesorio alguno pues tales sujetos no son poseedores¹¹⁴⁵. Estas disposiciones no hacen sino confirmar que el plazo del año y día se refiere al instituto jurídico de la posesión, sin incidencia alguna en la propiedad y que el instrumento procedimental a usar para la defensa posesoria es el plazo del año y día de los interdictos de Derecho Romano. En la evolución general de la legislación hispánica, el trámite interdictal quedará circunscrito para las situaciones posesorias; para la defensa de la propiedad quedará el proceso petitorio.

La toma de prendas, el hecho jurídico de preñar, es objeto de tratamiento en el Ordenamiento de Alcalá. La Monarquía se siente fuerte, afianzada en el terreno complicado de administrar la Justicia, disponiendo de los elementos humanos necesarios para tal fin, aunque no completamente. De ahí que se vehicule por un camino intermedio entre la total prohibición a los particulares, excepto en determinados supuestos, así como la limitación absoluta en cuanto a determinados bienes. En general, preñar queda en manos de la autoridad judicial¹¹⁴⁶. Los bueyes y bestias de arada o dedicadas a labrar o coger el pan u otros frutos no son prendables, excepto de *pechos* regios o del señorío cuando no se hallaren bienes raíces o muebles¹¹⁴⁷.

Una particularidad se refiere a los testamentos. Se da por válido y verdadero en demandas y demás cosas, aunque el testador no haya nombrado heredero, en cuyo supuesto sea heredero quien, según derecho o costumbre la tierra, deba heredar si el

¹¹⁴⁴ Los Códigos Españoles, cit. tomo VI, pág. 364: “Establecemos, que el que tuviere ó poseyere casa, ó viña, ó heredad, por año y día en paz y en faz de aquel que ge la demanda, entrando y saliendo el demandados en la viña, teniéndola e poseyéndola con título y buena fe, que no responda por ello”.

¹¹⁴⁵ Los Códigos Españoles, cit. tomo VI, pág. 364: “Si alguno tuvo, o poseyó alguna heredad y y otra cosa á empeños, ó encomienda, o arrendada, o alogada, ó forzada, no se pueda defender por tiempo, ca estos á tales no son tenedores por sí, mas por aquellos de quien la cosa tienen”.

¹¹⁴⁶ Ordenamiento de Alcalá, título 18, 1: “Contra derecho, é contra raçon es que los Omes fagan prendias por lo que les deben por su abtoridad, non les habiendo dado poder los deudores para les preyndar. Et sin raçon es que unos dean preyndados por lo que deben otros. Por ende mandamos, que ningunt ome non sea osado de preyndar á otro, nin un Concejo á otro por cosa que diga que le deban... salvo si lo pudiesen façer porque la otra parte se obligo, é le dio poder que le pudiese preyndar. Et qualquie que contra esto fiçiere, que caya por esto en pena de forçador; pero que los guardadores de los montes, é del pan, é del vino, é de los pastos é de los términos, porque son personas publicas, que puedan peyndrar segunt sus fueros, é sus costumbres que han, sin la pena de esta ley”.

¹¹⁴⁷ Ordenamiento de Alcalá, Título 18, Ley 2.

testador no hiciere testamento, y cúmplase el testamento. Se establece la validez de las disposiciones testamentarias en todo caso. Añade el caso de no aceptación de herencia, otorgando la ley validez a las mandas y demás actos dispositivos, contemplando el supuesto de que tales disposiciones se cumplan de forma sucesiva entre los beneficiarios designados si alguno de ellos no la aceptare.

En 1348, con el Ordenamiento de Alcalá se ha consolidado el carácter de la figura del Rey como Juez Supremo. Es su dominio y predominio en la Justicia. Y no solo eso, sino también en que ha reconquistado el territorio de mudar y enmendar las leyes, es decir, ha tomado con plena legitimidad la suprema competencia sobre el poder legislativo. La justicia es esencial en las funciones regias, idea ya recogida en Las Partidas. Y también con igual nitidez se expresa el Fuero Viejo de Castilla, en el que se recogen y plasman los privilegios de la Nobleza. El Rey es el más noble de los Nobles, por cuya razón se encabeza dicho Fuero Viejo castellano dejando sentado que “*estas cuatro cosas son naturales del señorío del Rey, que no las debe dar a ningún hombre, ni partirlas de sí, pues le pertenecen por razón de señorío natural: Justicia, Moneda, Fonsadera y sus yantares*”¹¹⁴⁸. Con este principio declarativo se patentiza que el Señorío del Rey queda integrado de lleno en el concepto de la Soberanía, pues el Rey llama para sí un sentido patrimonial sobre el territorio y los súbditos. Ahí aparecen sentadas las bases del Estado Moderno al declarar para sí las cuatro expresadas funciones, de las cuales, si se prescinde de sus *yantares*, destacan la Justicia, la Economía y la Guerra. Estas ideas ya aparecen nítidas en los Ordenamientos de Cortes, principiando en el Ordenamiento de Villarreal, hoy Ciudad Real, de 1346, que prepara el Ordenamiento de Alcalá, dos años más tarde, que sienta las bases para legitimar el poder regio para modificar las leyes¹¹⁴⁹. Y para muchas más cuestiones.

El mayor acierto del Ordenamiento de Alcalá de Henares es que trata de poner orden en el caos normativo existente. Hemos visto que establece un sistema integrado que determina el orden en que las leyes deben ser aplicadas en las contiendas litigiosas. Así, en el comentado Ordenamiento de Alcalá¹¹⁵⁰, se ofrece un sistema conjuntado de las normas por las que han de ventilarse los pleitos en el reino. Lo esencial es lograr la paz

¹¹⁴⁸ *Fuero Viejo de Castilla*, Libro I, 1, 1.

¹¹⁴⁹ Morán Martín, Remedios. *Ordenamiento, legitimidad y Potestad normativa*. En *Orígenes de la Monarquía Hispánica. Propaganda y legitimación (ca. 1400-1520)*, págs. 207 y ss. José Manuel Nieto Soria (Director). Dykinson. Madrid, 1999.

¹¹⁵⁰ *Los Códigos Españoles*, tomo I, cit. *El Ordenamiento de Alcalá*, Título 28, 1.

y la justicia para sus naturales y moradores de nuestros reinos. Aparecen dos ideas elementales. Paz y Justicia, que siempre fueron la justificación de la necesidad del Poder en una sociedad. La segunda idea deslizada es el sentido patrimonial que el Rey siente tanto sobre los naturales y moradores de sus reinos. Justifica la necesidad de disponer de leyes ciertas, que transmitan seguridad, la cual en aquel momento histórico no es otorgada por la legislación foral. Dispone el Rey para los pleitos tanto civiles como criminales un sistema de aplicación de leyes debidamente conjuntado y armonizado. Llamativo es el llamamiento a las *Partidas* que su bisabuelo, Alfonso X mandó, leyes que Alfonso XI las da “*por nuestras leyes*” mandando hacer de las *Partidas* dos libros, un ejemplar sellado con el sello regio de oro y un segundo ejemplar con el sello de plomo que quedará en la Cámara real, ordenando que sean guardadas y tenidas por valederas de aquí en adelante, en todo aquello que no fuere contradictorio con nuestras leyes, afirma el Rey.

A pesar del interés de lo que señalado en materia de prioridad para la aplicación de las leyes, estableciendo unos criterios de subsidiariedad escalonada, estimamos que mayor alcance aún tiene lo que Alfonso XI seguidamente proclama. Se trata de la solemne invocación de que al Rey pertenece y tiene el poder de hacer fueros y Leyes, interpretarlas, declararlas y enmendarlas donde viere que se cumplen. Recaba para sí el derecho de legislar. No solo en este aspecto, sino también en los casos de contradicción que apareciere en las leyes o fueros o se suscitare alguna duda en la legislación o si algún hecho no pudiere ser fallado, sea requerido el Rey no solo para interpretar las leyes o enmendarlas sino incluso para hacer una nueva ley que entendiere necesaria para que la Justicia y el Derecho sea guardado.

El interés regio por el mundo del Derecho, soporte de la Justicia, impulsó que los libros de los derechos, que los Sabios antiguos hicieron, sean leídos en los Estudios Generales de nuestro Señorío. Se refiere al Rey al Derecho Romano compilado por Justiniano.

Ordena seguidamente el Rey que todas las disposiciones contenidas en su Ordenamiento de Alcalá sean tenidas por Leyes y sean guardadas en todos los reinos y tierras de nuestro Señorío y que las guarden en las Villas y lugares donde los señores tienen jurisdicción. Y si tales no las guardaren se entenderá que no quieren cumplir las leyes hechas por su Rey, Señor suyo, y en su consecuencia, el Rey cumplirá la Justicia

en el lugar donde se menguare. Ello quiere decir que el Rey es el Supremo garante del cumplimiento de la Ley.

Se define en el Ordenamiento de Alcalá el concepto de Mayoría de Justicia. Lo más interesante de esta idea consiste en que dado que la justicia había sido ejercida por los titulares de los señoríos, considerada como un derecho señorial, se plantea la posibilidad de suplicar frente a la justicia señorial elevándose a la Justicia del Rey. El Ordenamiento de Alcalá deja establecido que la Mayoría de justicia será cumplida por el Rey donde los señores menores la menguaren; es un derecho legítimo regio imprescriptible e indepartible. Los pechos y tributos regios, de aquí en adelante, se pueden ganar por el tiempo de un siglo; la jurisdicción civil que se gane contra el Rey, mediante prescripción de tiempo no menor de cuarenta años. Se refieren a los efectos económicos, pechos, multas, sanciones derivadas de la justicia. La Mayoría de Justicia es el derecho regio de intervenir de forma activa en la administración de la Justicia en cumplimiento de las Leyes, pues es *“dò el Sennor non la compriere que la hà el Rey de comprir, que siempre finque al Rey; porque es cosa que del non se puede apartar en ningun tiempo, nin por ninguna manera”*, argumentando seguidamente que *“si en los privilegios ó cartas que se contiene que le dá el logar con todos los derechos que ha en aquel logar, è debe haber en cualquier manera, è non se contiene en èl que le dà ninguna de las cosas sobre dichas, entiéndase que le dà las rentas, è pechos, è las calonnas, è los tributos, è los derechos de la heredat, è la juredicción de los pleytos ceviles, è las heredades que el señor avia en el logar, è non la justicia”*. Para los casos de haber ganado por uso la justicia que la tengan y les sea guardada, pero si comenzaron a ejercer la justicia desde cinco años antes de fallecer Alfonso X, señala su biznieto que no pudieron prescribir en el uso de este derecho porque no lo pudieron ganar por tiempo y por lo tanto ni valgan ni puedan usar la justicia. En todo caso, queda al Rey la Mayoría de Justicia. Justicia Mayor en contraposición a la menor ejercida en los señoríos. Mayoría de Justicia consistente en que la última instancia siempre reside en los tribunales reales, y conforme a la cual determinados casos siempre son conocidos por el Rey y sus tribunales, casos que son del Rey incluso en lugares de coto: son los

casos de Corte. Concepto de contornos imprecisos, en general responde a toda acción regia vinculada a establecer la Justicia como expresión de su Soberanía en su reino¹¹⁵¹.

En un segundo plano legislativo permanecen los Fueros locales que serán guardados conforme la costumbre, salvo en aquellos puntos en que se deban mejorar o enmendar o que sean contrarias a esta Ley –el Ordenamiento del Alcalá-. Y cuando no se pudieren aplicar ni los fueros locales ni esta Ley, “*mandamos que se libren –los pleitos- por las Leyes contenidas en los Libros de las siete Partidas, que el Rey Don Alfonso nuestro Visabuelo mandó ordenar*”. Casi un siglo más tarde, desde que Alfonso X el Sabio acometiera la labor de introducir en sus reinos el sistema jurídico contenido en la Recepción del Derecho Romano, es decir, mediante el Código de Partidas, su biznieto Alfonso XI lo puso en vigor con carácter de derecho supletorio.

A partir de esta nueva situación, innovadora en el panorama jurídico hispánico al sustituir el secular sistema de Derecho Común Hispánico basado en el Sistema de Fueros locales con la presencia, en un segundo plano, del *Liber Iudiciorum* como un Derecho supletorio común, estableciendo, en lugar del sistema descrito, un renovador sistema legislativo, en el que el Monarca, que asume plena y decididamente el Poder de Legislar, implanta una Legislación Real, aplicable prioritariamente, por encima de cualquier otra norma; pervive, en un segundo plano, todo un sustrato del Derecho consuetudinario que permanece en los Fueros Locales; y como Derecho Supletorio, todo ello se complementa con Las Partidas.

Los reinos hispánicos ya disponen de las bases jurídicas suficientes para estar en condiciones de salir del angosto horizonte del Medievo y dar un salto al advenimiento de la Edad Moderna. Ya se disponen de los cauces mínimos para que sea posible la creación de un Estado Moderno, en que el Poder regio sea Absoluto, dotado de los poderes de Juzgar y de Legislar. Se ha cerrado el paréntesis que en 865 abrió Carlos el Calvo al sentar las bases del Estado Feudal, pues la aparición del Estado Moderno requería la desaparición del Feudalismo, como condición necesaria aunque no suficiente, ya que era imperiosa la necesidad de proceder a la implantación de nuevas instituciones.

Este significado de renovación absoluta en el ámbito jurídico tuvo el Ordenamiento de Alcalá de Henares, de 1348. En este mismo año, el Rey Alfonso XI hizo publicar,

¹¹⁵¹ Morán Martín, Remedios. *La administración de Justicia*, en *Historia de la Administración en España*, págs. 186 y ss. La referida *Historia*, en coautoría con Maqueda Abreu, Consuelo. Editorial Universitas. Madrid, 2012.

como Derecho aplicable, las Partidas, obra jurídica, que simbolizaba la Recepción del Derecho Romano y del Derecho Canónico, el *ius commune* en suma, de su bisabuelo Alfonso X. No es ello casualidad. El renovador plan jurídico de Alfonso XI era el plan que casi un siglo antes hubiera concebido y trazado Alfonso X.

El imperio de la realidad suele ser más tenaz que volátil aleteo de las ideas. Casi un siglo debió transcurrir desde la ilusión Alfonsina de perseguir la quimera de un centralizado poder junto a una unificación y uniformidad jurídica. Era una idea irrealizable en tiempos de Alfonso X lo que no significa que no fuera posible y necesaria, como demostró su biznieto.

Mucho se ha discrepado sobre la hipotética relación entre este hito histórico del Ordenamiento de Alcalá y la publicación de *Las Partidas*, en 1348, con el advenimiento de la Edad Moderna en lo que siglo y medio más adelante será España. Otero Varela niega que la Edad Moderna comience en España en 1492 con el hallazgo del continente americano; nada significó en la raíz hispana la toma, en el mismo año, del reino nazarí; tampoco tuvo en España impacto alguno el hito histórico de la caída de Constantinopla, unas décadas antes. Para este autor citado¹¹⁵², la Edad Moderna comienza con el hecho histórico de la implantación del Estado Moderno. De ahí la identificación de la Historia con la Historia del Derecho, por cuanto la Historia del Derecho es un registro paralelo que detecta los movimientos sísmicos que resaltan las convulsiones sociales de los hitos que marca Historia.

El hecho de que convergieran en un mismo Poder, el Monarca, la creación del Derecho y la aplicación de la Justicia, en 1438, significaba el derrumbe del Sistema Feudal, soporte político y jurídico de la Edad Media, hecho que debe ser interpretado, no como la apertura completa hacia la Edad Moderna, sino como el significativo avance desde un primer hito en el tortuoso camino hasta la implantación del Estado, la creación del Estado Absoluto. Ciertamente es que Le Goff¹¹⁵³ alargó la Edad Media hasta tiempos de la Revolución Francesa en un largo periplo. Lo más interesante es atisbar la presencia de unos elementos novedosos en el proceso histórico, cuya evolución y desarrollo será determinado por la Historia. Tal vez el elemento decisivo del paso de la Edad Media a la Moderna, el evento necesario y suficiente en tan trascendental cambio, sea la

¹¹⁵² Otero Varela, Alfonso. *Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá en el cambio del Ordenamiento Medieval*, págs. 543 y ss. AHDE. Madrid, 1993-1994.

¹¹⁵³ Jacques Le Goff. *Una larga Edad Media*. Paidós. Barcelona, 2008.

desaparición del Sistema Feudal como instrumento organizativo de la vida social y la lenta difuminación del Derecho Feudal, siendo sustituidos ambos por nuevos esquemas. El primero por la asunción por el Monarca de los plenos poderes judicial y legislativo. Y el segundo por la Recepción del Derecho Romano-Canónico. Del hecho de un lamento consistente en la significación de que en España no se viera la Modernidad; el hecho de que la vida, desde 1348, continuase circulando por los cauces medievales, que la Inquisición persistiera así como la prevalencia del estamento eclesiástico, no cabe deducir que desde aquel evento histórico, 1348, el Ordenamiento de Alcalá de Henares, Ley de decisión regia, no se hubieren sembrado las fructíferas semillas de un Estado Moderno, alumbrando la Edad Moderna en España.

Es cierto que el reinado de los Reyes Católicos unificó dos Monarquías. Unificar Coronas no implica uniformar un Estado. Con aquel hecho la Historia de la nación española cerraba un largo periodo de recuperación territorial, clausuraba un paréntesis de ocho siglos. Sánchez Albornoz vio tres eslabones decisivos en el devenir histórico español con una atractiva teoría de los denominados tres desembarcos¹¹⁵⁴. El primero de ellos sucedió en 711 a cargo de un personaje extranjero apenas conocido y que absolutamente desconocía la Península Ibérica, llamado Tariq, en las inmediaciones de Gibraltar. El segundo desembarco, en 1492, a cargo de otro extranjero, Colón, al servicio de la Corona de Castilla, en tierras lejanas, del continente americano, aperturando un ciclo histórico de insospechadas consecuencias para la Humanidad. Y el tercer desembarco abrió un nuevo ciclo histórico de imprevistos resultados, en 1517, en un humilde pueblo orillas del Cantábrico, también un extranjero, que será conocido como Carlos I de España, trajo consigo unos derechos dinásticos que enredaron al pueblo en problemas y conflictos ajenos, dificultando e impidiendo su propia articulación como nación y las posibilidades de crear un Estado Moderno circunscrito a las necesidades de la recién inaugurada España.

La Historia de España está condicionada por desembarcos, como el que a principios del siglo XVIII protagonizó otro extranjero, Felipe V, en una llegada por tierra en pos de la Corona de España. Tras un conflicto bélico sucesorio, se verificó la unificación legislativa, condición necesaria para la creación de un Estado Moderno. Las variadas vicisitudes evolutivas, progresos y retrocesos, de los hechos reflejados por la Historia

¹¹⁵⁴ Sánchez Albornoz y Menduina, Claudio. *España. Un enigma histórico*, vol. 2. Págs. 1207 y ss. Edhasa. Barcelona, 2001.

no deben enturbiar la visión de los hitos históricos. Y el Ordenamiento de Alcalá significó un nuevo rumbo histórico que la Historia del Derecho recogió en sus entresijos para iluminar un largo camino por recorrer.

CONCLUSIONES

Primera.- En materia de Bienes, en un principio, fue el Poder.

La multiseccular Historia del Derecho Romano es un espejo panorámico en que se refleja la evolución de sus instituciones jurídicas. Una de ellas, que analiza la forma de la relación del ciudadano con las cosas, es la *proprietas* romana. Se refiere al *usus* de los bienes en orden a la supervivencia humana, individual, familiar y social.

La propiedad, lo que hoy en general se entiende por tal, ha sufrido una evolución para cuyo entendimiento otras ciencias auxiliares, como son la Historia, la Economía e, incluso, la Sociología, pueden aportar aspectos complementarios. El Derecho, como ciencia social, recogerá en las leyes el reflejo fiel de su evolución. La *proprietas* está vinculada a avatares históricos, hitos que señalan su proceso evolutivo.

En el acervo cultural del pueblo romano han quedado prendidas costumbres del pasado. Antiguo cazador-recolector, las cosas cazadas y pescadas serán adquisiciones originarias de bienes. El hallazgo de una fuente de agua, su control y uso, será considerado una *occupatio*. Igual sobre una tierra o fundo. Este acervo de ideas se transmite consuetudinariamente. Del *usus* de los bienes nace una idea patente de poder, *potestas*, sobre ellos. Es una facultad. Otra es el uso de la fuerza para defender la tenencia y disfrute de los bienes, excluyendo intromisiones extrañas, impidiendo interferencias ajenas.

El Derecho Romano no podría ser entendido sin encuadrarle dentro de la Historia de Roma, como un todo inseparable. A su vez, aquél puede coadyuvar a entender ésta, a través del estudio de instituciones como la *proprietas*. Evolución que es conocida desde que principia su relato jurídico con la aparición de las XII Tablas, hecho que coincide con la instauración del Régimen Político Republicano, aunque en su desarrollo se aprecien destellos que provienen del pasado.

Inicialmente el poder, la *potestas*, fue la forma de vincularse el hombre con las cosas. *Potestas* que se ejercía sobre las personas y las cosas que estaban en la *domus*, donde se ejercía la *potestas* del *dominus*, *paterfamilias*.

El ejercicio de esta *potestas* era visible socialmente a través del *usus* de los bienes. El *dominus*, *civis* que tenía el *usus* de una cosa o persona, exteriorizaba ante todos el ejercicio de su *potestas*. Era un dato objetivo que evidencia la existencia del poder: era

la apariencia de tal ejercicio fáctico del poder, era la facultad de tenerla, usarla e, incluso, reclamarla. El *usus* consistía en el ejercicio quieto y pacífico del poder que comportaba el soporte de legitimación para justificar la tenencia de una *res*. Confería el *dominium*.

Algunos bienes tenían una procedencia originaria. Bienes conquistados al enemigo, la caza y la pesca, el ser nacido de una esclava. Por otra parte, existía otra forma de acceder al *dominium* de bienes. Cuando los mismos habían estado, con anterioridad, bajo el *usus* de otro *dominus* y eran cedidos a otro *civis* distinto, la adquisición de estas cosas era una adquisición derivativa. El Derecho Romano arcaico en tales transmisiones contemplaba la cesión como un traslado del *usus* a otro ciudadano romano. Se daba por supuesto que lo visible de la cesión del *usus* encerraba el *dominium*.

La enigmática frase de las XII Tablas, “*usus auctoritas fundi biennium est, ...ceterarum rerum omnium... annus est usus*”, puesta en relación con otro texto de citadas Tablas, a saber, “*adversus hostem aeterna auctoritas [-esto-]*”, ha sido estudiada por la doctrina, desplegando una teoría que necesariamente se puso en relación con las normas del desarrollo de los procedimientos judiciales, como sólido asidero que pudiera ofrecer una lógica jurídica a expresados principios.

La expresión de las XII Tablas “*usus auctoritas*” tiene un concreto significado. La palabra *auctoritas* añade al *usus* un componente muy concreto, referido a una *potestas* transmitida junto con la *res*. Hace referencia a la garantía o seguridad de la transmisión de las cosas de un *dominus* a otro *dominus*, al traspaso del poder de unas manos a otras. La *auctoritas* era la garantía que el transmitente de una cosa tenía con respecto a su comprador. Por esta *auctoritas* surgía la obligación de prestar la ayuda procesal que defendiera al adquirente del ataque procesal de una *vindicatio*, mediante el entablamiento de una *legis actio sacramento in rem*. Ante el ejercicio de la *vindicatio* por un tercero, el *dominus* adquirente invocaba la *actio auctoritas*, implicando en la *litis* al *dominus* cedente, recabando su *auctoritas*, la acreditación de su poder sobre el bien cedido. El *usus auctoritas* tenía una destacada función, porque era el mecanismo legal de una ayuda o garantía procesal obligatoria para el cedente, siempre y cuando la *vindicatio* se formulase contra el adquirente antes del transcurso de los plazos de ley, esto es, dos años para los bienes inmuebles, *res Mancipi*, y, para los bienes muebles o trasladables, *res nec Mancipi*, un año.

El ejercicio de la *vindicatio* versaba sobre la invocación, por un tercero, de un mejor poder que el que ostentaba el *dominus* de esa cosa, objeto de litigio. Pasados los plazos legales, el poder sobre la cosa venía establecido y garantizado por la ley. Cedía la obligación del cedente de garantizar la transmisión de la cosa. La sospecha de un poder transmitido sobre la cosa procedente de un *furtum* siempre sobrevolaba amenazando la legitimidad de la *potestas*.

En la XII Tablas aparece una expresión vinculada a la citada *usus auctoritas*. Se trata de la “*adversus hostem aeterna auctoritas*”. Esta frase sufrió una evolución, en la que influyó de forma poderosa la misma Historia que relata las relaciones de la *Urbs* con sus vecinos, los *latini* y otros pueblos extranjeros. Cuando el poderío militar romano se impuso sobre sus vecinos, éstos se integraron en la vida de Roma mediante los necesarios intercambios comerciales de los alimentos que la cada vez más abundante población romana necesitaba. Cambió la realidad, pero permaneció inalterable la ley. Cicerón, siglos más tarde, explicó el cambio político y mercantil, sucumbiendo a la idea de que estos *hostes* eran, en realidad, los *peregrini*.

Desde luego que la activa presencia comercial, a través del *ius commercium*, de estos *peregrini*, al no ser ciudadano romano, suscitaban una natural desconfianza respecto de las procedencias de sus bienes comerciales, así como de los bienes recibidos en los intercambios comerciales. Y respecto de las cosas o bienes que, como producto de su actividad comercial, recibían en Roma, al carecer el *peregrinus* del derecho de usucapir para adquirir el *dominium* sobre ellos, este peregrino o extranjero, necesitaba siempre la tutela o ayuda, es decir, la *auctoritas*. No podía invocar los plazos legales de uno o dos años, conforme la naturaleza de las cosas. De ahí la necesidad eterna de esta ayuda de la *auctoritas*. El *peregrinus* siempre disponía de la garantía, exigible a quien le hubiera transmitido un bien, a su *auctor*.

Estos plazos de uno o dos años, que regían para el *usus auctoritas*, tuvieron una aplicación jurídica y se relacionaron, pasando el tiempo, con la institución de la *usucapio*. Mediante la *usucapio*, es decir, el hecho de tomar y ejercer el *usus*, con el paso del tiempo legal en el *usus* de un bien, la ley romana confirió el efecto jurídico de otorgar el *dominium*. Tener el *dominium* una vez transcurridos los plazos legales hacía que el *usus*, el poder, fuera inatacable. Ya nadie podía aducir derecho alguno sobre la cosa, pues de haberlo tenido, había dejado pasar el plazo para reclamar. Este principio

general tenía una excepción: la *res furtiva* procedente de un *furtum*. Sobre ella la garantía era eterna, si se admite la versión que sobre este extremo ofrece Gayo, cuya opinión ha sido recogida como Ley de las XII Tablas. No obstante, la objetividad de usucapir lo robado –*usucapi prohibet*– en el texto tabular, puede referirse subjetivamente aplicable solo al autor del *furtum*, al *fur*, al ladrón, excluyendo a quien ignorando el hecho del *furtum* la hubiere usucapido con buena fe basado en justo título. En el siglo II a.C. la *lex Atinia* introdujo la prohibición de usucapir la *res furtiva*. Lo cual nos introduce la duda de la posibilidad de que tal prohibición no constare en las XII Tablas o que la *lex Atinia* devino necesaria en el supuesto de que la legislación tabular no fuere observada. El carácter conservador romano no apoya la segunda alternativa. Por otro lado en las XII Tablas aparece regulada la complicada situación del ladrón –el *fur*– en el supuesto de *furtum*, cometido tanto de día como aprovechando la oscuridad nocturna, conforme las leyes 13 y 12 de la Tabla VIII. Esto nos llevaría a concluir que la legislación tabular solo prohíbe usucapir al *fur*. En ayuda de esta posibilidad interpretativa Aulo Gelio puso en boca de Quintus Mucius Scaevola la duda que tanto su Padre, Publio, como Brutus y Manilius tuvieran dudas de que esta *lex Atinia* se aplicase a los robos futuros y no a los del pasado, es decir, la aplicación retroactiva. En definitiva, una interpretación histórica nos lleva a la conclusión de que las XII Tablas prohibía usucapir solo al *fur*, y desde la *lex Atinia* la prohibición alcanzaba a toda *res furtiva*.

La ley vetaba la posibilidad de usucapir *res Mancipi* de mujer sometida a tutela, excepto si ella misma con la *auctoritas* del tutor hubiera hecho su *traditio*.

El mecanismo jurídico más usado para la transmisión derivativa de bienes era la compraventa. Los bienes eran clasificados en *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, siendo los primeros aquéllos que revestían especial importancia para resolver las necesidades de quienes habitaban en la *domus* u hogar familiar. Para las *res Mancipi* los medios transmisivos legales eran la *Mancipatio* y la *in iure cessio*. La transmisión de las *res nec Mancipi* no requería formalidades jurídicas, siendo suficiente la entrega mediante la *traditio* de la cosa. La *traditio* era en único medio de que disponía el peregrino para alcanzar el *usus* de una *res*.

La *Mancipatio* era muy anterior a las XII Tablas. La afirmación de la antigüedad de la *Mancipatio*, viene avalada por el hecho del requisito ritual de la balanza y el pesador

de metales. Hace referencia a un tiempo anterior al uso de la masa monetaria. Más tarde se identificó con la compraventa, cuando se hizo la aceptación de la moneda como instrumento de pago. La *in iure cessio* requería la presencia de un Magistrado, cuya implantación es posterior a lo relatado respecto de la *mancipatio*. Su inicio coincide con el establecimiento del régimen político republicano, cuando el incipiente Estado Romano designa los cargos públicos, a quienes asigna funciones públicas. Con la *mancipatio* y la *in iure cessio* el *dominium* transmitido se adquiere instantáneamente, *ex tunc*. Con el transcurso de los plazos legales llegaba la tranquilidad de saber que su *usus* era indiscutible. Con la *usucapio*, en cambio, el *dominium* se consolida cuando han transcurrido los plazos legales al efecto, *ex nunc*.

La realidad de Roma, en sus inicios históricos, limitada a unos estrechos contornos geográficos, habitada por un reducido cuerpo social, no requería de mayores precisiones conceptuales. La relación del *civis* sobre sus cosas estaba en el poder sobre ellas, expresado socialmente mediante su *usus*.

En el Derecho Romano arcaico, el poder sobre la cosa, jurídicamente, circulaba por los entornos conceptuales del *dominium*.

Segunda.- El *dominium*, un derecho relativo.

En el Derecho Arcaico el poder sobre las cosas, instituido como *dominium*, tenía unas características jurídicas teñidas de relatividad. Ello no limitaba los poderes del *dominus*, quien podía enajenarlos por venta, donación, darlos en usufructo o en prenda. La relatividad del *dominium* procedía de la inseguridad de tener que demostrar su poder, su tenencia, la legitimidad recibida sobre la cosa, ante cualquier *vindicatio* que sobre la misma le planteare quien alegaba tener, respecto de la misma cosa, un mejor derecho. La inseguridad podía provenir del hecho de que, si la cosa fuera mueble, tal vez su dueño la hubiere perdido, extraviado, o su cedente la hubiera previamente hurtado. Siempre existía la amenaza de la alegación de un mejor derecho. Los plazos sanatorios de la *usucapio* no servían para las cosas hurtadas. En ningún momento para el *fur*. Con seguridad para la *res furtiva* desde la *lex Atinia*.

La relatividad del *dominium* tenía su origen en basarse la transferencia de la cosa en relaciones personales. Era el predominio de la subjetividad relacional. Aunque el Estado Romano reafirmó como mecanismos transmisivos de los bienes, la *mancipatio* y la *in iure cessio*, para la *res mancipi*, muchas veces no eran utilizados, por la agilidad y

rapidez que el desarrollo del comercio imponía. La *res nec mancipi* se transmitía mediante simple *traditio*. La relatividad del *dominium, prima facie*, afectaba a la necesidad de probar el mejor derecho sobre la cosa sobre todo en los bienes de procedencia derivativa del poder. Tampoco estaba prohibido, aún transcurrido el plazo legal para la exigencia del ejercicio de la *actio auctoritas*, que el cedente del bien, acudiera a la *litis* para ratificar su poder cedido, sobre todo en supuestos en que el mejor derecho defendido se basara sobre la discusión de los plazos de *usucapio*.

Este carácter relativo del poder sobre las cosas, en Roma, se corresponde con una sociedad instalada en el contexto histórico de una Ciudad-Estado. Es una sociedad cerrada en sí misma, cuya actividad fundamental es la agricultura. En esta sociedad el *usus* era el pacífico ejercicio de la *potestas* que toda tenencia lleva implícita. Es una sociedad ajena a elaboraciones conceptuales. Vive en la evidencia del hecho y éste está en el poder ejercido sobre la cosa.

Cuando un ciudadano romano aprecia el hecho de que otro *civis* tiene una *res* que el primero cree suya de él, acude al Pretor ejercitando una *legis actio sacramentum in rem* vindicándola. El *iudex* que resolverá la *litis* examinará las pruebas que ante él desarrollen sobre el *usus* controvertido y lo concederá a quien mejor derecho muestre.

El concepto relativo del *dominium* en el periodo arcaico significa que la reclamación de un tercero versa sobre un hecho, la discusión del *usus* de la cosa. Se reivindica el *usus*, la tenencia de una cosa, no el *dominium*. La relatividad se observa en la igualdad de los contendientes, dado que ambos reclaman la cosa, ambos solicitan al *iudex* que su reclamación sea considerada mejor que la que pretende el adversario. Igualdad que se aprecia cuando el Pretor exige que la *res* le sea dejada por las partes.

Tercera.- La *proprietas*, un Derecho Absoluto.

Un hecho histórico conmocionó a la sociedad romana. Las tierras de dominio estatal, expresión de la grandeza y Soberanía de Roma, eran dominio público romano. Era el *ager publicus*. Sobre tales extensiones el Estado romano, Senado y Pueblo romano, tenía un derecho absoluto, soberano. Su *dominium* era indiscutible. Su derecho era el mejor de los derechos, obtenido por la fuerza de las armas legionarias. Su título era la *occupatio*; su futuro estaba lleno de consecuencias impensables.

El problema social, una masa poblacional empobrecida, era motivo de preocupación para algún sector de la clase dirigente. Y para hacer frente a la gravedad del mismo, la Administración Pública Romana, ideó una serie de reformas que cambiaron el panorama político y jurídico. En el aspecto primero, destaca la creación de las colonias y municipios, mediante las *Leges Julia*, inspiradas por Julio César que, a causa de su inesperada muerte, llevó a cabo su heredero Octavio Augusto. Se dotaba de tierras públicas a las colonias, se las construía a imagen y semejanza de la *Urbs*: era el pilar fundamental del proceso de Romanización.

Ese *ager publicus*, obtenido por Roma a través de la guerra y empleado para buscar la paz social, era *dominium* soberano romano. El Estado no renunciaba al dominio de tales tierras, pero cedía el uso y el derecho a cultivar esos fundos a cambio de un censo, canon o estipendio. La institución creada para dar cobertura jurídica a este novedoso hecho que justificase la situación del tenedor del fundo, procedente del *ager publicus*, no podía ser la del *dominium*, pues éste pertenecía a Roma. Por otra parte, desde el punto de vista del Derecho, la situación jurídica de estos tenedores o detentadores del uso del fundo sito en *ager publicus*, necesitaba ser protegida. Al ser bienes de dominio público, irrenunciable, los fundos cedidos a particulares, no podían ser usucapidos por cuya razón nunca podría llegar a cambiar de dueño o titular del *dominium*.

No era dueño el tenedor del *ager publicus* cedido, aunque estaba en una situación muy similar. Era simplemente un detentador, un simple poseedor del fundo. Y la *possessio*, como institución jurídica romana, apareció en el panorama social para bautizar una nueva realidad. Para proteger a este *possessor* de posibles atropellos de sus derechos, el *Pretor* inspiró el nacimiento de los *interdictos*. Eran las defensas procesales de la *possessio*. Surgía una novedad procesal, sumaria y expeditiva. Ajeno al mundo de la justicia civil romana, que residía en manos de un *iudex* privado, el Derecho Administrativo romano se aplicó para la defensa de estos *possessores*. Sin embargo, la sencillez del mundo interdicial pronto prendió en el mundo jurídico del Derecho Civil. Al fin y al cabo, el *dominus* también era un *possessor* de lo suyo. Una simple ojeada por la legislación civil actual nos permitirá ver la permanencia secular de estas realidades.

Pero además surgió otra novedosa realidad conceptual. El *dominium*, concepto ancestral que provenía admitido desde las XII Tablas, no se parecía absolutamente en nada a la *possessio*.

El *ager publicus*, era de dominio ajeno, estatal; el *ager privatus* era de dominio propio, basado en el Derecho Quiritario. Jurídicamente los primeros tenían su fundamento en una relación contractual, era la *possessio*; los segundos, no tenían fundamento en relación personal alguna, eran propios: era el *dominium*. El *dominium* era un derecho relativo, subjetivizado y mediatizado por la necesidad de justificar la cadena transmisiva de anteriores *dominus*, siempre con la amenaza de la sorpresa de una *vindicatio* basada en un aducido mejor derecho. La existencia de un posible mejor derecho sobre la cosa era visible en la *possessio* recién estrenada, pues el Estado tenía el mejor de los derechos.

Se puede pretender un cierto paralelismo histórico entre la aparición en Roma de la *possessio* de *ager publicus*, que no era *dominium ex iure Quiritium*, ni nunca podría llegar a serlo, pues se trataba de una relación de hecho con el fundo de *ager publicus*, en manos de un simple *possessor*, y su diferenciación con el *dominium* del *ager privatus*, fundado en el Derecho Quiritario.

La aparición de las situaciones indicadas de *possessio*, y sobre todo del trascendente momento histórico en que se precisó de su defensa mediante las soluciones interdictales que se desarrollaba en torno a la consideración de que la tenencia de la *res* estaba libre de vicios en el origen de la misma, es decir, del examen de ser ajena a cualquier violencia, clandestinidad o precario – *nec vi, nec clam et nec precario*- este concepto de *possessio*, aplicable en principio al *ager publicus*, trascendió aplicándose al *dominus* de una *res privata* para quien su *possessio* se convirtió en una apariencia de “*su*” derecho.

En un planteamiento litigioso ya no se ventila un mejor derecho contrapuesto a otro mejor derecho. La innovación conceptual consistía en una situación de estar un litigante en *possessio* de una *res* liberada de cualquier vicio originario de la misma, al tiempo que el otro contendiente al afirmar el “*meum esse*” respecto de la misma *res*, viene compelido a demostrar con nitidez no un superior derecho, sino la realidad procesal de ser titular de un único derecho. Y ello se consigue con la prueba de una adquisición originaria, ya directamente ya a través de una cadena de transmisiones en cuyo inicio se enlaza con un *dominus* originario.

Las dificultades procesales de esta “*prueba diabólica*” de una cadena de titulares, fue superada por la equiparación de la *usucapio*, la tenencia consolidada por los plazos legales, como si de una adquisición de naturaleza originaria se tratase.

Es cierto que la sutileza de la manera de ver la relación del *dominus* con la *res* en nada cambió. El *dominus*, cuando se convierte en propietario, en el fondo sigue teniendo idéntica *potestas*. Ni es más dueño ni pasa a disponer de un superior derecho sobre su *res*. Sobre lo suyo sigue disponiendo y ejerciendo las mismas facultades, de disposición y administración.

Donde mejor se aprecia este sustancial cambio en la concepción de la *proprietas* como un derecho absoluto, es en la evolución sufrida en los procesos judiciales.

Cuarta.- Los procesos judiciales reflejan los cambios de concepto.

Los procesos judiciales del Derecho Romano sufrieron una evolución a lo largo del tiempo. Desde su implantación, el Poder Público romano trataba de civilizar la sociedad mediante la adopción de unos mecanismos tendentes a procurar la paz social y la realización genérica del etéreo concepto de la justicia, rechazando y castigando el ejercicio de toda actividad violenta con cuyo ejercicio algún ciudadano tratara de realizar lo que entendía ser su propio derecho, o mediante la comisión de un *furtum* o una *iniuria*. Al lado del proceso penal persiguiendo el *furtum*, se fue desglosando la actividad de un Magistrado, que dotado de *Imperium* examinaba, en la vía civil, la pretensión vindicatoria deducida por un *civis* y si ésta encajaba en las *legis actiones* o acciones otorgadas por la ley; con el nombramiento de un *iudex* privado se agotaba la fase *in iure*. Este proceso coincide con la implantación del régimen republicano. Ya bajo esta nueva situación el aparato estatal concluía con ello su función, pues la Justicia estaba en el *ordo privatorum*. Ante el *iudex* se desarrollaba el juicio propiamente dicho, la vista judicial, es decir, las alegaciones de los litigantes, la práctica de las pruebas propuestas y articuladas en derecho, y el dictado de la sentencia: era la fase *apud iudicem*. Este era el procedimiento ordinario.

El sistema de *legis actiones* fue sustituido por el proceso *per formulas* en que la oralidad fue perdiendo predilección y se deslizó por los terrenos de la objetividad y seguridad jurídica de lo que constaba por escrito. Si la palabra podía ser voluble o insegura, lo escrito tenía carácter de fiabilidad permanente y constituía una garantía por la seguridad que ofrecía su constancia.

Al instalarse en el Poder el sistema del Principado, a través de la *leges Iulia*, de la mano de Octavio Augusto, se implantó un nuevo procedimiento: era la *cognitio extra ordinem*. Convivieron ambos citados procedimientos judiciales durante tiempo, con la

única modificación del proceso ordinario, consistente en posibilitar una apelación contra la sentencia del *iudex*, para ante un Magistrado. El proceso *extra ordinem* se desarrollaba en una sola fase. Por el sistema de apelaciones, ya en época Imperial, se podía acceder ante el propio Emperador. Así se cumplía el viejo sueño del Poder de apoderarse de la función privada de la administración de la Justicia, funcionalizando esta institución. La Justicia perdió su carácter privado definitivamente para convertirse en una manifestación funcional del Poder.

Además de los procesos judiciales petitorios, para la materia posesoria, en que se discutía en derecho sobre el hecho posesorio, ante el Magistrado se seguía un proceso sumario, de naturaleza administrativa y que versaba sobre el ejercicio de un interdicto. Nada impidió que esta solución procesal de los interdictos posesorios fuera aplicada en el derecho civil romano, pues el *dominus* además era *possessor* de su *res*.

En el sistema de la *legis actio sacramento in rem* se debatía la realidad de un mejor derecho sobre la cosa. Se reclamaba la cosa, era una *vindicatio rei*. Tanto el Pretor, en la fase *in iure*, como el *iudex* en la fase *apud iudicem*, examinaban el *usus* de ambos contendientes, y este último entregaba la cosa a quien justificase un mejor derecho sobre la cosa. Ambos contendientes estaban colocados ante la imparcialidad del Pretor en un plano de igualdad, plano que aparece significado en la orden de que dejen la cosa. Gayo nos ofrece información sobre su ritualizado desarrollo. Ambas partes pronuncian el “*meum esse*” y ambos aparecen como reclamantes de la cosa y se apoyan *ex iure Quiritium*. Cuando Cicerón invoca para uno de los litigantes el “*ex iure manum consertum*” no se refiere a algo distinto a *ex iure Quiritium*. Es la apuesta sacramental. Se debatía sobre el *iustum* o el *iniustum* del juramento.

El hecho de que un ciudadano romano dispusiera de un *usus* o poder, sobre una *res* completamente libre de un vicio en el origen de su *usus*, le situaba en un plano de tener una apariencia de un derecho sobre la cosa que le brindaba el hecho de su tenencia, de su *possessio*. A su contrincante procesal que le discutía su derecho se le exigía probar no un mejor derecho sino tenía el único derecho sobre la cosa, basado en un derecho originario o acreditar la cadena de transmisión del *usus* que arrancaba de un *dominus* con derecho originario sobre la cosa. El efecto sanador de la *usucapio* suponía que su título de poder, su *usus*, era un derecho originario. Significaba la consolidación del derecho de *dominium*.

Ya se ha indicado que el *dominus* en nada había cambiado su relación con su *res*. Su poder, sus facultades, seguían siendo las mismas. Lo que se había modificado era que, sobre la *res* en litigio, quien tenía en su mano la *possessio* libre de vicio adquisitivo, aparecía como *dominus* considerado *a priori* en disposición de la condición procesal privilegiada que obligaba a quien le discutiese su “derecho” a tener que probar que su derecho sobre la cosa no era mejor, sino único.

Esta alteración sustancial en el concepto de la *proprietas* tuvo su reflejo en los litigios. No es que la alteración del mecanismo de la *litis* sirviera para modificar el sentido del *dominium* como un derecho absoluto, sino que fue este cambio de concepto en el *dominium* lo que obligó a cambiar el sistema del proceso. Se trata del proceso *per formulas*.

De nuevo Gayo nos ofrece cómo se articula la *reivindicatio*. Ya no se trata de una comparación del *usus* de cada contendiente procesal. La *proprietas* es única, absoluta. La *intentio* refleja el derecho de la propiedad del demandante, excluyendo a cualquiera otra posibilidad oponible. La propiedad o se tiene en derecho, o no se tiene en modo alguno.

Quinta.- La labor de la *Jurisprudentia* romana.

No se puede comprender bien la evolución del Derecho Romano si se desconoce la labor de la *Jurisprudentia*. Desde el profundo respeto a la *lex*, que servía de punto de arranque o eslabón inicial de su quehacer, los jurisperitos fueron elaborando un conjunto de reglas jurídicas. Carecían los jurisperitos del *imperium* de que estaban investidos los Magistrados, como órganos integrados en el Poder Político de la República de Roma. La labor de los jurisperitos no era una labor que se centrara en la aplicación directa de la *lex*, puesto que operaban al margen de los órganos de decisión de la Justicia, al no ser ni Magistrados ni *iudex*, sino que, mediante la *interpretatio* de la *lex*, fueron construyendo una serie de principios generales del Derecho, apuntando soluciones renovadoras para supuestos no contemplados en las *leges*, partiendo de casos concretos que escapaban del estrecho horizonte por el que se movía el tenor literal de la *lex*. Con su incansable trabajo engrandecieron el *ius civile*. Puede decirse que el Derecho Romano Clásico fue remodelado en buena medida por la *Jurisprudentia*. Su *auctoritas* se fundaba en el *prestigio* reconocido socialmente y, a través de ambos eslabones, se alzaron con el *poder de crear el Derecho*.

La labor de la *Jurisprudentia* contribuyó a la transformación que sufrieron los procedimientos judiciales. Los jurisperitos, como creadores del Derecho, idearon toda una serie de reglas de oro, unos principios generales del Derecho, que informaron los fundamentos del sistema procesal. Muchas de ellas han pasado a los ordenamientos actuales. Sea suficiente aquí indicar la regla de derecho procesal, es decir, el *onus probandi* –carga de la prueba– consistente en que quien alega debe probar. Los mecanismos probatorios del proceso romano, que fueran establecidos por la *Jurisprudentia*, poco han variado a lo largo de la Historia. Así, mientras la palabra dada fue objeto de veneración cuasi religiosa, el testimonio ofrecido por los testigos, tuvo superior valor a lo escrito.

Más tarde, cuando la *Jurisprudentia* había perdido su esplendor creativo, con la vulgarización del Derecho romano, la *actio reivindicatoria* del *dominium* se podía acumular a la *actio possessoria*. La atribución de la *possessio* a un litigante equivalía a un requisito previo de procedibilidad. Y quien gozaba de la situación privilegiada de estar en posesión del bien que era objeto de la *reivindicatio*, adquiría la condición de demandado con lo que disponía de la presunción de bondad de su situación, situación adornada por el *fumus boni iuris*, recayendo en quien ejercía la *actio reivindicatoria* el *onus probandi*, es decir, la carga de la prueba.

La creadora actividad de la *Jurisprudentia* fue posible gracias a la organización política de Roma bajo el régimen republicano. Pero, desde la implantación del régimen político del Principado, desde Octavio Augusto, se pusieron en marcha unos mecanismos intervencionistas del Poder, en este ámbito de la administración de Justicia. Junto al proceso *per formulas* se instauró la *cognitio extra ordinem*, y su tramitación quedaba, exclusivamente, en manos de los Magistrados. La pérdida de la independencia creadora de la *Jurisprudentia* y, en definitiva, su desaparición, era cuestión de tiempo. Quedaron convertidos en oscuros funcionarios al servicio de los intereses políticos del Poder, en la función de administrar la justicia, conforme las leyes emanadas del Poder. A partir de ese momento los jurisperitos aplicaban sumisamente las leyes, sin capacidad de modificarlas.

El ideal de Justicia pasó de estar vivo en el seno de la sociedad a convertirse en un instrumento de dominación social en manos del Poder político. La habilidad y el prestigio social de los creadores de la *Jurisprudentia* era un rival para el Poder.

Sexta.- Un nuevo rumbo: El Derecho Romano Vulgar.

Desde Diocleciano y Constantino, principios del siglo IV d. C., todo cambió. Se difuminan los contornos de la *possessio* y el *dominium* o la *proprietas*, hasta llegar a producirse una confusión conceptual de ambos. Es el inicio del Derecho Romano Vulgar. Esta situación se complicó con la confusión de la *proprietas* entre los llamados *iura in re aliena*. Además, el *dominium* sufre un desmembramiento, de incalculables consecuencias, no solo en el ámbito jurídico, sino sobre todo en la configuración del Poder Político por su implantación social, en dos aspectos: el dominio eminente y el dominio útil.

Estas manifestaciones del dominio, desglosados por su funcionalidad económica, a través del Derecho Romano Vulgar, serán asumidas posteriormente por el Derecho Feudal y será la base económica y social sobre la que se asentará el sistema político del Régimen Feudal. En la Hispania Medieval, el régimen señorial no tuvo inconveniente alguno en recoger esta situación de confusa indefinición de la propiedad. Y tales desplazamientos conceptuales fueron posibles porque eran desde el punto de vista organizativo de la sociedad totalmente necesarios. En realidad, la propiedad o dominio era sinónimo de Señorío, y éste transitaba por derroteros muy próximos a la idea de Soberanía del Derecho Público.

Como puede deducirse de ello, se puede afirmar la existencia de un gran paralelismo entre el Derecho Romano Vulgar y el Derecho Hispánico Medieval. Incluso puede observarse en el desglose entre el dominio eminente y el dominio útil. Lo que para el Derecho Romano constituía una mera posibilidad funcional observada en un uso y disfrute de cosa ajena, a la que el Derecho vulgarizado graduó como una especie de dominio, el Derecho Feudal lo elevó a la categoría de principio básico sobre el cual se organizó el régimen jurídico de la propiedad y, además, se ordenó jerárquicamente toda la sociedad. Carlos el Calvo, nieto de Carlomagno, ordenó que todo hombre debía obligatoriamente tener un señor. Con dicha decisión se quedaron establecidas las bases sociales para instaurar el Régimen Feudal.

El Derecho Romano vulgarizado permaneció prendido en los entresijos sociales de la convulsa sociedad de la Alta Edad Media, impactada por la presencia de pueblos invasores como ejércitos de ocupación, que portaban consigo otras costumbres. Aunque minoritarios, en relación con las poblaciones romanizadas, en mayor o menor grado,

disponían estos pueblos nuevos del poderoso resorte de la fuerza de las armas. Y un nuevo horizonte se apreció en la Europa Occidental.

Séptima.- Caracteres de la Propiedad en el Derecho Hispánico Medieval.

Consideramos necesario examinar las características de este Derecho Intermedio que regía en la antigua Hispania y que abarca el amplio periodo que se desarrolla desde el inicio de la Edad Media hasta la Recepción del Derecho Romano que, siglos antes, fuera recopilado en tiempos de Justiniano. Si se admite la consideración de establecer la Recepción como un evento de trascendencia histórica de tal magnitud que pueda servir de elemento que delimita la Alta y la Baja Edad Media, este Derecho Hispánico abarcaría la Alta Edad Media, aunque sus límites temporales sean difíciles de encuadrar.

La dificultad consiste en que las innovadoras ideas de Modernidad que impulsaban a la Corona, tropezaron con una serie de dificultades de tipo político y económico. En este último terreno, Alfonso X el Sabio recibió una herencia fiscal de su padre, Fernando III, consistente en un reino económicamente quebrado. Y en el plano político, la pretensión de introducir las doctrinas jurídicas contenidas en el Digesto, tropezaron con los egoísmos de la nobleza y de las oligarquías que regían las ciudades, incapaces de renunciar a sus privilegios, todo lo cual dificultaba toda posibilidad de acceso a un Estado Moderno. Incluso su propio hijo, Sancho IV encabezó una revuelta de los nobles que acabó con el reinado de su padre. Ya en 1250 había periclitado la estrella del Imperio Romano de Occidente. En la Península Ibérica tardaría casi un siglo en darse las circunstancias necesarias para superar la organización del Estado Feudal o Señorial y poder acceder al Estado Moderno.

En el Medievo Hispánico se observa la confusión de la Propiedad con la Soberanía, el Señorío. Los territorios conquistados serán considerados incluidos en un derecho soberano de la Corona. Sobre tal base territorial, tomada por las armas al asalto, se implantará la Soberanía Regia. La base física, geográfica, del Señorío regio o sus Derechos de Soberanía, es sinónimo de propiedad. Propiedad territorial, parcelada en manos de la nobleza y de la Iglesia, a la que se adhieren servicios o funciones hoy tenidas integradas en el Derecho Público, como son la Justicia, la gestión de los impuestos o cargas fiscales, y la organización de las huestes o ejércitos medievales.

También puede apreciarse cierta coincidencia en el binomio Reconquista y Repoblación. Ambas van paralelas y son complementarias. Es frecuente la repoblación

bajo la iniciativa de particulares o grupos de personas que ocupan y cultivan las tierras yermas o abandonadas. El transcurso del año y día, junto con el cultivo personal y efectivo de estas tierras yermas, ocupadas mediante la *presura* o la *aprisio*, facultaba para conseguir derechos de dominio sobre ellas. Los *alodios*, los *alleux* y los bienes *cateaux* eran vestigios o residuos de la propiedad privada. Sin embargo, la mayoría de las tierras en manos de los cultivadores lo eran en régimen de pago de un censo como renta por el uso, o bien en régimen de *prestimonio*.

El Derecho Medieval Hispánico conoce el desglose, cuyo origen procede del Derecho Romano Vulgar y que en el Derecho Feudal estuvo generalmente consolidado, de dos clases de dominio, uno el eminente y otro el útil.

La principal característica del Derecho Hispano Medieval es que estamos ante un derecho consuetudinario, cuyas costumbres son recogidas en normas dispersas, fragmentarias, territorializadas en las ciudades y villas. Son los Fueros. Cada ciudad y su alfoz, o territorio de su influencia económica, comercial y judicial, ha procurado tener su propio Fuero. Ante este hecho Alfonso X reaccionó de manera contradictoria. Pues si el futuro tenía como horizonte la uniformidad del Derecho en todo su Señorío, lo más acertado hubiera sido implantar las ideas jurídicas contenidas en el Código de Partidas. Pero en lugar de esta solución, el Monarca continuó otorgando más textos Forales a ciudades y villas que carecían de Fueros. Por esta vía trató de uniformar el contenido de los monumentos forales, procurando por este mecanismo una renovación jurídica. Era el Fuero Real.

Dentro de la mera formalidad de la existencia de los Fueros localizados en las localidades, se había desarrollado un derecho común. Eran los *usus terrae*. Tampoco el Rey Sabio supo generalizar estos usos de la tierra para, por su expansión territorial, tratar de llegar a una uniformidad legislativa. En ellos se encerraban principios de un derecho común. La ausencia de una legislación única vigente en el reino constituía la principal dificultad para la gobernabilidad. Cualquier tentativa regia de incrementar los ingresos del fisco, tropezaba con agravios inferidos por la Corona, Son los contrafueros, que paralizaban los ingresos fiscales regios. Esta carencia de ingresos maniató la acción bélica del Rey y la obtención de botín de guerra, saqueando los bienes del enemigo, ya no era tan lucrativa.

El sistema jurídico de la Hispania Medieval, es decir, su Derecho, tenía sus raíces en el *Liber Iudiciorum*. El *Liber* es monumento jurídico heredado del reino visigodo. Hemos visto cómo más de tres siglos más tarde sigue invocándose en los pleitos la *Lex Gotorum* en pequeñas villas del territorio portucalense, así como en oscuros lugares de los condados de Cataluña. Acudir al *placitum*, examen de testamentos como elemento probatorio escrito, examinar a los testigos, todo ello ante el *concilium* o asamblea y ante la atenta presencia del Poder, muchas veces los Reyes, siempre ante sus representantes en el territorio, el *iudex* del lugar, conforme la *Lex Gotorum*, resuelve el litigio planteado y lo ejecuta a través del sayón. Aunque muchas veces, la *intentio* concluye con un acuerdo que la Autoridad santifica. Las fórmulas para los casos de litigios por dominios o posesiones entre una Sede Episcopal y un clérigo, consistían en que por el presbítero se reconocía la propiedad del Obispo, pero el presbítero se reservaba el usufructo vitalicio. Las normas contenidas en el Concilio de Coyanza, de 1050, organizadoras de la disciplina eclesial, a veces eran invocadas como *canones*, y éstos eran invocados como argumentos jurídicos aplicados en las resoluciones judiciales.

La Iglesia era una pieza fundamental en el ámbito de la creación de la seguridad jurídica: conservaba documentos en sus archivos, adveraba los testamentos, tiene plena competencia en materia matrimonial y de las filiaciones; la *collatio* o parroquia, como organización convivencial básica, servía como Asamblea para realizar la función presencial de la Justicia. Muchas veces eran notarios los Abades y los presbíteros que intervenían en la redacción de los documentos o diplomas de los actos jurídicos.

La herencia jurídica del Derecho Romano está muy presente en el Derecho Hispánico Medieval. Los Reyes son intolerantes en sus resoluciones cuando ha sido ejercida la violencia en asuntos relativos a los litigios sobre la posesión por alguna de las partes. En estos casos, se devuelve la propiedad o la posesión de un bien al súbdito que ha sufrido violencia. No importa la condición personal, social y de preponderancia religiosa de quien abusara de su posición. Así, vemos en Coimbra cómo una mujer se atreve a llamar al *placitum* al Obispo reclamándole la devolución de su derecho de usufructo que tenía sobre un bien de la Sede, más los perjuicios correspondientes.

Otro hito histórico del Derecho Hispánico Medieval es el Fuero de León. En su contenido normativo se aprecia la herencia visigoda en la manera del desarrollo de las Asambleas. Preside el Rey y en estos concilios se hace, fundamentalmente, la Justicia.

Asuntos de la Iglesia, del Rey y de los súbditos, por este orden. El Fuero legionense contiene muchas disposiciones de ámbito territorial. También recoge en su seno muchas normas tendentes a procurar la repoblación de la ciudad. Y normas de convivencia y de control de los pesos y medidas. Su importancia fue tal que se exportó a otras localidades.

El derecho observado en los diversos textos forales tiene un doble sentido. De un lado, organizar políticamente una ciudad o un territorio. Son los fueros de Señorío, cuyo poder es ejercido por Señores, Abades u Obispos, mediante un mandato de delegación funcional regia. Al lado de esta ordenación del territorio mediante la repoblación, estaba la principal preocupación de estos poderes delegados consistente en la conservación y acrecentamiento de sus prebendas y privilegios, pues de tal preponderante poder delegado se derivan pingües beneficios económicos. Era una especie de recompensa. Estar poblado de abundante mano de obra es una garantía de obtención de lucrativos beneficios. Estos son de doble naturaleza, pues por un lado perciben las rentas cifradas generalmente en la quinta parte de las cosechas; y además, por otro, hacen suyos los *pechos* o impuestos, en los casos de ejercicio de funciones jurisdiccionales en su *coto* o territorio de inmunidad. Establecer condiciones de vida beneficiosas para los repobladores era un reclamo. Al lado de estos Señoríos estaban los dominios territoriales de realengo, bajo el dominio soberano regio.

Y el segundo sentido de lo contenido en los textos forales es la fijación de seguridades y garantías personales a sus vecinos. La ciudad o la villa es un refugio de libertad, pues la ciudad hace libres a sus vecinos.

En el Derecho Hispánico Medieval, en cuanto a los derechos reales respecta, ya propiedad, ya posesión o derechos sobre cosa ajena, se aprecia una continuidad del Derecho Romano Vulgar. Se observa una separación del derecho de propiedad con respecto a la posesión. La propiedad es el Señorío. Por notas características podría señalarse que contienen aspectos hoy incluidos en el Derecho Público. Con respecto a los bienes de la Corona, en régimen de bienes de realengo, es algo natural, pues el Rey se atribuye la Justicia y la Moneda, así como la *fonsadera* o derecho a hacer la guerra. En esta última función regia, dado que el Rey carece de ejército, necesita de las huestes de la Nobleza. Son las mesnadas, unas veces procedentes de los Señores, y otras, de carácter concejil, procedentes de las Ciudades. Cuando los Señoríos no son de realengo, sus titulares ejercen las funciones de Derecho Público, según la concepción actual,

confundidas con las de derecho privado, es decir, la propiedad va acompañada de la inmunidad o *coto*. El hecho de que la propiedad contenga el ejercicio de funciones hoy conceptuadas como públicas, no impide que pueda hablarse de propiedad.

Junto a esta propiedad señorial, existe la propiedad en manos privadas o particulares. Sobre tierras *heremas* o yermas, sin cultivar y carentes de un dueño conocido, se accedía a la propiedad de las mismas mediante la *aprisio* o *presura*, y su cultivo personal durante un año y un día. Se funda en el hecho de su ocupación y cultivo.

Al lado de la propiedad coexistía una situación posesoria de características muy similares a la propiedad. Son denominadas, en los documentos, *hereditates*. Con tal designación se hace referencia a situaciones posesorias cuya característica es la de poder, tales derechos, ser objeto de transmisión hereditaria. Esta continuidad en las manos de un mismo clan familiar es una garantía para el dueño de la propiedad eminente de que por sucesivas generaciones dispondrá de mano de obra que cultive su tierra y le satisfaga sus rentas. Los cultivadores de estas *hereditates* tienen sobre la tierra el dominio útil. Y no solo eso, sino que además disponen de la facultad, como hombres libres que son, de desplazarse a vivir en otros lugares. Son los *iuniores*. Estos enigmáticos personajes tienen un tratamiento legal en el Fuero legionense. Al lado de estos *iuniores* contemplados en el Fuero de León, coexisten los *iuniores regios*, *iuniores* del Rey, con un especial y privilegiado tratamiento jurídico, desde el punto de vista de amplio respeto a cuantas tierras, propiedades o *atondo* hubieran recibido del Rey por los servicios que éste de ellos recibiera. En estos *iuniores regios* es muy posible esbozar en ellos una cierta relación con los *leudes* del Derecho visigodo.

Los *iuniores*, de *capite* o de *mandatio*, han recibido de su Señor en virtud de un *prestimonio* o préstamo, tierras que cultivar y repoblar. Como son hombres libres, si deciden abandonar la *mandatio*, solamente pueden vender la *medietate* de sus bienes. La otra *medietate* o mitad debe revertir al dominio de su Señor.

El contenido jurídico que envuelve el término *prestimonio* es reflejado en los diplomas con la expresión *ad hominis prestitum est*. Cuando un *iunior* vende su *medietate ad hominis prestitum est*, el comprador de tal *hereditas* asume el pago del canon anual que en el territorio portugalense se cifra en la quinta parte de las cosechas. Topónimos como *quintana* y sus derivados se refieren a esto.

En los diplomas existentes en la Alta Edad Media, que son básicos para el estudio del Derecho Hispánico Medieval, tanto la propiedad como la posesión son susceptibles de muchos mecanismos de contenido jurídico que hacen posible su transmisión. Transmiten los Reyes propiedades *ex iure et hereditate*, y los titulares de los Señoríos transmiten la posesión de las *hereditates* a sus pobladores, a cambio de percibir un canon anual. Se repite la historia como cuando en el Derecho Romano nace el concepto de la *possessio*.

De los mecanismos jurídicos transmisivos tanto de la propiedad como de la posesión, la donación es un título de superior consideración, pues nada ni nadie, ni siquiera la ley puede revertirla. La donación no es un acto transmisivo unilateral, sino un contrato entre partes que se confirma con la recepción de otra cosa a cambio. Las motivaciones que están detrás de la donación suelen ser de índole sentimental, fundada en motivos religiosos, por el bien del alma; otras veces es el miedo al juicio final la razón de donar propiedades a la Iglesia. Otras donaciones agradecen unos servicios personales prestados.

Cuando la Iglesia es la destinataria de una donación, el límite de lo donado, en relación con el total del haber del donante, suele ser la tercera parte de los bienes relictos. Lo que empezó siendo un acto simbólico por el miedo que suscitaba el cambio del milenio, o el miedo a la muerte, concluyó convertido en una norma de derecho sucesorio, es decir, el límite de la libre disposición testamentaria se cifraba en un tercio. Los dos tercios restantes eran la legítima parte de los herederos. La Iglesia no opuso ninguna traba a esta costumbre popular para poder recibir cuantiosas donaciones.

En el Derecho Hispánico Medieval la donación no es un acto dispositivo gratuito, sino que necesita de una contraprestación, es decir, la entrega de un bien generalmente de menor valor. La *traditio* o entrega del bien donado así como la entrega de una contraprestación, siquiera fuera simbólica, eran requisitos de validez.

El testamento, las disposiciones testamentarias, es otra manera de transmitir el dominio o, en su caso, la posesión de los bienes. En numerosos testamentos del territorio portugalense aparece la disposición testamentaria de bienes, con la reserva de usufructo, *usufructo reservato*. En algún diploma aparece recogido un testamento en que se nombra heredero testamentario a un monasterio, pero se reserva el usufructo a favor de un tercero. Se constituye un *usufructo reservato* a favor de otra persona distinta,

a cuya muerte se hace eficaz plenamente el testamento. En otras ocasiones aparecen *donationes mortis causa*. La diferencia entre ambas consiste en el momento de la *traditio*, pues en las *mortis causa*, la entrega tiene lugar tras el fallecimiento del donante; en las *donationes usufructo reservato*, la *traditio* del bien donado tiene lugar de manera instantánea a la efectividad del inicio del usufructo. Concluido éste, termina la servidumbre constituida.

En algunos de los diplomas que albergan disposiciones testamentarias, se puede observar que los otorgantes son marido y mujer, que conjuntamente disponen de sus bienes. Como en numerosas ocasiones los bienes entregados a favor de la Iglesia exceden del tercio, en el diploma se recoge la firma, en señal de aceptación de los designios de sus padres, de los hijos. De esta manera, con esta habilidad procesal, se evita cualquier posibilidad de impugnación judicial que pretenda la revocación del testamento, promovida por los hijos en defensa de sus legítimos derechos hereditarios. En todo caso, las amenazas de excomunión, a quien se atreva a atacar el testamento, aparecen en los diplomas testamentarios con profusión. No hay que olvidar que siendo la Iglesia la destinataria de esas disposiciones de bienes, redactado el documento generalmente por Abades y presbíteros, actuando como notario o anotador de su contenido otro hombre de la Iglesia, debidamente conservado en los archivos de la Iglesia ese diploma; si hubiere alguna reclamación al respecto, las posibilidades de revocación eran mínimas.

En algunos supuestos, siendo clérigos los testadores, se acudía al expediente de hacer herederos a sus sobrinos. Para evitar conflictos, estos presbíteros completaban el testamento con un reconocimiento de *perfilatio* de sus sobrinos. Es decir, se les adoptaba como hijos, mediante una *karta de perfiliationis*. De esta manera se evitaba que bienes de carácter familiar, es decir, bienes troncales, pasaran al dominio de la Iglesia, en perjuicio de una familia.

Las permutas o trueques de bienes es otro ropaje jurídico útil para los intercambios de bienes, procurando de esta manera la concentración de las propiedades, antes dispersas.

Las compraventas son un mecanismo jurídico muy usado para realizar actos dispositivos de bienes. Los diplomas contienen una descripción de los intervinientes, así como una pormenorizada descripción de los bienes, muebles o inmuebles. Su ubicación

y la completa descripción del lugar en que se encuentra, generalmente los nombres de los ríos o de los montes, el territorio en que están sitios, así como la peculiaridad de si es una salina o, por ejemplo, un puerto. Del bien se detalla si es propiedad íntegra o si es una parte del mismo, y la descripción de su contenido, es decir, si es un villar, una o varias casas, unas salinas o conjunto de árboles frutales. No puede faltar el precio, pues es elemento esencial del contrato. Tampoco falta la referencia de que su importe ha sido satisfecho, lo que mucho complació al vendedor. Del estudio de los diplomas examinados resulta que el precio es establecido en metálico, generalmente, señalando su importe. Aparecen multitud de monedas acuñadas en distintas cecas. La referencia al *solidus* es un anacronismo, un homenaje monetario al pasado que ya no existe. Ante la ausencia de *solidus*, el equivalente *modio* ocupa su lugar como medida de cambio. No faltan referencias a monedas acuñadas en la zona peninsular ocupada por los musulmanes. El comercio y la influencia de los mozárabes toledanos procuraban su permanencia social como moneda aceptada y apreciada por su ley.

Otra institución jurídica para el acceso a la propiedad, en el Derecho Hispánico Medieval, es el año y día. Durante muchos siglos, ha recorrido un camino paralelo al Régimen Feudal, con estrecha vinculación al mismo. Sobre los conceptos acuñados en el sistema Romano Clásico, que vinculaba la defensa posesoria como situación fáctica merecedora de la protección de los derechos del poseedor a través de los interdictos, así como las innovaciones introducidas por la presunción de que se hubiera usucapido aun sin el transcurso del plazo de un año, junto a la idea de considerar que la posesión en determinados supuestos, era una forma de alcanzar el *dominium* sobre un bien, sobre todos estos conceptos latentes, sobrevino en el Medievo Hispánico una novedosa situación fundada en las necesidades políticas y sociales de la repoblación de extensos territorios yermos, incultivos y sin dueño, en la Península Ibérica. Ampliamente difundida su aplicación en la Península Ibérica, estaba plenamente aceptada la institución del año y día por toda la Europa Occidental. Era derecho común europeo, sin que pueda asignar un origen concreto.

En el Derecho Medieval Hispánico se vincularon la posesión del año y día, mediante la *presura* y la *aprisio* y el cultivo y explotación de las tierras, a una situación que producía indudable confusión entre la posesión y la propiedad. Tal confusión ya estaba en las ideas del Derecho Romano Vulgar, ideas que encajaron a la perfección en

el Derecho Medieval. El año y día consolidaba el derecho posesorio con la ventaja procesal de que quien acreditaba estos hechos, de posesión y cultivo personal, sobre tierras yermas y abandonadas, consolidaba sus derechos, la base de su poder sobre el bien y no necesitaba de otras pruebas, quedando muchas veces incluso sin el cumplimiento de la obligación judicial de acudir al *placitum*, es decir, a un llamamiento judicial a debatir respecto de la cosa reclamada.

En el Derecho Medieval Hispánico se produce además una aceptación del Derecho común europeo, que es la existencia de principios vinculados al Derecho Feudal, con la aceptación generalizada de la admisión, en los derechos de propiedad y de posesión, de un dominio eminente y de otro dominio útil. El carácter de derecho unitario de la propiedad, propia del Derecho Romano Clásico, estaba desmembrada y cuarteada en sus aspectos funcionales.

El añadido del día al plazo del año es una manera de señalar que dicha situación posesoria, en el Derecho Medieval Hispánico, era inatacable. El día significaba la fatalidad que imposibilitaba la prosperabilidad de cualquier reclamación posesoria. En el Derecho Romano honorario los interdictos fueron un amparo jurisdiccional para proteger la *possessio*. Excluido el *furtum*, la posesión del bien durante un año protegía al tenedor de la *possessio* frente a cualquier ataque de tercero. Hay un claro paralelismo.

Octava. - La Recepción del Derecho Romano Justiniano.

Como hecho histórico de repercusión en el territorio occidental europeo, la irrupción de las ideas jurídicas del Derecho compilado por Justiniano en el siglo VI, supuso la apertura política y social a una nueva realidad, desde el punto de vista cultural, admirable y deslumbrante. Era el *ius commune* europeo, en sus dos vertientes de Derecho Canónico y de Derecho Civil. Ambos Derechos tenían las mismas raíces. A su lado, de forma inseparable, en este *ius commune* convivieron normas asimiladas por los pueblos, durante siglos, y que se enmarcan dentro del derecho feudal. Ello produjo un mundo de confusión de principios jurídicos, mantenidos por vía de costumbres. La incertidumbre provocó no pocas dudas sobre los mecanismos adecuados para ir imponiendo el derecho sabio sobre la normativa feudal que durante siglos hubiera articulado la vida social. Lo que en el fondo estaba en juego era un cambio social, un nuevo horizonte en el que se abría paso el Poder regio que sobre las cenizas del mundo feudal y, al conjuro del Derecho romano-canónico, fue articulando todo un mundo

jurídico nuevo. Una distinta manera de concebir la sociedad en el seno de una nueva concepción del Estado Moderno.

En esta novedad histórica, la Recepción, tuvo mucha más repercusión de la que se pueda derivar de la idea de estudiar y aceptar un mundo jurídico, el Derecho Romano, basado en las reglas eternas elaboradas por la *Jurisprudentia*. La Recepción no se conformó con la invasión del mundo intelectual de unos deslumbrados juristas, los Glosadores. El Derecho no era una pura entelequia que se quedara suspendida en el limbo de una brillante idea. El mérito de la Recepción es que preparó las bases necesarias para derrumbar el Estado Feudal y preparar el camino que llevaría a la lenta formación del Estado Moderno. Ello se logró por la vía de sustituir el Derecho Feudal por las ideas jurídicas contenidas en el Derecho Romano Justiniano, con la inestimable ayuda de las aportaciones del Derecho Canónico. Quedaron sentadas las bases para traspasar el fragmentado poder feudalizado a las manos del Rey Soberano mediante la formulación de una Justicia regia a cuya función se sumó la capacidad de legislar, uniformando el Derecho. La propiedad y la posesión, como instituciones medievales, fueron reformadas, retomando las ideas del Derecho Romano Clásico, deslindando la propiedad como un derecho absoluto del mero hecho posesorio y procediendo a reconfigurar los *iura in re aliena* sin desfigurar el carácter absoluto de la propiedad.

El principal y más llamativo logro jurídico de la Recepción consistió en distinguir conceptualmente la propiedad y la posesión. Aunque en las Partidas de Alfonso X, de mediados del siglo XIII, considerado como Monumento hispánico de la Recepción, no se determina con nitidez la radical separación conceptual de posesión y propiedad y Señorío, ello tal vez viniera determinado porque se tuviera muy cercano todo el contenido del Derecho Feudal o de Señorío.

Novena.- Las bases necesarias para el Estado Moderno.

El Rey Sabio, en las Partidas, estaba muy preocupado en dejar señalizado su Señorío, su cuestionado Poder. De manera inconsciente reflejaba un interés en la necesidad de la uniformidad del Sistema Jurídico, sabedor de que la unidad del reino no podía lograrse sobre particularismos territoriales, cuya principal consecuencia era la de dificultar el ejercicio del Poder, su Poder. Y en los Derechos Romano y Canónico estaban insertos criterios que podían resultar muy útiles a sus designios y su visión del futuro.

Desde el punto de vista de la visión de la Historia, por más que los historiadores hispanos prolongan, para España, la Edad Media hasta 1492, buscando un hito histórico de repercusión global mundial, sin embargo ya en 1348 quedaron establecidas las bases de lo que será el Estado Moderno en su necesaria proyección jurídica, en la forma de organización social del Poder Público. El Monarca ya era el Supremo Juez. Y en el Ordenamiento de Alcalá además logró el derecho de poder reformar las leyes o de dictar otras nuevas. Se convertía, además, en Legislador, asumiendo un nuevo Poder.

Las ideas de la Recepción contribuyeron poderosamente a modificar las ideas jurídicas haciendo desaparecer el Derecho Feudal para, desde el Derecho Romano y el Derecho Canónico, dejar sentadas las bases del Derecho Moderno, y al mismo tiempo, se eclipsó el Estado Feudal, para dar paso también el Estado Moderno. Podrá objetarse que determinados efectos del feudalismo se prolongaron hasta la Revolución Francesa. Es cierto ello, tanto como que con el hallazgo de la unidad territorial española, los mismos Reyes Católicos en 1505 en las Leyes de Toro acogieron la institución del Mayorazgo, que protegía las propiedades nobiliarias. No era la pervivencia del Sistema Feudal, sino un destello de la fuerza de la Nobleza, que se resistía a ver la realidad de unos tiempos renovadores ante la cegadora protección de sus privilegios.

La unidad territorial del Reino exigía un Derecho uniformado. En el aspecto del idioma lo vio con nitidez Nebrija cuando dedicó a la Reina Isabel I su Gramática. Tales trascendentales cambios se pueden observar en la justa medida en que el Rey va recuperando en su mano las funciones o poderes que permanecían funcionalmente delegados en los poderes intermedios. *Justicia, Moneda, Fonsadera e suos yantares* son naturales del Señorío del Rey, es decir, integran su Soberanía. Así se recoge en el Fuero Viejo de Castilla. La Justicia es la proclamación regia de la Mayoría de Justicia, a la que se refiere el Ordenamiento de Alcalá. En el caso particular peninsular, ayuda a la consolidación del Poder real el proceso bélico de la Reconquista. El Derecho Romano Justiniano ayudó de forma fundamental al Poder, para la consolidación del Estado Moderno, para superar el caos jurídico y la dispersa actividad jurisdiccional.

Pero las Monarquías Medievales Hispánicas carecían de los mecanismos de poder suficientemente consolidados para superar las dificultades que la nueva realidad venía exigiendo. No eran tales carencias exclusivas de la Península Ibérica. La dispersión normativa, pues pocos eran los lugares poblados que carecieran de fueros, era un serio

contratiempo a superar. Conculcar la autoridad un derecho recogido en un texto foral era motivo de contrafuero. Además, la función judicial estaba dispersa, diseminada en los territorios y repartida en los diversos poderes locales. Los Señoríos dotados de inmunidad o *coto*, tenían vedado acceso a la Justicia regia. Los importes procedentes de los *pechos* o multas por infracciones cometidas eran una fuente de ingresos de los territorializados Señoríos. Finalmente, en un Estado embrionario, carente de medios, el Rey carecía de ejército propio. El ejército medieval era la hueste, amalgama de medios personales aportados por los Señores y la Ciudades, sobre los cuales el Rey era mero depositario de una función de convocatoria, no siempre obedecida, que en tales casos era sustituida por un *pecho* a pagar, y de una aureola de superior dirección. Era el Rey, y de esta función extrajo la Corona pingües beneficios territoriales y un generoso botín de guerra. Todo ello mientras la creciente debilidad del poder musulmán, posibilitaba tierras que anexionar.

Se aprecia un hilo conductor consistente en una relación directa entre los conceptos jurídicos de Propiedad-Poseción y el Poder como manifestación en la construcción del Estado Moderno. Así, en la medida en que el Poder daba muestras de debilidad en su implantación como pleno poder social, se observa una indiferenciación de los institutos jurídicos de Propiedad y Poseción. Cuando la debilidad regia dio lugar a un eclipse en la visibilidad del Poder, que se observa en el derrumbe del Imperio Romano de Occidente, el pueblo llegó a identificar la posesión y la propiedad. La vulgarización del Derecho Romano es paralela y simultánea con el progresivo deterioro del ejercicio del Poder, de manera tal que la debilidad e impotencia del Poder tiene una consecuencia directa con la debilitación del concepto de la propiedad, que es generalmente confundido con la situación posesoria.

Sin embargo, cuando el Poder asumió la terea de regir los destinos de una sociedad, dando el paso desde el caos institucional, protagonizado por el Estado Feudal o Señorial, hasta llegar trabajosamente a constituir el Estado Moderno, con la ayuda de la Recepción del Derecho compilado por Justiniano, nuevamente vuelve a instaurarse la clarificación de los ámbitos propios de la Propiedad y la Poseción.

Es muy posible que, sin la Recepción del Derecho Romano, la creación del Estado Moderno no se hubiera logrado, al menos en toda su extensión, como hoy le conocemos. La Recepción significó definitivamente la nítida separación de los conceptos de

posesión y propiedad, y la perentoria necesidad de un Derecho renovador de ideas y de metas. Con el triunfo del Estado Moderno desaparecerá definitivamente todo indicio de posible confusión de dichas instituciones jurídicas. Y el instituto medieval del año y día perderá su significado para volver a recuperar la ubicación en la institución procesal de los interdictos, como medio de la defensa posesoria. La posesión es una situación merecedora de protección jurídica, como un mero hecho o tenencia de las cosas. Se admite una *possessio ad usucapinem* en los plazos legales para poder adquirir la propiedad. Pero la posesión, en tanto que institución jurídica, está teñida de una idea de provisionalidad y relatividad, en definitiva, insegura, al estar sometida a las relaciones personales en que se sustenta. Por el contrario, la idea fundamental que adorna a la propiedad es el hecho objetivo de ser un ente jurídico absoluto, despersonalizado. Sin perder de vista, latente en el fondo, que el derecho de propiedad sobre las cosas radica en el beneficio económico a obtener de los bienes, lo que puede subjetivizar su contenido; sin embargo esta concepción sobre el derecho de propiedad es independiente de que tal derecho se tenga, o no, por una persona, de cuya idea se puede deducir la objetividad despersonalizada de dicha institución. Es la propiedad un ente jurídico *per se*, dotado de unas notas características que le impregnan de cierto aroma de soberanía.

La evolución del concepto jurídico de propiedad ha concluido al ser aceptada universalmente como un concepto jurídico propio, cuando se ha desvinculado de la relación de poder de la persona sobre los bienes, cuando ha roto los lazos de dicha subjetividad de dependencia personal que la relativizaba en su contenido. Dicha evolución conceptual, a lo largo de la Historia, ha ido paralela e íntimamente relacionada con el desarrollo de la idea de la organización del Poder del Estado. Un Estado feudalizado, débil y parcelado, relativizaba al dominio. Por el contrario, cuando el Estado Moderno rompió los lazos sociales feudalizantes, la propiedad resurgió en todo su esplendor como un Derecho objetivo, propio, rompiendo la dependencia de un carácter de relatividad que la excesiva vinculación a los reflejos personales.

Nada de extraño, pues, tiene que los legisladores, al elaborar el texto constitucional español de 1977, declararan a la propiedad como un derecho fundamental a respetar por todos. Es el reconocimiento de ser un derecho *erga omnes*. Su respeto es la base de la seguridad jurídica para la ciudadanía. Su protección es un instrumento necesario para el logro de la paz social, que sigue siendo el primordial objetivo del Poder. En definitiva,

el Estado Moderno se consolidó cuando introdujo las necesarias instituciones para hacer posible administrar el ente estatal sin la intervención de poderes auxiliares intermediarios, que secuestraban determinadas funciones. El Estado Moderno aparece como un bloque unitario de poder, que con el paso del tiempo asumió el principio de división de poderes como el fundamento del Estado Democrático. Y además se consolidó cuando introdujo entre sus mecanismos legales el concepto de la propiedad como una entidad jurídica absoluta y soberana, necesaria para la estabilidad social y económica, cuyo respeto queda garantizado por el incansable quehacer diario de la Justicia.

BIBLIOGRAFIA:

a).- Básica-Documental:

CANTERA BURGOS, Francisco. *Fuero de Miranda de Ebro*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid, 1945.

CID, Isabel. *Foral de Évora (Comentario Diplomático, Codicológico e Paleográfico)* en Foral Manuelino de Évora. Câmara Municipal de Évora. IN-CM. Lisboa, 2001.

CORPUS IURIS CANONICI. Editio Lipsiensis secunda. Aemilius Friedberg. Pars Prior. Graz, 1959. DECRETUM MAGISTRI GRATIANI. Pars Secunda. DECRETALIUM COLLECTIONES. Graz, 1959.

CRUZ COELHO, María Helena. *Forais e Foros da Guarda*. Câmara Municipal de Guarda. Guarda. 1999.

GRACIANO. *Decretorum*. París, 1552.

GREGORIO IX. *Decretales*. París, 1558.

DOMINGO IRANZO, Eugenio. *El Fuero de Requena. Estudio Crítico, transcripción y glosario*. Ayuntamiento de Requena, 2008.

DOMINGO, Rafael (Coordinador). *Textos de Derecho Romano*. Editorial Aranzadi. Navarra. 2002.

BARRERO GARCIA, ANA M^a. *El Fuero de Teruel. Su historia, proceso de formación y reconstrucción crítica de sus fuentes*. Madrid, 1979.

EL FUERO VIEJO DE CASTILLA. Publicado con Notas Históricas y Legales, por Ignacio Jordán de ASSO y DEL RIO, y Miguel de MANUEL Y RODRIGUEZ. Madrid, 1771.

FUERO DE CUENCA. (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf). Edición crítica, con introducción, notas y apéndice. Por RAFAEL DE UREÑA Y SMENJAUD. Madrid, 1935. También de la Universidad de Castilla la Mancha. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real. Tomado sobre la base del Fuero de Cuenca de RAFAEL UREÑA, de la Biblioteca del Escorial. Madrid, 1935. En <https://previa.uclm.es>.

FUERO DE MADRID. Con una Introducción de Eduardo Huertas Vázquez y con Transcripción de Agustín Millares Carlo. Ayuntamiento de Madrid, 2002.

GAYO. *Instituciones*. En Rafael Domingo (Coordinador). *Textos de Derecho Romano*. Aranzadi. Navarra, 2002. También en Edición bilingüe a cargo de Arias Bonet, Juan Antonio y otros. Civitas. Madrid, 1985.

HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo. *Documentos para la Historia de las Instituciones de León y Castilla (siglos X-XIII)*. Junta para la Ampliación de Estudios e investigaciones científicas. Centro de Estudios Históricos. Madrid. 1919.

KRIEDEL, HERMANN y OSENBRÜGEN. *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Editor J. Molinas. Barcelona, 1889. Traducción de I. García del Corral. El Profesor J. J. de los Mozos Touya presentó la traducción citada en la edición facsímil de esta obra. Lex Nova. Valladolid, 1988.

LAS PARTIDAS. En *Los Códigos Españoles, concordados y anotados*, tomos II a V inclusive. La Publicidad. Madrid, 1847.

LEY DE LAS XII TABLAS. En Rafael Domingo (Coordinador). *Textos de Derecho Romano*. Aranzadi. Navarra, 2002.

LIBER CONSUEtudINE CIVITATE PALENTINE. Copia del manuscrito obrante en la actual Biblioteca de Toledo, de la Junta de Castilla La Mancha. (C^a siglo XIII). Contiene diversos documentos, empezando por el *Liber Iudiciorum*, el Fuero de León, el Concilio de Coyanza, así como el Fuero de Palencia.

LIBER IUDICIORUM. En *Los Códigos Españoles, concordados y anotados*, tomo I. La Publicidad. Madrid, 1847. Contiene también el FUERO JUZGO.

MAJADA NEILA, Jesús. *Fuero de Zamora*. Librería Cervantes, Salamanca, 1983.

MANS PUIGARNAU, Jaime M. *Decretales de Gregorio IX*. Volumen I. Barcelona, 1939. Volumen II p^{ri}era parte. Barcelona, 1942.

MARTINEZ DIEZ, Gonzalo. *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*. Burgos, 1982.

MUÑOZ Y ROMERO, Tomás. *Colección de Fueros y Cartas Pueblas en los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra; coordinada y anotada*. Madrid, 1847. Lex Nova publicó una edición facsímil. Valladolid, 1987.

EL ORDENAMIENTO DE ALCALA. *Los Códigos Españoles*, cit, Tomo I. Madrid, 1847.

PEREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. *El Fuero de Santander: estructura jurídica e institucional*. En *El Fuero de Santandert y su época*. Santander, 1989.

PORTUGALIAE MONUMENTA HISTORICA. *Diplomata et Chartae*. Lisboa, 1867.
Kraus Reprint, Ltd. Leichtenstein, 1967.

PORTUGALIAE MONUMENTA HISTORICA. *Leges et consuetudines*. Lisboa, 1856.
Kraus Reprint Ltd. Liechtenstein, 1967.

RODRIGUEZ FERNANDEZ, Justiniano. *Palencia panorámica foral de la provincia*. Palencia, 1981.

ROUDIL, Jean. *El manuscrito español 8331*. En [https://www2.uned.es/dpto.-hdi/exámenes %20y%20PECs/Baeza%20-%20Manuscrito%208331.pdf](https://www2.uned.es/dpto.-hdi/exámenes%20y%20PECs/Baeza%20-%20Manuscrito%208331.pdf).

SANCHEZ RUANO, Julián. *El Fuero de Salamanca*. Salamanca, 1870.

RUIZ GARCIA, Elisa. *Fuero de Soria, edición crítica y glosario*. Soria, 2006.

b) Complementaria: Estudios.

ABELLAN PEREZ, Juan. *La pérdida de Hispania y la formación de al-Andalus*. En *Historia de España de la Edad Media*. Vicente Angel Alvarez Palenzuela (Coordinador). Ariel. Barcelona, 2012.

ALBURQUERQUE, Ruy e Martim. *História do Direito Português*. Lisboa, 1999.

ALMEIDA DA COSTA, Mário Júlio. *História do Direito Português*. Almedina. Coimbra, 2008.

ALONSO MARTIN, María Luz. *La dote en los documentos toledanos de los siglos XII-XV*. AHDE, 1978.

ALVARADO PLANAS, Javier. *El problema del germanismo en el Derecho español, siglos V-XI*. Marcial Pons. Madrid, 1997.

-----*Una interpretación de los Fueros de Castilla*. En *Los Fueros de Castilla*, del mismo autor y Oliva Manso, Gonzalo.

ALVARADO PLANAS, Javier y OLIVA MANSO, Gonzalo. *Los Fueros de Castilla*. BOE/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004.

ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio. *Derecho Romano*. Edersa. Madrid, 1990.

AZEVEDO FERREIRA, José. *Afonso X –Foro Real-* Instituto Nacional de InvestigaçãO Científica. Lisboa, 1987.

- AYALA MARTINEZ, Carlos. *La consolidación de las Monarquías peninsulares*. En Historia de España de la Edad Media. Vicente Angel Alvarez Palenzuela (Coordinador). Ariel. Barcelona, 2012.
- BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel. *Parentesco, Matrimonio, Propiedad y Herencia en la Castilla Altomedieval*. Universidad Carlos III de Madrid-BOE. Madrid, 1996.
- BLOCH, Marc. *La sociedad feudal*. Akal. Madrid. 1987.
- BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Reus. Madrid, 2002.
- *Corso di Diritto Romano*. Milano, 1966.
- BROCÀ I DE MONTAGUT, Guillem M. *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del Civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Barcelona, 1985.
- BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho Germánico*, actualizada por Claudius Von Schwerin. Editorial Labor. Barcelona, 1936.
- CABRAL DE MONCADA, Luis. *A traditio e a transferencia da propriedades imobiliária no direito português (séculos XII-XV)*, en Estudos de História do Direito. Universidad de Coimbra. Coimbra, 1948.
- *A “posse de anno e dia” nas Costumes municipais portuguesas*. En Estudos de História do Direito. Coimbra, 1948.
- *O “tempo” e o “trastempo” nos costumes municipais portugueses*. En Estudos de História do Direito. Coimbra, 1948.
- CAETANO, Marcelo. *História do Direito Português, (séculos XII-XVI)*. Verbo. Lisboa, 2000.
- CASINOS-MORA, F. Javier. *Auctoritas rerum decenviralis*. Universidad de Liège, 2003. En local.droit.ulg.ac.be.
- CASTAN LANASPA, Guillermo. *Política Económica y poder político. Moneda y fisco en el reinado de Alfonso X el Sabio*. Junta de Castilla y León. Valladolid, 2000.
- CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, común y foral*, tomo II. Reus. Madrid, 1964.
- CICERON, Marco Tulio. *De Amititia*. Colección Gredos bilingüe. Gredos. Madrid. 1966.

- DE LA CONCHA MARTINEZ, Ignacio. *La presura*. AHDE. Madrid, 1943.
- CUESTA SAENZ, José María. *La acción Publiciana*. Montecorvo. Madrid, 1984.
- DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis. *El Derecho de Propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica*. EDERSA. Madrid, 1993.
- Tutela interdictal de la Posesión*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1962.
- DE LOS MOZOS TOUYA, José Javier. *El nacimiento de la ciencia jurídica en Roma al final de la Época Republicana*. Universidad de Valladolid, 2017.
- D'ORS, Alvaro. *Dudas sobre "leudes"*. AHDE. Madrid, 1960.
- ELLUL, Jacques. *Histoire des Institutions. Le Moyen Age*. Presses Universitaires de France. Paris, 1962.
- FERNANDEZ DE MADRID, Alonso. Arcediano del Alcor. *Silva Palentina*. Diputación Provincial. Palencia, 1976.
- FRAY JUSTO PÉREZ DE URBÉL. *El Condado de Castilla*. Madrid, 1969.
- FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita. *La seguridad del tráfico de bienes en Roma*. Editorial Reus. Madrid, 2019.
- GAMA BARROS, Henrique. *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*. Livraria Sa da Costa. Lisboa, 1946. 2ª edición dirigida y actualizada por Torquato de Sousa Soares.
- GANSHOF, F. L. *Qu'est-ce que la Féodalité?* Office de Publicité, S. A. Éditeurs. Bruxelles, 1957.
- GARCIA DE VALDEAVELLANO, Luis. *Curso de Historia de las Instituciones Españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*. Revista de Occidente. Madrid, 1970.
- Economía natural y monetaria en León y Castilla durante los siglos IX, X y XI*. Revista de Moneda y Crédito nº 10. Madrid, 1944.
- El prestimonio*. AHDE. Madrid, 1955.
- Estudios medievales de Derecho Privado*. Universidad de Sevilla. 1977.
- Historia de España. De los orígenes a la baja Edad Media*. Madrid, 1973.
- GARCIA-GALLO Y DE DIEGO, Alfonso. *Aportación al estudio de los Fueros*. AHDE. Madrid, 1956.

- Bienes propios y Derecho de Propiedad en la Alta Edad Media española*. AHDE. Madrid, 1959.
- El Concilio de Coyanza. Contribución al estudio del Derecho Canónico español de la Alta Edad Media*. AHDE. Madrid, 1950.
- Fueros de Toledo*. AHDE. Madrid, 1975.
- *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid, 1977
- GARCIA RIVES, Angela. *Clases sociales en León y Castilla (siglos X-XIII)*. Revista de Archivos, bibliotecas y Meseos, año XXIV, tomo XLI. Madrid, 1920.
- Génesis medieval del Estado Moderno: Castilla y Navarra (1250-1370)*. *Actas del Coloquio celebrado en Niza (1986)*. Valladolid. Ediciones Ámbito, 1987.
- GIBERT Y SANCHEZ DE LA VEGA, Rafael. *El derecho privado de las ciudades españolas durante la Edad Media*. Les Editions de la Librairie Encyclopedique, S.P.R.L. Bruxelles, 1957.
- El Ordenamiento de Villa Real, 1346*. AHDE. Madrid, 1955.
- Historia General del Derecho Español*. Madrid, 1974.
- GOMEZ- PANTOJA, Joaquín L. *Protohistoria y Antigüedad de la Península Ibérica, vol. II. La Iberia Prerromana y la Romanidad*. Silex. Madrid, 2008.
- GONZALEZ DIEZ, Emiliano. *El Régimen Foral vallisoletano*. Valladolid, 1986.
- GONZALEZ Y MARTINEZ, Jerónimo. *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*. Ciivitas-Aranzadi. Navarra, 2009.
- GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Marcial Pons. Madrid, 1996.
- GUENÉE, Bernard, *Occidente durante los siglos XIV y XV. Los Estados*. Barcelona, Labor, 1973.
- HAYEK, Friedrich August von. *Los Fundamentos de la Libertad*. Valencia, 1956.
- HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo. *Historia General del Derecho Español*. Madrid, 1887.
- El elemento germánico en el Derecho Español*. Madrid, 1913.
- El origen del Régimen Municipal en León y Castilla*. Madrid, 1896.
- HERCULANO, Alexander. *Historia de Portugal*. Bertrand Editora. Lisboa, 2007.
- HUMBERT, Michel. *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*. École Française de Rome. Rome, 2018.

- IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino. *La creación del Derecho. Manual. Una historia de la formación de un derecho estatal español*. Marcial Pons. Madrid, 2002.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Ariel. Barcelona, 1960.
- IHERING, Rudolph von. *La teoría de la posesión*. Reus. Madrid, 2004.
- KANTOROWICK, Ernest H. *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*. Con un estudio preliminar de José Manuel Nieto Soria. Ediciones Akal. Madrid, 2012.
- KASER, Max. *El derecho romano vulgar tardío*. AHDE. Madrid, 1960.
- *Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho Romano y en la dogmática moderna*. Universidad de Valladolid, 1962.
- *Eigentum und Besitz*. Köln-Graz, 1956.
- *Derecho Romano Privado*. Editorial Reus. Madrid, 1982
- KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano*. Ariel. Barcelona, 1989.
- LE GOFF, Jaques. *La civilisation de l'Occident médiéval*. Paris. Éditions Flammarion. 2008.
- LEVY, Ernst. *Derecho Romano Vulgar de Occidente*. Revista de Historia del Derecho Interpretatio. Universidad de Extremadura, 2003.
- LUIS PABLO TARIN. *Graciano de Bolonia y la literatura latina*. Fundación Pastor de Estudios Clásicos. Madrid, 2008.
- LLAMAS Y MOLINA, Sancho. *Comentario crítico, jurídico, literal de las ochenta y tres Leyes de Toro*. Madrid, 1853.
- MANGAS MANJARRES, Julio. *Leyes Coloniales y municipales de la Hispania romana*. Arco libros. Madrid, 2001.
- MARAVALL CASESNOVES, José Antonio. *El concepto de España en la Edad Media*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.
- MARTINEZ DIEZ, Gonzalo. *El Condado de Castilla (711-1038)*. Junta de Castilla y León. Valladolid, 2018.
- *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos*. Burgos, 1982
- MARTINEZ GIJON, José. *La Comunidad Hereditaria y la partición de la herencia en el Derecho Medieval Español*. AHDE. Madrid, 1957-1958.
- MAYER, Ernesto. *El antiguo derecho de obligaciones español según sus datos fundamentales*. Barcelona, 1926. Edición facsimil. Analecta Editorial. Pamplona, 2006.

----- *Historia de las Instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos V al XIV*. AHDE. Madrid, 1925. Edición facsimil. Analecta Editorial. Pamplona, 2006.

MENENDEZ PIDAL, Ramón. *Repoblación y tradición en la Cuenca del Duero*. Madrid, 1959.

MERÊA, Paulo. *A donação per cartam no direito romano vulgar e no direito visigótico*. En Estudos de Direito Visigótico. Universidad de Coimbra. Coimbra, 1948.

----- *A lei IV, 5, 5, da Lex Visigotorum e o poder paternal do Direito Visigótico*, en História e Direito (Escritos dispersos). Universidad de Coimbra, 1976.

----- *A precaria visigótica e as suas derivações imediatas*. En *Estudos de Direito Hispânico Medieval*. Coimbra, 1953.

----- *Em torno a palavra couto*, en Estudos de História do Direito. I. Direito Português. IN-CM. Lisboa, 2007.

----- *Estudos de História do Direito, I. Direito Português*. Imprensa Nacional- Casa da Moeda. Lisboa 2007.

----- *Nota complementar sobre as origens da precaria*. En Estudos do Direito Hispânico Medieval. Coimbra, 1953.

----- *Os limites da reivindicação mobiliária no direito medieval (Leão, Castela, Portugal)*. En Estudos de Direito Hispânico Medieval. Coimbra, 1953.

----- *Sobre a palavra « atondo »*. En Estudos de História do Direito, I. Direito Português. IN-CM. Lisboa, 2007.

----- *Sobre a palavra « caritel »*. En Estudos de História do Direito. I. Direito Português. IN-CM. Lisboa, 2007.

----- *Sobre a posse de anno e día no direito dos foros*. En Estudos de Direito Hispânico Medieval. Coimbra, 1953

----- *Sobre as origens da terça*. En Estudos de Direito Hispânico Medieval. Coimbra, 1953.

MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma*. RBA. Barcelona, 2005.

MORAN MARTIN, Remedios. *¿De la autonomía a la dispersión? Una hipótesis sobre la evolución del derecho señorial*. En IUS FUGIT, Revista Interdisciplinar de estudios histórico jurídicos, nº 16. Madrid, 2009-210

- Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal*, Tomo I. UNED. Editorial Universitas S. L. Madrid, 2002.
- Naturaleza Jurídica de la Infurción, I*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. Madrid, 1992.
- Ordenamiento, Legitimidad y Potestad normativa*. En *Orígenes de la Monarquía Hispánica: propaganda y legitimación*. José Manuel Nieto Soria (Director). Dykinson. Madrid, 1999.
- Sobre la potestad normativa, petición y merced*. En *Orígenes de la Monarquía Hispánica: propaganda y legitimación*. José Manuel Nieto Soria (Director). Dykinson. Madrid, 1999.
- Una reflexión entorno a la evolución de las prestaciones personales*. AHDE. Madrid, 1997.
- MOUSNIER, Roland. *La Monarquía absoluta en Europa, del siglo V a nuestros días*. Editorial Taurus. Madrid, 1986.
- NIETO SORIA, José Manuel (dir.). *Orígenes de la Monarquía Hispánica; propaganda y legitimación (C^a 1400-1520)*. Dykinson. Madrid. 1999.
- OTERO VARELA, Alfonso. *Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá en el cambio del Ordenamiento Medieval*. AHDE. Madrid, 1993-1994.
- PEREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel. *Breviario de Derecho Germánico*. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 1993.
- Curso de Historia del Derecho Español. Volumen I*. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 1989.
- Instituciones Medievales*. Editorial Síntesis. Madrid, 1997.
- Notas sobre la Propiedad y las Cosas en el Derecho Español de la Recepción*. En *Propiedad e Historia del Derecho*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. Madrid, 2005.
- PERICOT GARCIA, Luis y BALLESTER ESCALAS, Rafael. *Historia de Roma*. Montaner y Simon. Barcelona, 1963.
- PIRENNE, Henri. *Historia Universal*. Edit. Exito. Barcelona 1970.
- Las ciudades de la Edad Media*. Editorial Claridad. Buenos Aires, 2011.
- PUGLIESE, Giovanni. *Instituzioni de Diritto Romano, I*. Padova, 1983.

- RUBIO SACRISTAN, José Antonio. “*Donationes post obitum*” y “*donationes reservato usufructo*” en *la Alta Edad Media de León y Castilla*. AHDE. Madrid, 1932.
- SANCHEZ, Galo. *El Libro de los Fueros de Castiella*. Ediciones Albir. Barcelona, 1924.
- SANCHEZ-ALBORNOZ Y MENDUIÑA, Claudio. *España. Un enigma Histórico*. Edhasa. Barcelona, 2001.
- Despoblación y Repoblación del valle del Duero*. Instituciones de Historia de España. Buenos Aires, 1966.
- El Gobierno de las ciudades de España del siglo V al X*. En *Viejos y Nuevos Estudios sobre las Instituciones Medievales Españolas*. Espasa Calpe. Madrid, 1976.
- El precario en Occidente durante los primeros siglos medievales*. En *Viejos y Nuevos Estudios*, cit.
- El régimen de la tierra en el reino astur-leonés hace mil años*. En *Viejos y Nuevos Estudios*, cit.
- *En torno a los orígenes del Feudalismo, libro I, tomo I: Fideles y Gardingos en la monarquía visigoda. Raíces del vasallaje y del beneficio hispanos*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, 1974.
- Homines mandationis y iuniores*, en *Viejos y nuevos estudios sobre las Instituciones Medievales españolas*. Tomo I. Espasa Calpe. Madrid, 1976.
- *La primitiva organización monetaria de León y Castilla*. En *viejos y Nuevos Estudios*, cit.
- *Moneda de cambio y moneda de cuenta*, en *Viejos y Nuevos estudios*, cit.
- *Repoblación del reino Asturleonés*. En *Viejos y Nuevos Estudios*, cit.
- *Una ciudad de la España cristiana de hace mil años*. Rialp. Madrid, 1966.
- SANCHEZ-ARCILLA, José. *Estudio Introductorio*. En *LAS SIETE PARTIDAS (El Libro del Fuero de las Leyes)* de Alfonso X el Sabio. Editorial Reus. Madrid, 2004.
- SANTOS JUSTO, António. *Direito Privado Romano, -I. Parte Geral*. Coimbra Editora. Universidad de Coimbra, 2011.
- *Direito Privado Romano, -III. Direitos reais*. Coimbra Editora. Universidad de Coimbra, 2014.
- SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Bosch. Barcelona, 1960.

- SOLEIL, Sylvain. *Introduction historique aux institutions, IV-XVIII siècle*. Flammarion. Paris, 2005.
- SORIA NIETO, José Manuel. *Iglesia y poder real en Castilla. El Episcopado (1250-1350)*. Universidad Complutense. Madrid, 1988.
- STRAYER, Joseph R., *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*. Barcelona, Ariel, 1981.
- SUAREZ BILBAO, Fernando y ANDRES GAMBRA (Coordinadores). *Los Fueros de Sepúlveda y las sociedades de frontera*. Dykinson. Madrid, 1008.
- SYME, Ronald. *La revolución romana*. Crítica. Barcelona, 2017.
- TALAMANCA, Mario. *Instituzioni di Diritto Romano*. Milano, 1990.
- TELLIEZ, Romain, *Les institutions de la France Médiévale, XI-XV siècle*. Paris, Armand Colin, 2016.
- VALDEON BARUQUE, Julio. *Las raíces medievales de Castilla y León*. Ámbito Ediciones. Valladolid, 2004.
- VILLACAÑAS BERLANGA, José Luis. *La Monarquía Hispánica (1284-1516)*. Espasa. Madrid. 2008.
- WEBER, Max. *Historia agraria romana*. Akal. Madrid, 2008.

INDICE

	páginas
Introducción.....	1
I.- El Derecho Romano.....	21
I. 1.- Breve introducción.....	21
I. 2.-El Derecho Romano primitivo.....	30
I. 2. 1.- Marco Histórico.....	30
I. 2. 2.- Las XII Tablas y su posterior desarrollo.....	31
I. 2. 2. 1.- El <i>furtum</i> : su evolución jurídica.....	35
I. 2. 2. 2.- La autoayuda.....	44
I. 2. 2. 3.- La <i>legis actio sacramento in rem</i>	51
I. 2. 2. 4.- Otras cuestiones de Derecho Romano arcaico.....	58
I. 2. 3.- El sistema político republicano y el Derecho.....	59
I. 3.- El Clasicismo Jurídico.....	60
I. 3. 1.- Sus antecedentes y evolución.....	60
I. 3. 2.- El Derecho Romano es un derecho de acciones.....	78
I. 3. 3.- La <i>bona fides</i> y la <i>aequitas</i>	83
I. 3. 4.- Los procedimientos judiciales.....	88
I. 3. 4. 1.- El proceso de <i>legis actiones</i>	90
I. 3. 4. 2.- <i>Agere per formulas</i>	94
I. 3. 5.- El <i>dominium</i> : un concepto en evolución.....	114
I. 3. 5. 1.- En un principio fue el poder.....	122
I. 3. 5. 2.- El <i>dominium</i> , un derecho relativo.....	128
I. 3. 5. 3.- Similitudes con la <i>Gewere</i> germánica.....	134
I. 3. 5. 4.- La <i>anefang</i> germánica.....	140
I. 3. 5. 5.- La <i>proprietas</i> como un derecho absoluto.....	145
I. 4.- El Pretor, motor de cambios.....	153
I. 4. 1.- La protección interdictal.....	153
I. 4. 2.- La <i>bonorum possessio</i>	165

I. 4.3.- La <i>actio Publiciana</i>	173
I. 5.- Los <i>iura in re aliena</i>	178
II.- El Derecho Vulgar.....	191
II. 1.- Breve introducción.....	191
II. 2.- El <i>Codex Theodosianus</i>	196
II. 3.- <i>Dominium y possessio</i> en el Derecho Vulgar.....	198
II. 4.- Justiniano y su obra: breve apunte.....	212
III.- Nuevos Tiempos en las provincias occidentales romanas.....	216
III. 1.- El pueblo franco.....	223
III. 2.- La Iglesia Universal y el Derecho Canónico.....	233
III. 3.- Y en la antigua Hispania romana, el <i>Liber Iudiciorum</i>	246
III. 4.- La transmisión de la tierra en el <i>Liber</i>	264
III. 5.- El Fuero de León.....	272
III. 6.- El Concilio de Coyanza.....	301
III. 7.- Nueva realidad política en la Península Ibérica.....	305
III. 8.- La Propiedad en la Alta Edad Media.....	314
III. 8. 1.- La acción repobladora.....	329
III. 8. 2.- La <i>precaria y el patrocinio</i>	334
III. 8. 3.- Donaciones.....	341
III. 8. 4.- La <i>traditio</i>	372
III. 8. 5.- Las compraventas.....	375
III. 8. 6.- Medios de pago.....	387
III. 8. 7.- Propiedades muy parceladas.....	397
III. 8. 8.- La permuta.....	405
III. 8. 9.- La dote.....	408
III. 8. 10.- La sucesión hereditaria.....	414
III. 8. 11.- Las decisiones judiciales.....	430
III. 8. 12.- La troncalidad en el Derecho Hispánico Medieval.....	446
III. 8. 13- Otros aspectos del sistema foral hispánico: La presura, y año y día.....	452
IV.- Un nuevo rumbo: La Recepción del Derecho Romano.....	490
IV. 1.- La Propiedad en el Fuero Real.....	501
IV. 2.- La Propiedad en Las Partidas.....	514

IV. 3.- El Fuero Viejo de Castilla.....	530
IV.4.- El Ordenamiento de Alcalá.....	539
Conclusiones.....	552
Primera.- En materia de bienes, en principio fue el poder.....	552
Segunda.- El <i>dominium</i> , un concepto relativo.....	556
Tercera.- La <i>proprietas</i> , un derecho absoluto.....	557
Cuarta.- Los procedimientos judiciales reflejan cambios de concepto.....	560
Quinta.- La labor de la <i>Jurisprudentia</i>	562
Sexta.- Un nuevo rumbo: El Derecho Romano Vulgar.....	564
Séptima.- Caracteres de la Propiedad en el Derecho Hispánico Medieval.....	565
Octava.- La Recepción del Derecho Romano Justiniano.....	573
Novena.- Las bases necesarias para el Estado Moderno.....	574
Bibliografía.....	579
Índice.....	590