

El principio de la personalidad del derecho en los inicios de la Edad Media

Un capítulo en la evolución de las instituciones
e ideas jurídicas occidentales

Simeon Leonard **GUTERMAN**



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

EL PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD DEL DERECHO
EN LOS INICIOS DE LA EDAD MEDIA

*Un capítulo en la evolución de las instituciones
e ideas jurídicas occidentales*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 333

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero

Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Jefa del Departamento de Publicaciones

Edna María López García

Apoyo editorial y formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez

Elaboración de portada

SIMEON LEONARD GUTERMAN

EL PRINCIPIO
DE LA PERSONALIDAD
DEL DERECHO EN LOS INICIOS
DE LA EDAD MEDIA

*Un capítulo en la evolución de las instituciones
e ideas jurídicas occidentales*

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
JORGE ALBERTO SILVA

Traductores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 2019

Publicado con la autorización de Farah Barquero,
Senior Program Coordinator, University of Miami Law Review.

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 22 de abril de 2019

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-1627-8

CONTENIDO

Presentación a la edición en español	IX
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN	
Jorge Alberto SILVA	
Prefacio	XXXIII
C. H. MCILWAIN	
Introducción	1
ORIGEN Y DESARROLLO	
I. Las invasiones bárbaras y sus efectos	9
II. Orígenes	15
III. Sistemas dualistas	27
IV. Desarrollo de las leyes personales en el régimen franco	40
EL SISTEMA FRANCO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	
I. La Ley Nacional del Individuo.	57
II. Conflictos de ley en el imperio franco	71
EL <i>COMMON LAW</i> DEL IMPERIO FRANCO	
I. Derecho territorial y derecho personal	87
II. La fusión de leyes en el periodo franco	96

EL DECLIVE DE LAS LEYES PERSONALES

I. Declinación del sistema de derecho personal: generalidades	103
II. Agobardo de Lyon y el sistema de leyes personales . .	111
III. El <i>Edictum Pistense</i> y la transición a la territorialidad en los <i>pays de droit écrit et coutumier</i>	120
Conclusión	133
Semblanza del autor	139
Acerca de los traductores	143

PRESENTACIÓN A LA EDICIÓN EN ESPAÑOL

El doctor Simeon Leonard Guterman nos entrega esta obra,¹ *El principio de la personalidad del derecho en los inicios de la Edad Media: un capítulo en la evolución de las instituciones e ideas jurídicas occidentales*.² Misma que, inicialmente en versión inglesa, se publicó en la *Revista Jurídica de la Universidad de Miami (Miami Law Review)*, y posteriormente se reimprimió como una parte de varios estudios del mismo autor.³ Así, aunque realmente es un libro —dado el número de páginas—,⁴ se publicó como si se tratara de un artículo en una revista.

¹ Es pertinente comenzar agradeciendo al profesor Friedrich J. Juenger, de la Universidad de Davis, en California, haberle recomendado esta obra a Jorge Alberto Silva. Hace varios años (tal vez unos 35) le regaló un ejemplar, incluida la copia del curso que impartió en la Academia de Derecho Internacional, en La Haya. Y con frecuencia recibió diversos documentos que enviaba a su domicilio. Durante varios años el profesor Silva vio al profesor Juenger tanto en los seminarios de derecho internacional privado como en la IV CIDIP, en la que ambos fueron delegados representando a sus respectivos países. Y en cada ocasión le recordaba al profesor Silva la traducción. Sin embargo, debe reconocerse la tardanza, ya que por desgracia no se pudo completar estando él en vida. Dedicamos esta traducción a su memoria.

² En su versión en inglés se publicó como “The Principle of the Personality of Law in the Early Middle Ages: A Chapter in the Evolution of Western Legal Institutions and Ideas”, *University of Miami Law Review*, vol. 21, núm. 2, 1966. Se acompaña de un prólogo a cargo de Charles Howard McIlwain.

³ *From Personal to Territorial Law: Aspects of the History and Structure of the Western Legal-Constitutional Tradition*, Nueva Jersey, Scarecrow Press, 1972.

⁴ Según la Unesco, un libro se compone de, al menos, 49 páginas, sin contar las cubiertas (“Recomendación sobre la normalización internacional de las estadísticas relativas a la edición de libros y publicaciones periódicas”, 19 de noviembre de 1964); aunque para Conacyt se requiere de un mínimo de 100 páginas (“Glosario de términos básicos”, disponible en: <http://www.conacyt.gob.mx/index.php/glosario-de-terminos-sin>).

Ahora bien, resulta importante mencionar algunos datos que expliquen el objetivo de la obra, el contexto histórico que comprende, la razón que justifica su traducción y una valoración de la misma, puntos a los que nos encaminamos en las próximas líneas.⁵

I. OBJETIVO DE LA OBRA

En su objetivo principal el doctor Guterman procura indagar “el origen, el crecimiento y el funcionamiento de las instituciones asociadas con el régimen de derecho personal”. Si miramos el sistema de la personalidad de las leyes, éste, aparente o erróneamente, comenzó a ser examinado a partir de la creación de las universidades medievales, con posterioridad al año mil. Hay, incluso, quien afirma que la territorialidad de las leyes se inició a partir del siglo X, al iniciarse el feudalismo,⁶ tesis que es controvertida por Guterman. También se suele afirmar que el origen del derecho internacional privado (de aquí en adelante DIPr) se encuentra con la teoría de los estatutos,⁷ lo que también es impugnado en la obra que se presenta.

⁵ Es necesario agradecer el trabajo del becario del profesor Silva, Edwin Carlos Valenzuela Gildasu, y de la Lic. Gilda Bautista Ravelo; por su auxilio al revisar la versión final de la traducción. Contrastaron la versión original en inglés contra la traducción, lo que produjo algunos ajustes para la redacción final.

⁶ Según las actas levantadas en el Congreso Sudamericano de Derecho Internacional, la territorialidad surgió en el siglo X, al iniciarse el sistema feudal. *Actas de las sesiones del Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo en 1889*, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1904, p. 552.

⁷ Véase, por ejemplo, en Sela, A., “Reseña a la obra *Introduction au Droit International Privé*, de Armand Lainé”, *Revista de Derecho y Sociología*, año I, núm. 1, 1895, p. 513. Aquí se afirma que, según Lainé, el DIPr no se originó en el derecho romano y tampoco con la personalidad de las leyes bárbaras, sino “en el espíritu de justicia contra la territorialidad absoluta del derecho establecida por el feudalismo”.

El autor presupone que para investigar este momento histórico no bastan la historia ni el derecho; los hechos también son importantes. El momento se inicia más atrás: sostiene que “para el historiador no puede ser otra cosa que las invasiones, vistas como un amplio movimiento de cambio social y político”, y agrega que el investigador “no debe dudar en utilizar el enfoque jurídico, pero nunca debe olvidarse que el sistema de derecho personal estuvo históricamente condicionado”.

Asimismo, destaca la importancia de la práctica jurídica por sobre las leyes oficiales, a pesar de tratarse de un enfoque “difícil de rastrear”; sobre todo al vincular la ley personal y los periodos feudales, pues ello tiene implicaciones relevantes para la teoría de la supervivencia del derecho romano.

Y de igual modo, existe otro dato de interés que no se debe opacar: Guterman afirma que el término “internacional”, utilizado con relación a los sistemas (personalidad y territorialidad) de derecho privado es, en realidad, un término equivocado; al menos en la actualidad, puesto que priva una gran territorialidad. El esquema medieval de justicia —sostiene— fue mucho más internacional porque no se originó en la acción estatal. Entonces, el hecho es que actualmente el DIPr es definido desde un enfoque interno o territorial, lo que no ocurrió en la época investigada.⁸

Respecto al cómo y dónde se originó el sistema de leyes personales, su obra traza tres o cuatro respuestas generales a esas interrogantes que hay que tomar en cuenta.

⁸ Es pertinente explicar que por esa época medieval la concepción del derecho era diferente a la actual. En la Edad Media el derecho se concebía como un constructo *supra* estatal: suponía que por encima del Estado estaba el derecho, que regulaba las relaciones interestatales. Es iusnaturalista, teológico o racionalista. Actualmente suele estimarse que el derecho internacional surge de la mera voluntad de cada Estado; la soberanía de cada Estado no admite un *supra* derecho. Aunque esto no es explicado por el autor, es posible que se trate de la perspectiva epistemológica que tiene del derecho; una premisa que, pensamos, no se debe presumir.

II. PERSONALIDAD Y TERRITORIALIDAD DE LAS LEYES

El autor no presenta un concepto previo acerca del significado de personalidad y de territorialidad de las leyes. Estimamos de gran valor comenzar por estos significados presupuestos en la obra. Se trata de las dos tendencias políticas sobre las que ha caminado el derecho desde la antigüedad hasta nuestra época: personalidad y territorialidad de las leyes.

La *personalidad de las leyes* se explica diciendo que corresponde a un enfoque político metodológico que consiste en aplicar la ley a partir de la calidad de la persona, del lugar de su origen, sus creencias religiosas o el grupo étnico al que pertenece —no la ley del lugar donde se encuentra el juez que va a resolver el caso o *lex fori*—. En este enfoque se toma en cuenta un elemento subjetivo específico, uno de los elementos del Estado: la “población”, y en su origen es en lo que escarba nuestro autor. Esta forma de resolver permitió que a los destinatarios de un orden jurídico se les aplicara las leyes del lugar de *origo*. En este sentido, el origen o pertenencia del destinatario determinaba el ordenamiento que le era aplicable: el romano o el extranjero —que en el caso del libro, es el de alguna tribu goda—. El punto central presupone las costumbres (*consuetudo*) de cada persona, mismas que se debían respetar.

La expresión *personalidad de las leyes* realmente corresponde a una figura retórica (propriamente, una prosopopeya), dado que la personalidad le corresponde al individuo, pero parece atribuírsele tal cualidad a la ley. Conforme a este enfoque, no se aplica la ley vigente en el territorio en que se ha de juzgar el caso, sino la del lugar al que pertenece⁹ como súbdito.

⁹ Utilizamos “pertenece”, pero también se podría entender como el grupo con el que más se identifica la persona. La doctrina generalizadamente se va por la pertenencia. Asimismo, un posible tema de investigación podría ser el significado semántico del *origo* al paso del tiempo.

En cambio, para el enfoque de la llamada *territorialidad de las leyes o exclusividad* de las mismas, el orden jurídico a tomar en cuenta —al menos en primer lugar— es el del territorio del juez (*lex fori*) que juzga, y que también, en forma paralela, significa que ninguna ley de otro lugar podrá ser tomada en cuenta —por ejemplo, la ley de A vale únicamente dentro de A y para los actos realizados en A—. La única ley aceptable es la que vale sólo para ese territorio, la del juez.

Se trata de enfoques diferentes que producen resultados diversos y contradictorios. En uno se toma en cuenta a la persona o destinatario de la norma, en tanto que el otro toma en cuenta el territorio —incluida cualquier persona o cosa que en él se encuentre—. Históricamente, estas son las dos directrices que se han manifestado en la explicación del derecho, y que están presupuestas en esta obra.¹⁰

III. EL CONTEXTO HISTÓRICO

Existen otros elementos que es necesario explicar, como el contexto histórico presupuesto en la obra (las premisas no explicitadas). La historia que Guterman nos presenta se inicia (*circa*) cuando el Imperio romano se ha fraccionado y dividido en dos partes (oriental y occidental); cuando Teodosio dividió el Imperio entre sus hijos Honorio (Occidente) y Arcadio (Oriente). Esta escisión se presenta en un momento casi coincidente con el recrudecimiento de las invasiones godas, que luego darían lugar a la llamada caída del Imperio romano de Occidente y a la aparición de la Alta Edad Media. Guterman inicia su trabajo con lo que sería la primera etapa del asentamiento bárbaro, mismo que marca la última etapa del desarrollo del derecho romano y el principio de la personalidad del derecho, lo que no parece contrariar el suceso histórico ocurrido.

¹⁰ Algunos de estos conceptos se presentan en Silva, Jorge Alberto, *Notas para la historia del derecho internacional privado*, México, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, 2016.

Desde el fin de este Imperio y hasta aproximadamente el año mil —tal vez un poco después—, se construye una historia jurídica no muy explorada —al menos por los historiadores del derecho—. El mundo de ese momento gravita entre bárbaros y romanos, aunque a un lado corre el mundo islámico y el bizantino, que no toma como objeto de examen. La convulsión en Europa es turbadora, pues a partir de entonces surge un derecho vulgar, combinación de prácticas de diversos pueblos, dándole fin al clásico derecho romano. A ello contribuyeron el *Edicto de Teodorico* (500) en la península itálica y el *Fuero Juzgo* (654-694) en la hispánica, sin olvidar al *Breviario de Alarico II*, de corte germano.

La temática que cubre la obra se enmarca dentro de las llamadas invasiones bárbaras, que comprenden el momento entre los últimos años del Imperio romano clásico y la Alta Edad Media, aunque Guterman prefiere decir que esa era “siguió a las invasiones bárbaras de Europa Occidental y estuvo marcada por la existencia de naciones sin territorios y de leyes sin Estados”.

En esta era sobresalen los reyes y emperadores bárbaros,¹¹ así como la interrelación entre romanos y bárbaros que la convivencia presenta, porque el derecho que priva es el romano vulgar y el bárbaro. El derecho bárbaro se va a caracterizar, en lo general, por el hecho de que los miembros de una tribu, al viajar, llevan consigo su propia ley; es decir, su propia costumbre. Sobre esto cabe destacar, como lo dice Guterman, que aunque los conquistadores fueron los bárbaros, éstos respetaron las costumbres de los conquistados.¹² De esta forma unos y otros reconocieron recí-

¹¹ La denominación de *bárbaros* fue impuesta por los romanos al sostener una menor preparación cultural de los invasores. El derecho romano —el romano clásico— desaparece, y ya no habrá más derecho romano clásico ni justiniano sino hasta el segundo milenio, a partir del descubrimiento de las compilaciones justinianas.

¹² Cabe contrastar lo anterior con lo que hicieron los españoles conquistadores de los pueblos americanos, donde se impusieron las leyes del conquistador y se dejaron de lado las de los subyugados.

procamente las costumbres de cada uno, pero no todas, sino sólo las que romanos y bárbaros aceptaban.

Es en estos momentos —como admite Guterman— cuando el llamado *derecho romano vulgar*¹³ se logra gracias a las costumbres bárbaras, y con ello la aprobación del derecho del “extranjero”, debido a las decisiones del rey —y no a las del viejo derecho romano—.

Por otra parte, las *leges barbarorum*, o derecho popular, es una denominación que se le dio a las leyes de los llamados pueblos bárbaros, generalmente consuetudinarias. Son importantes porque presentan las leyes germánicas, derivadas de una cultura diversa a la romana.

Algunas de éstas se escribieron en latín y muchas fueron desvirtuadas en su contenido por los copistas.¹⁴ Seguramente por lo realizado por estos últimos el autor anota: “hasta que se resuelvan los problemas textuales y de otro tipo, estos documentos se deben utilizar con prudencia”. En cierta forma así nos invita a una nueva investigación en la que se tomen en cuenta tales problemas.

En general, asienta nuestro autor, las *leges barbarorum*, con relación a los extraños, son privilegios —así los califica—: “La noción de un privilegio legal existió entre los pueblos bárbaros, así como entre los romanos, y es por medio de tales privilegios legales que a menudo se establecían precedentes para posteriores extensiones de derechos”.

Las leyes de esa época comprenden, comúnmente, a la *coutume*; es decir, la costumbre del pueblo se trata de un derecho consuetudinario, el cual ha sido uno de los grandes problemas para los historiadores: el derecho derivado de la costumbre.

¹³ La denominación de *vulgar* proviene de diversos estudios realizados en el siglo XIX, al encontrar un cambio o vulgarización del derecho romano.

¹⁴ El lector debe tomar en cuenta que en esa época no existía la imprenta, y que cada texto tenía que ser copiado para reproducirse. Su costo era altísimo y más del 90% de la población no sabía leer ni escribir; además, el latín era el idioma empleado, no la lengua de cada tribu.

Como no fue escrito, las fuentes de conocimiento provocan problemas para saber qué ocurrió, predominando un gran desconocimiento del derecho germánico de esa época. En esto hay que tomar en cuenta, entre otros elementos, a *pays de droit écrit* y *pays de droit de coutumier*. En cierta forma, el primero para el derecho romano, aunque no necesariamente justiniano, así como el Código de Teodosio o *Breviario de Alarico*; en el segundo se encuentra gran parte de las leyes de origen germánico —que prácticamente llenan la presente obra—. Por lo anterior la escritura parece explicarnos por qué hay más estudios y publicaciones sobre el derecho romano clásico que del derecho romano vulgar y el bárbaro.

Presentamos enseguida un resumen de lo necesario para comprender el contexto histórico que nos relata Guterman, ya que muchos de estos datos el autor los presume como si fueran conocidos por el lector, y hay que evitar predisponer dichas premisas.

El contexto en que se asienta su historia se remonta a la invasión de los godos (godos, visigodos, ostrogodos, francos, etcétera), en general, todos provenientes de tribus germánicas, pues al inicio del primer milenio los grupos de mayor importancia fueron los romanos y los germanos. Estos últimos provenían de la zona más norteña de Europa, pero al paso del tiempo se fueron desplazando hacia el sur, llegando, al final del siglo I, hasta las orillas del río Danubio. A partir de ahí se iniciaron las relaciones entre germanos y romanos, y la historia que aquí se desarrolla habla de la fusión de razas.

Los godos (un pueblo germánico) ocuparon parte del norte de Europa, que colindaba con el territorio romano. Entre godos y romanos hubo guerras y alianzas, pero su relación dio lugar a la Europa contemporánea, así como al derecho romano-germánico.¹⁵

¹⁵ En derecho comparado se habla de un sistema o familia romano-germánica, dada la gran mixtura de ambos ordenamientos jurídicos a lo largo de

Atila, rey de los hunos,¹⁶ es una de las variables sin las cuales no se puede entender lo que ocurrió, puesto que hizo acto de presencia tomando diversos pueblos godos, saqueando y asesinando a sus integrantes; y los sobrevivientes corrieron hacia el territorio romano para salvarse. Por su parte, los romanos les permitieron asentarse en parte del territorio (cruzando el Danubio).

El arribo de los hunos al territorio romano (434) dio lugar a que los romanos y los godos formaran una alianza para detener a los hunos, lo cual se consiguió en el momento preciso en que Rómulo Augusto (último emperador romano), ascendió al trono del Imperio de Occidente; aunque posteriormente fue depuesto por Odoacro (uno de los más importantes dirigentes germánicos).¹⁷

Pese a que los godos se habían asentado en parte del territorio romano, los aparentes benefactores romanos resultaron crueles con ellos. De hecho, los romanos los traicionaron, esclavizaron y asesinaron. Los godos reaccionaron contra los romanos, por su actitud opresora y explotadora, levantándose en su contra. En su reacción los godos se dispersaron por diversos lugares del Imperio, tomando numerosos pueblos romanos y produciéndose una guerra.

En el 378 los romanos, bajo el mando del emperador Valente, se enfrentaron a la rebelión de los godos, pero fracasaron, y

la historia. Tal vez la parte más importante se encuentra en los hechos que se suscitan casi al final de la caída del Imperio romano de Occidente.

¹⁶ Atila provenía —al parecer— de Asia, en la época de Teodosio II. En el 440 arrasa con los moradores que se encontraban en territorios romanos; en el 450 continuó contra los visigodos y, finalmente, sus hazañas terminaron con su muerte (453).

¹⁷ Aunque no lo dice Guterman, parece de gran importancia destacar la diferencia habida entre romanos y bárbaros. Los romanos aprecian el poder y luchan por obtenerlo. Odoacro, después de tomar Roma, no se quedó con el Imperio ni conformó uno nuevo; le informa al emperador de Oriente y se somete al mismo. Posiblemente el estimarse a sí mismo como un *primus inter pares* (el primero entre iguales) auxilió esta posición, aunado al hecho de que no se cultivaba una “nobleza enriquecida”. En cierta forma, la territorialidad es más destacada con los romanos, en tanto que la personalidad se asoma con los conquistadores.

el emperador falleció en el lugar. Los romanos perdieron dos terceras partes de su ejército en Adrianópolis, y los godos lograron derrotar al ejército más poderoso en ese momento.

Mientras tanto, Teodosio fue designado como emperador romano de Oriente, y pronto celebró un convenio con los godos, incorporándolos a Roma, donde, en realidad, no eran queridos y políticamente no fueron integrados. Se les tuvo dentro del territorio romano, pero diferenciados frente a los romanos. Además de menospreciados, los godos fueron empleados como soldados romanos y enviados al frente de cada batalla, donde fallecieron muchísimos. Esta actitud de los romanos se entendió como una traición contra los godos.

Ante el mal trato, la discriminación y el estado de las cosas, apareció Alarico I (395), un godo que, convertido en su rey, realizó todo cuanto creyó conveniente para defender a su pueblo. Entre 408 y 410, Alarico I sometió a Honorio (el emperador romano) y tomó Roma, produciendo el gran saqueo. Con esto Alarico demostró la fuerza goda y su deseo de no continuar bajo las órdenes de los romanos. A pesar de tener Roma a sus pies, Alarico no deseó ser emperador, se retiró del lugar y murió ese mismo año.

El legado de Alarico fue la unificación de los godos, quienes, además de demostrar su fuerza, conquistaron diversos lugares del Imperio romano, entre otros, lo que hoy es España, pero, sobre todo, el gran logro fue el naufragio del poderoso Imperio romano.

Uno de los grupos germanos, el franco, relumbró a partir de que su rey Clodoveo se convirtió en el primer rey franco convertido al cristianismo (497), como tiempo atrás lo había hecho Constantino en Oriente. Pero sobre todo porque en el grupo de los francos se encontraba Carlomagno, quien derrotó a los longobardos a petición del Papa. Éste, en premio, designó a Carlomagno emperador. Mediante esta designación el Papa se “olvidó” del tradicional emperador de Oriente, que estuvo más apegado al obispo de Constantinopla. Con Carlomagno se crearon nuevos funcionarios.

1. *Fuentes jurídicas del momento investigado*

La historia central germánica de estos siglos (del V al X) se llenó con el Código de Eurico (475), de corte germánico; la *Lex Burgundiorum* (*lex gundobarda*) de 490, de corte germánico también; la *Lex Ribuaría* (635); la *Lex Barvariorum* (743); el *Pacto Alamanorum*, luego la *Lex Alamanorum*, auspiciada por Carlomagno, así como la *Lex Frisionorum*.

En el ambiente de los ostrogodos no hay que olvidar el Edicto del rey Lotario (543); incluso, en el mismo derecho germánico, apareció la *Lex Romana Burgundiorum* (516), conocida también como *Lex Papianus*.

Durante la época carolingia surgieron los *capitulares*, una importante y trascendental legislación dirigida a los *missi* (una especie de funcionarios itinerantes), legislación a la que el autor le da una amplia cobertura en su investigación.

Aunque los germanos no fueron muy afectos a redactar leyes, existen algunas que vale la pena mencionar. En el grupo de los textos legales citados en la obra destacan varios que es necesario tomar en cuenta:

El *Breviario de Alarico II* o *Lex Romana Visigothorum* (506) es una obra que resume al Código Teodosiano (*Edictum Theodorici* o *Codex Theodosianus*)¹⁸ y que contribuyó a que parte del derecho romano pudiera sobrevivir en el sur de la actual Francia, a diferencia de lo ocurrido en el norte, donde el Estado franco lo desplazó (al derecho romano), dando lugar a la *Lex Salica* (507). Esto significa que en el sur predominó un derecho escrito, mientras que en el norte un derecho consuetudinario, propiamente germánico. División que, como se advierte de la obra de Guterman, no es fácil de precisar en contornos y tiempos.¹⁹

¹⁸ Guterman emplea varias denominaciones, además, afirma que este código fue el que sustituyó al derecho justiniano.

¹⁹ Si revisamos un mapa de la época —y es recomendable tener una cartografía a la mano al momento de leer— encontraremos, por ejemplo, que dentro

El Formulario de Marculfo corresponde a una recopilación de prescripciones merovingias de la época carolingia; recopilación realizada por un monje de nombre Marculfo (siglo VII, *circa*), que Guterman afirma se preparó para la región de París, aunque después se extendió para los borgoñones.

Guterman alude con frecuencia al grupo ripuario, esto es, a un grupo renano franco. La importancia de los códigos ripuario y lombardo (primeros códigos bárbaros) se encuentra en la *Lex Ripuaria* (o *lex ribuaria*), que al lado de la sálica llenan el mundo de esa época a favor del derecho personal, y que derivan de las costumbres de la tribu. Al respecto asienta que el derecho ripuario prescribe que “la ley aplicada a un individuo no es la del juez o región en que se cometió el delito, sino la del lugar de origen o de raza del acusado”. Este derecho, afirma el autor, es el que “señaliza un notable avance en el crecimiento del sistema de derecho personal”.

Del Edicto Papian o Código Papiano cabe resaltar lo que dice Guterman, al sostener que “en algunos asuntos sobre los que el derecho romano guarda silencio, el papiano invoca la autoridad del derecho germánico”. Se trata de un derecho personal para los borgoñones, que comprende la *composición* (a la cual se hará referencia después).

También es importante tomar en cuenta a los *capitulares*, en los que el autor se apoya con gran frecuencia. Corresponde a actos legislativos de la época carolingia expedidos por Carlomagno y sus descendientes, como Luis el Piadoso (que van del siglo VII al IX). A manera de ordenanzas reales se les conoce como *capitulares* porque se estructuraban por medio de capítulos en los que se

del grupo de los germanos, los francos ocupaban la parte norte de Europa. Ahí estuvieron los salios (donde actualmente se encuentra Bélgica), los ripuarios (donde hoy está Colonia) y los alamanes (por el actual Estrasburgo). Los lombardos ocuparon lo que ya es Roma y de ahí hacia el norte, incluyendo la actual Milán, y hacia el oriente, la región de Baviera. Mientras que los borgoñones habitaron Ginebra. La mayor parte de estos territorios, en la época de Carlomagno, quedarían bajo su poder.

prescribía la conducta a seguir. Solían comprender temas propios del derecho penal, algún reglamento o derecho privado.

Aunque los *capitulares*, afirma Guterman, “no alteraron las leyes nacionales, a menos que fueran ratificadas por los grupos nacionales a los que estaban destinados”, en general, auspiciaron los derechos personales. Cabe decir que es difícil conocer estos documentos, a menos que se recurra a los archivos judiciales de la época, ya que lo que ha llegado a nuestra época han sido copias o copias de copias. El autor recurrió a estos archivos dado el gran número de ejemplos que presenta. Asimismo, Guterman hace un gran esfuerzo por tomarlos en cuenta, tratar de verificarlos y encontrar lo que en ellos se prescribió. De los capitulares menciona que fueron un esfuerzo para superar a las *leges barbarorum* y comprender a “romanos... francos, alamanes, bávaros, sajones, turingianos, frisonos, galos, borgoñones, bretones, lombardos, gascones, benévolos, godos y españoles”, grupos diseminados en la actual Europa.

La obra también se apoya en algún *chronicon*, cuando se refiere a *Chronicon Moissiacense* o *Benedicti Chronicon*, que son narraciones sobre un tema.

2. Instituciones mencionadas en la obra

Guterman se refiere a varias instituciones que raramente describe, por ello también vale la pena detenerse en algunas de ellas. Entre otras, alude al *morgengabe* lombardo o regalo de la mañana, regalo matrimonial en la ley germánica visigoda. Se le puede describir como la ofrenda que entregaba el marido a su mujer y que consistía en bienes a ser empleados por ella en el caso de que él falleciera.

También alude al *gargangi* o *wargangi*, incluido en la Ley de Rotario. Aunque la palabra sólo parece hacer referencia a extranjeros, se trata, más bien, de forma más sintáctica, a una persona que viene huyendo del extranjero (de ex fugitivo o expatriado, de

warg, fugitivo, expatriado). Corresponde a una expresión latina que pasó al dialecto germano.

La investigación también alude al duelo, juicio de Dios, sistema de *iudicia Dei*, más conocido como *ordalías*. La institución supone que Dios hace justicia y entre los mecanismos más conocidos se encuentran el uso del agua hirviendo, el duelo y otros.

Asimismo, la obra comprende el sistema de composición o *wergeld* (composición monetaria por homicidio), propio del derecho germánico establecido en la ley sálica.

Otra de las instituciones mencionadas es el *hospites*, que deriva de hospitalidad (*hospitalitas*). El autor habla de “soldados hospedados en un lugar especial”, lo que significa que se les garantizaba poder vivir conforme a sus propias costumbres, eligiendo a sus propios jueces, e incluso se les otorgaba una parte del territorio. Se trata de una institución que funcionó en la región de las Galias, y como podrá adivinarse, de esta expresión proviene la actual palabra *hospital*, lugar donde son alojados los enfermos. Con las personas que se recibían se formaron las colonias o asentamientos de *hospites*.

Un acto más conocido en la historia del derecho es la *professio iuris*, por profesión, en el sentido que se asienta en la obra, debe recordarse la *professio iuris* medieval. Conforme a ésta, cada persona, al celebrar un acto jurídico, designaba el orden jurídico que habría de regular ese acto. Llama la atención el autor al destacar el mecanismo fraudulento que en ocasiones alguna persona utilizaba para hacer pasar por una profesión una muy distinta.²⁰ La literatura *ius* internacional privatista es rica en estudios sobre este tema.

²⁰ Aun hoy en día esa manifestación es aceptable en Europa, al amparo del Convenio de La Haya de 1989, sobre Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte, incluso el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

Otra institución mencionada es la *sippe*, propia del derecho germánico, que presupone el círculo de la sangre, dependiente de un padre protector que obliga a una unidad y cuya función principal es la defensa de cada uno de los miembros; una institución semejante al *paterfamilias* romano.

El *munt* (*mundium*, latinizado) significa protección, liderazgo, especialmente familiar; responde a la ley del padre, aunque también a la marital, como lo expresa el autor. Por ejemplo, en el caso de una mujer lombarda que se casaba con un romano, ésta le otorgaba el *mundium*. Exigía evitar que se dañara a un miembro de la familia, algo que luego se extendió a toda la tribu. El *mundium regis* significó que el rey debía proteger a todos sus súbditos.

IV. MÉRITO DE LA OBRA

Ciertamente no se trata de una obra conocida ni prestigiosa; más bien, se trata de una obra casi desconocida, lo que no implica su demérito o el del propio autor. No obstante, cabe tratar de ubicarla en el punto en que se encuentra.

El tema que nos presenta Guterman fue objeto de su disertación doctoral en 1944, cuando contaba con 37 años de edad, y fue dirigida por Charles Howard McIlwain (1871-1968), profesor, jurista, historiador e investigador de reconocido prestigio en la Universidad de Harvard, así como presidente de la Asociación Americana de Historia.

Las fuentes principales de su investigación corresponden a documentos del siglo XIX y a otros medievales de la época estudiada, pues hay que tomar en cuenta que esta parte de la historia medieval es la especialidad en la que se mantuvo y que a su nombre aparecen otros trabajos sobre esta temática.

No obstante, debemos reconocer que hay personajes que no están muy de acuerdo con la obra. Por ejemplo, William E. Brynteson (profesor de historia en Skidmore College) afirma que hay ciertas inconsistencias relacionadas con la metodología empleada.

da en la investigación.²¹ Como quiera que sea, se trata de un tema no muy conocido y explorado, que merece la pena rescatar; pero sobre todo, requiere que el investigador se introduzca en fuentes más directas de conocimiento. Por lo pronto, contamos con esta obra, que puede servir de guía.

McIlwain, por su parte, afirma de la obra que

...a partir de las cuentas modernas florecen aproximadamente tres teorías principales sobre la fuente del principio de la personalidad del derecho: que es una herencia germánica; que es el resultado práctico de las condiciones políticas peculiares existentes en el tiempo, o que es una adopción consciente del antiguo *ius gentium* de las fuentes del derecho romano. La preferencia del autor (Guterman), de acuerdo con Brunner, parece inclinarse decididamente a favor de la segunda...

Esto es, que en el tema de la personalidad de las leyes, sobresalen los datos fácticos por sobre los jurídicos. Guterman sostiene que en la personalidad de las leyes se trata de una posesión personal, semejante a la adoptada para una religión; así lo asienta casi al final del apartado “Origen y desarrollo”. Y el mismo McIlwain expresa que

Es un periodo oscuro en el desarrollo cultural de nuestra raza; “oscuro” hasta ahora, al menos como ha caminado nuestro conocimiento, donde los materiales contemporáneos son leves, dispersos y difíciles de evaluar. En su estudio, el doctor Guterman realizó un examen cuidadoso, no sólo de estos materiales supervivientes, que consisten principalmente en las llamadas *leges barbarorum* y las crónicas de esa época, sino también de las notas modernas contenidas en documentos muy dispersos y en las historias de las leyes de diversas naciones de Europa.

²¹ Brynteson, William E., “From Personal to Territorial Law: Aspects of the History and Structure of the Western Legal-Constitutional Tradition. Simeon L. Guterman”, *Speculum* 50, núm. 1, enero de 1975, pp. 127 y 128. Publicado por The University of Chicago Press, Brynteson es de la University of Illinois at Champaign-Urbana.

Ciertamente, lo anterior es relevante, pero llama la atención el hecho de que Guterman no toma en cuenta al *Fuero Juzgo* (694), propio de la península ibérica, que también es parte del derecho visigodo. Código que coexistió con el *Talmud* islámico, ocurriendo que en esa región se aplicara a los destinatarios la ley de cada uno. A los cristianos y judíos se les reconoció su propio orden, y a los musulmanes, su *Talmud*; esto es, una personalidad del derecho. Tampoco se refiere a la organización que surge de los *foedus* (tratos) que permitieron el auxilio mutuo entre tribus —por ejemplo, la asistencia militar, la lealtad—, y que actualmente hacen alusión a un Estado federal.

El hecho es que raramente se han visto estudios que exploren los momentos que Guterman identifica como el inicio de la Edad Media o Alta Edad Media.²² Su obra escudriña esos momentos —que son de varios siglos—, y presenta una riqueza de datos que explican el porqué de la llamada personalidad de las leyes, así como la territorialidad de las mismas.

Varias obras de DIPr parecen indicar que la personalidad y la territorialidad de las leyes se iniciaron a partir de diversos estudios en la Universidad de Bolonia, en el segundo milenio. Sin embargo, la investigación de Guterman nos conduce hacia atrás en el tiempo —antes de Irnerio—, comenzando a partir de la caída del Imperio romano de Occidente. Enfatiza en diversos desarrollos y experiencias a partir de la llegada de los “bárbaros”, una tesis raramente difundida en los libros de texto de DIPr.

Recapitulando: una revisión de obras de DIPr parece indicar que la personalidad de la ley se inició a partir de diversos estudios en la Universidad de Bolonia, en el segundo milenio, pero la investigación de Guterman nos lleva más atrás, a partir del inicio de la Edad Media, como prefiere llamarle el autor.

²² El periodo de la Edad Media se suele dividir en dos apartados: la Alta Edad Media, que inicia con la caída del Imperio romano de Occidente, y la Baja Edad Media, que comienza, aproximadamente, en el año mil de nuestra era.

Asimismo, una revisión de la literatura histórico-jurídica existente sobre este momento (Alta Edad Media) es sumamente pobre.²³ Y es que el enfoque metodológico para una investigación sobre este tema, en ese periodo, tampoco es fácil. Guterman está consciente, y lo dice claramente; sostiene que para su exploración se requiere de dos disciplinas: la historia y el derecho, y admite que para una investigación como la presente no vale únicamente hurgar en el derecho, sino que también es necesario introducirse en la historia, comenzando con leyes y hechos de origen romano y germano. En su andanza descubre que para encontrar resultados todo depende de la región que se explore, pues no resultan homogéneos —no basta simple historia ni simple derecho—.

Guterman no está muy alejado de lo que ocurrió en la época narrada, sobre todo cuando afirma que “el derecho, como la religión, fue una posesión personal”. En ese mismo apartado (“Origen y desarrollo”), afirma que “hay, sin embargo, un principio subjetivo incrustado en el teutónico como en otros sistemas legales iniciales: que la ley como la religión es una posesión personal, una herencia nacional o tribal negada a los extraños. El enfoque correcto parece ser ecléctico”.

Una nota que milita contra el trabajo de Guterman es el hecho de que da por conocidos una gran cantidad de datos que

²³ Se puede constatar en una sencilla revisión de la organización mundial Wordcat, que lista la gran mayoría de las obras publicadas. Es poco lo que se encuentra en español y un poco más en inglés. En nuestro idioma cabe anotar el libro de Adolfo Mijangos de la Muela, *De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del derecho internacional privado*, de 1977. Igualmente, uno de Lucas Lamadrid, *El régimen económico-matrimonial de los extranjeros en Cuba y la doctrina de la personalidad del derecho*, de 1952, aunque no muy semejantes en su contenido al que ahora se presenta. Algunos capítulos o apartados se pueden encontrar en libros generales de DIPr. En otros idiomas ocurre otra cosa, basta citar la obra de Meijers, Mauritus, “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen âge”, *Recueil des cours* 49, París, III, 1934, obra que es tomada en cuenta por Guterman. Para el listado de otras obras en español véase Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio, *Derecho internacional privado*, Madrid, Universidad Complutense, vol. I, 1992, pp. 281 y ss.

deben de funcionar como premisas para las tesis que asevera. Tal vez esto se deba a que se trata de una tesis doctoral dirigida a expertos en la materia, no obstante, lo que presenta es relevante incluso para los desconocedores.

En fin, no se trata de una obra cuyo propósito sea entretener al lector, sino tratar de demostrar una serie de hechos o datos del pasado. Mantiene una organización propia para el tema que trata de mostrar, su bibliohemerografía es acorde a la misma y contiene argumentos específicos que informan sobre el tema. Nos parece que la audiencia para la que está escrita es demasiado estrecha —los sinodales de su examen doctoral—, por lo que nos hubiera gustado que incluyera mapas e ilustraciones, biografías de los personajes, así como detalles de algunas circunstancias históricas. Pero como sea, es una obra que recomendamos sea leída.

V. JUSTIFICACIÓN DE LA TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL

Pese a lo anterior, ¿por qué pensamos que es importante conocer los datos que nos presenta la obra? Por lo regular la historia del derecho que se les muestra a los estudiantes comprende el derecho romano, especialmente el romano clásico, que llega hasta la caída del Imperio de Occidente, en el 476; a éste se le suele adicionar el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, en el Oriente, y de ahí en adelante la historia se salta bruscamente hasta la Baja Edad Media, a inicios del segundo milenio, con los glosadores. Total, casi quinientos años quedan suprimidos en la enseñanza de la historia jurídica.

Esta parte, un tanto cubierta y oscura, no corresponde a momentos fáciles de entender, si se atiende a que fue poca la escritura que dejó elementos para la posteridad. De lo poco escrito resaltan los copistas —a los que alude el autor—, pero hay que agregar que éstos, en varios casos, conformaron documentos e historias que no corresponden a lo escrito originalmente. Se caracterizan —varios de ellos— por las falsedades introducidas,

como ocurrió con las *Falsas Decretales* (850), que cambiaron los textos originales para hacerlos más afines al grupo religioso imperante.²⁴ Tampoco hay que olvidar la gran amplitud de un derecho no escrito o consuetudinario; es difícil conocerlo.

Por otro lado, es necesario resaltar que no es fácil saber si lo que decían los documentos fuente era lo que ocurría en la época o se trataba de algún agregado del copista; un importante problema que aqueja a la investigación.

Sin embargo, Guterman procura explorar con estos elementos, casi escondidos u ocultos, lo habido en alrededor de quinientos años. Trata de encontrar datos o cimientos que van o vienen de un lado a otro, pero que conformarán los cambios de la llamada personalidad de las leyes hacia la territorialidad de las mismas; aun antes de que surgieran los glosadores, las universidades y todo un conocimiento ya más conocido en la actualidad a partir de la segunda vida del derecho romano, un renacimiento del derecho romano o del *corpus iuris* justiniano, en la Universidad de Bolonia.

Creo de gran interés resaltar cómo es que el patrón “poder” gira al paso del tiempo, tema más propio de la antropología jurídica, la sociología y la política que, en parte, nos brinda el autor. Es interesante ver cómo es que la hegemonía romana sucumbe ante la de los germanos, pero a la vez, cómo es que éstos respetan las costumbres romanas regidas por su derecho, el cual va cambiando con el paso del tiempo, hasta desdibujarse, al menos, con la llegada del la Escuela de Bolonia. Sin duda alguna, otra muestra que presenta el cambio o transmutación es la fusión de culturas y cambios en las relaciones de poder.

Obsérvese en esta obra cómo es que los cambios reales y culturales influyen en la transformación del derecho, y más que

²⁴ Corresponde a una colección de decretos apócrifos de los Papas, elaborada en 885, en España, afirmándose que correspondían a una colección de Isidoro de Sevilla. Por ello, también se le conoce como pseudoisidoriana. Al parecer se falsearon los documentos con la finalidad de darle mayor poder a la Iglesia católica, pero gracias a la reforma religiosa se logró conocer su falsedad.

de éste, sobre las realidades. La simbiosis operada dio lugar a la actual cultura europea, así como a la jurídica, en el marco del derecho romano-germánico.

Su explicación nos auxilia a entender lo que más adelante será la soberanía territorial y el Estado moderno de nuestro tiempo. La gran cantidad de ejemplos llenarán un espacio importante en el lector, y creemos que será recomendable no sólo para juristas, sino también para historiadores y estudiosos del fenómeno político.

Seguramente el lector de habla hispana encontrará en esta obra diversos datos de interés histórico, muchos de ellos desconocidos, que le ayudarán a comprender una fase muy importante en el desarrollo del derecho. Por lo poco que conocemos del autor, sabemos que le hubiera gustado ver su obra en otro idioma, a pesar de la timidez que parecía mostrar.

La obra se encuentra cargada de notas —muy propio del trabajo de un investigador—, muchas de las cuales tal vez no sean del interés de un lector que sólo busca obras de mera difusión. En lugar de preferir una publicación limpia de notas, hemos preferido dejarlas como el autor las dejó. La mayoría de las que empleó se encuentran en otro idioma, pero varias de ellas han sido traducidas, y para un interesado podrían ser la fuente para adentrarse en el conocimiento de la temática.

VI. METODOLOGÍA DE LA TRADUCCIÓN

Por último, quedan algunas palabras relacionadas con la traducción. Para ejecutarla se requirió de una estrategia metodológica específica para la obra. Explicaremos los datos sobresalientes y algunos códigos operativos empleados, esperando no haber traicionado el pensamiento del autor.

La traducción requirió de un cierto conocimiento del derecho romano, del germano medieval, así como del de ciertos personajes, algunos de ellos desconocidos al momento de realizar

la traducción; elementos esenciales para tener un conocimiento precedente del material con el que se va a trabajar.

Otro de los elementos consistió en comprender la tesis e ideas del documento a traducir, pues lo que se procura es la fidelidad de la idea, no de las palabras. Aun así, uno de los problemas con que se enfrenta un traductor son los neologismos. Afortunadamente no encontramos neologismos del autor en la obra, lo que nos hubiera hecho más difícil ejecutar la tarea emprendida. En este apartado nos sentimos libres para la traducción, evitando no sólo el mecanicismo, sino también crear expresiones para los neologismos.²⁵

Por otra parte, existen algunas expresiones que suelen tener varios signos lingüísticos en español, por lo que hemos optado por lo más generalizado; por ejemplo, cartularia en lugar de *cartuario*; formulario en lugar de *fórmulas*.

Nos han interesado en la traducción no solamente los elementos sintácticos y semánticos, también los pragmáticos. No pensamos que una simple transcodificación pudiera ser viable para un texto que habla de culturas pasadas, pero hemos procurado ceñirnos a una *intentio auctoris*.²⁶

Otro de los problemas de mayor relevancia fue la traducción de diversas expresiones lingüísticas, entre otras, nombres de personajes, tribus, leyes, gentilicios, etcétera. En el caso de nombres de personajes, la mayoría de los mencionados por Guterman son de origen germano; varios de ellos han sido traducidos al español en la actualidad, pero el hecho es que otros tantos son desconocidos en nuestra lengua. De los traducidos hay algunos a los que se les conoce con dos nombres, y en este caso hemos recurrido al nombre más divulgado en la literatura hispana. Por

²⁵ En gran medida se siguen los mismos consejos que en otra obra el profesor Silva ya había expresado a propósito de traducciones. Silva, Jorge Alberto, *Manual para elaborar un libro de texto jurídico*, México, Fontamara, 2017, pp. 162 y ss.

²⁶ Sobre el tema véase Pascua Febles, Isabel *et al.*, *Teoría, didáctica y práctica del traductor*, Coruña, Netbiblio, 2005.

ejemplo, utilizamos, entre otros, a Agobardo por *Agobard*; Ariovisto por *Ariovistus*; Atalarico por *Athalaric*; Boecio por *Boretius*; Casiodo por *Cassiodorus*; Childeberto por *Childebert*; Clotario por *Clothard*; Clodoveo por *Clovis*, y así otros más. En cuanto a grupos, tribus y gentilicios, utilizamos alamanes por *alamans* —no confundir con alemanes—; bávaros por *bavarians*; borgoñones por *burgundians*; frisones por *frisians*; turingios por *thuringians*, etcétera. Respecto a lugares utilizamos Aquitania por *Aquitanian* o Provenza por *Provence*. Y referente a la denominación de leyes, utilizamos Formulario de Marculfo por *Formulario de Marculf*, *Lex Gundobada* o ley de los borgoñones por *Lex Burgundiorum*; tratándose de edictos, el autor cita *edictum* o edictos indiscriminadamente (*v. g.*, alude a Edicto de Teodorico o *Edictum Theodorici*), por lo que hemos dejado la denominación del autor, sin producir uniformidad lingüística alguna; y así con otros signos lingüísticos.

Siguiendo con el método utilizado para la traducción, creemos conveniente expresar que Guterman emplea con gran frecuencia latinismos, así como expresiones francesas y germanas. En estos casos hemos preferido las expresiones como él las ha puesto, sin traducción alguna.

Sobre la bibliohemerografía empleada por el autor, y que se asienta al pie de página, advertimos un cierto desorden. En algunos casos recurre al nombre completo de un autor o de una obra (por ejemplo, emplea *Manuel d'histoire du droit français*), en otros a una palabra identificadora (por ejemplo, *Manuel*). En tales circunstancias, también hemos optado por dejar las expresiones como las asentó el autor.

Al concluir la traducción conformamos un listado hemerográfico derivado del empleado por el autor. El asunto es que no se presenta listado alguno, y no quisimos cometer errores en las denominaciones de los autores y obras empleadas. Por lo anterior, no creímos necesario publicarlo.

Finalmente, en el caso de las cursivas o subrayados, seguimos, en lo general, la forma de resaltar que utilizó el autor. Y existen

muchas notas que según nosotros merecían ser destacadas —por ejemplo, todo lo que va en latín— en cursivas, pero preferimos respetar el sistema que encontramos plasmado en la obra.

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN
Jorge Alberto SILVA

PREFACIO

Los acontecimientos recientes en el mundo han incrementado la importancia de este estudio de la personalidad del derecho. Nunca antes las naciones conquistadoras se dispusieron deliberadamente a destruir la lengua, la cultura y el derecho de los pueblos sometidos, en una escala tal, como la hemos presenciado en nuestra generación. En el pasado la obtención de la soberanía sobre otro pueblo solía estar muy lejos de esto, los pueblos sometidos generalmente conservaron sus leyes; y si al pasar del tiempo éstas eran reemplazadas por las de los conquistadores, era el resultado gradual de un largo contacto pacífico e interacción en lugar de fuerza. Contamos con muchas ilustraciones modernas de esto en el principio de extraterritorialidad y en la retención de su derecho de origen; por ejemplo, por los franceses en Canadá o los *boers* en Sudáfrica, bajo la soberanía de Gran Bretaña. Sin embargo, estos ejemplos modernos son, en su mayoría, la conservación de alguna ley que en sí misma es de carácter territorial, ahora que el principio de territorialidad se ha convertido en casi universal.

El estudio del doctor Guterman discurre un periodo antiguo de formación de la historia del derecho en el mundo occidental, antes de que el estatus de los hombres fuera determinado, generalmente, por la tenencia feudal de la tierra o por su domicilio, como ahora. Es un periodo oscuro en el desarrollo cultural de nuestra raza; “oscuro” hasta ahora, al menos como lo conocemos, nuestro conocimiento, donde los materiales contemporáneos son leves, dispersos y difíciles de evaluar. En su estudio, el doctor Guterman realizó un examen cuidadoso, no sólo de estos materiales supervivientes, que consisten, principalmente, en las llamadas *leges barbarorum* y las crónicas de esa época, sino también de los relatos modernos contenidos en documentos muy dispersos

y en las historias de las leyes de diversas naciones de Europa. De los relatos modernos surgen, aproximadamente, tres teorías principales sobre el origen del principio de la personalidad del derecho: que es una herencia germánica; que es el resultado práctico de las peculiares condiciones políticas existentes en el tiempo, o que es una adopción consciente del antiguo *ius gentium* de las fuentes del derecho romano. La preferencia del autor, de acuerdo con Brunner, parece inclinarse decididamente a favor de la segunda, proporcionando razones convincentes para su elección.

Es esta oscura, pero importante fase del desarrollo de nuestro derecho público y privado, que precede y aclara los orígenes del feudalismo, un estudio de fundamental importancia.

En su capítulo final el doctor Guterman resume otra de sus conclusiones más importantes, cuando dice: “La importancia que se concede a la práctica jurídica, más que a la doctrina, para vincular el derecho personal y los periodos feudales, tiene importantes implicaciones para la teoría de la supervivencia del derecho romano”. Las pocas lagunas de la jurisprudencia romana surgidas en el periodo cubierto por este estudio indican que no es la ciencia jurídica medieval a la que debemos mirar, como el preservador en nuestro tiempo del derecho romano; más bien, su supervivencia se debe al principio de personalidad, bajo el cual, a los romanos, en ciertas partes de Europa occidental, se les permitió vivir conforme a su propio derecho en lugar del de sus conquistadores.

El tema tratado en esta monografía ha atraído a menudo la atención de los historiadores de los sistemas jurídicos de Europa, pero, hasta donde yo sé, este estudio es la primera descripción integral de esa importante fase temprana del desarrollo de nuestro derecho y cultura occidentales.

C. H. McIlwain

INTRODUCCIÓN¹

La territorialidad es la regla dominante de los tribunales de justicia en nuestros días. Se le ha tenido como una concepción occidental diferente de los sistemas no europeos del pasado, en los que el estatus personal estuvo determinado por la religión o la nacionalidad.² En realidad, la territorialidad moderna ha sido empujada más lejos en el derecho inglés³ y ha sido modificada en todas partes por las doctrinas de derecho internacional privado.⁴ Se remonta al periodo feudal, habiendo sido precedida por una larga era en la que el derecho personal fue la regla y la territorialidad la excepción.⁵ Esta era siguió a las invasiones bárbaras de Europa Occidental, y estuvo marcada por la existencia de naciones sin territorios y de leyes sin Estados.

¹ Para una presentación general de Simeon L. Guterman véase la nota biográfica en este libro. De igual forma, véase *The First Age of European Law: the Origin and Character of the Conflict of Laws in the Early Middle Ages*, Nueva York, Law Forum, VII, 2, 1961, pp. 131-166.

² Holland, T. E., *The Elements of Jurisprudence*, 13a. ed., Oxford, 1924, p. 413, y Liu, S. S., *Extraterritoriality: its Rise and Decline*, Nueva York, 1925, pp. 48 y ss. (Levant), pp. 76 y ss. (lejano Oriente).

³ Cheshire, G. C. *Private International Law*, 6a. ed., Oxford, 1961, pp. 22, 38-43, y Nussbaum, Arthur, *Principles of Private International Law*, Oxford, 1943, p. 5.

⁴ Savigny, Friedrich Carl von, *A Treatise on the Conflict of Laws*, trad. de William Guthrie, 2a. ed., 1880, pp. 57 y ss., y Wolff, M., *Private International Law*, 2a. ed., Oxford, 1950, pp. 19 y ss.

⁵ Stouff, L., “Étude sur le principe de la personalite des lois depuis les invasions barbares jusqu’au XIIIe siècle”, *Revue Bourguignonne de L’enseignement Supérieur*, IV, 1894, pp. 4 y 5; Brunner, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2a. ed., Leipzig, 1906, vol. I, núm. 35, pp. 383 y ss.; Chenon, E., *Histoire generale du droit français public et privé*, París, 1926, I, p. 122, y Meijers, E., “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen age”, *Recueil des Cours*, París, Academie de Droit International, III, vol. 49, 1934, pp. 547 y ss.

El término *personalidad*, como se aplicó a la Edad Media, comprende varias relaciones. Desde el punto de vista del derecho interno, los sistemas medievales vinculaban a los miembros de una tribu o nación en la que residían, independientemente del domicilio. Como derecho internacional privado regularon las relaciones entre los miembros de diversas tribus. En esta última función el derecho estatal, representado por los capitulares, jugó un papel de mayor importancia que en el primero, que estuvo representado por las *leges barbarorum* (leyes bárbaras). El derecho “público”, en la medida en que existió durante el periodo, quedó fuera del ámbito de la norma de la ley personal, pero una buena parte de lo que hoy debemos llamar derecho penal, así como el derecho privado, cayeron bajo el principio.

Si comparamos estos arreglos con los sistemas modernos de derecho privado, ya sean municipales o internacionales, podremos notar que, aunque estos últimos distinguen entre estatutos personales, reales y mixtos, son en gran medida regulados por principios territoriales. También están enteramente promulgados o sancionados por el Estado. El término “internacional”, utilizado con relación a tales sistemas de derecho privado es, de hecho, un término equivocado.⁶ El esquema medieval de justicia era verdaderamente mucho más internacional, porque no se originó en la acción del Estado. En el derecho internacional privado moderno, por tomar un ejemplo de los procedimientos judiciales, tanto el *forum* como la *lex fori* se determinan, en gran medida, sobre una base territorial.⁷ Bajo la regla de la personalidad sólo el *forum rei* (tribunal competente) dependía de la territorialidad, mientras que la *lex fori* —la regla básica en los conflictos modernos de leyes—⁸ fue regida por la raza o la nacionalidad. Como Klimrath lo expone “La ley personal no sólo regulaba el estado civil y la capacidad de las partes, sino tam-

⁶ Wolff, Martin, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 11.

⁷ *Ibidem*, pp. 70, 100 y 229.

⁸ Ehrenzweig, “The Lex Fori—Basic Rule in the Conflict of Laws”, *Mich. L. Rev.*, 58, 1960, p. 637.

bién todo lo que en las legislaciones territoriales pertenecía a los estatutos reales y mixtos”.⁹ La analogía moderna más cercana a, y quizá el nexo más directo con, la personalidad medieval del derecho privado y el derecho penal es la extraterritorialidad, tal como se practicó recientemente en China y Turquía, y más remotamente en la Sicilia musulmana, el Imperio bizantino y los Estados cruzados.¹⁰

⁹ Klimrath, H., *Travaux sur l'histoire du droit français*, París 1843, vol. I, p. 351.

¹⁰ El principio de personalidad se aplicó bajo diferentes regímenes políticos. C. D. Du Cange, *Glossarium Mediae et Infimae Latinitatis*, Niort, ed. L. Favre, vol. V, 1885, p. 79, col. 1, artículo “Lex” (“*legem suam componere*”), proporciona ejemplos:

Sed et expugnata a Christianis urbe Hierosolymitana, totaque Syria, cum ex variis ac procul diversis habitaretur nationibus, suas quique leges servavere. Will. ad Oldenborg in Itinerario Terrae Sanctae de Antiochia: Ipsa etiam civitas divites et plurimos habet inhabitatores, Francos et Surianos, Graecos et Judaeos, et quilibet eorum suas leges observant. Ita Franci nostri observabant, uti docemus in Historia nostra Franco Byzantina lib 8. n.9. Apud Byzantinos etiam ipsos Veneti, Pisani, et Genuenses, qui in hoc urbe primaria commercii causa sedes fixerant, suis quique legibus regebantur.

Sclopis, Frederigo, *Storia della Legislazione Italiana*, Turín, 1863, vol. I, p. 68 (y nota 3), cita la aplicación del principio de derecho personal por los sarracenos en Sicilia. La carta está dada por Reinaud, V., *Invasions des Sarrasins en France et de France en Piemont et dans la Suisse etc.*, París, 1836, p. 272.

Los cristianos de Coímbra tendrán su Conde especial, que los regirá con sabiduría y según sus propios usos. El Conde juzgará a sus demandas. Sólo le queda prohibido pronunciar penas de muerte, sin la orden del magistrado musulmán. Tendrá el deber de llevar al acusado ante este magistrado, que le lea la ley de los cristianos y si el magistrado consiente la pena deberá ser pronunciada.

Los conflictos de leyes en los tribunales federales derivados de la diversidad de la ciudadanía, ofrecen una analogía instructiva a los casos presentados ante los tribunales Carolingios, en la medida en que ambos foros gobernaban a sujetos o ciudadanos del mismo país. Especialmente esto fue cierto después de *Swift vs. Tyson*, 16 Pet. 1 (1842), en la cual la historia de la justicia invocó la autoridad de una “ley general” en lugar de las normas estatales, como un enfoque para la solución de conflictos de leyes en los tribunales federales. En la época Carolingia no existía un *forum shopping*, ya que sólo había un conjunto de tribunales. Véase Griswold, Erwin N., *Law and Lawyers in the United States: The Common Law Under Stress*, 1965, pp. 65, 66, 68 y 70-74.

El origen del sistema se encuentra en *a)* la dualidad de la cultura jurídica resultante de las invasiones bárbaras, y *b)* el derecho subjetivo de los miembros de determinadas razas a vivir de acuerdo con sus leyes tradicionales.¹¹

Una historia del desarrollo del principio del derecho personal pondría en relieve ambos factores.¹² Incluye las siguientes etapas: 1) primero se encuentra el periodo de los orígenes en el que, entre las tribus germánicas, el derecho era una posesión tribal y por lo tanto personal, pero en el cual la cuestión del reconocimiento del derecho extranjero aún no había surgido. Esta fase está marcada por la ausencia de leyes escritas, el predominio de la costumbre y la administración popular de la justicia. Coincide con el desarrollo del derecho romano clásico y posclásico que, incluso después del Edicto de Caracalla, se mantuvo personal y reconoció la existencia y validez de las costumbres provinciales, las tradiciones nativas y, especialmente, el derecho vulgar al lado de las fuentes oficiales. Se puede inferir que las costumbres germánicas subdesarrolladas y el derecho romano post-clásico convergieron en este sentido durante la crítica edad de las invasiones en el siglo V; 2) el establecimiento de reinos germánicos en Italia, Galia, España y África del Norte redujo el derecho de la población romana a un estado de legislación personal tolerada. Entre los francos, los burgundios, los visigodos e incluso los ostrogodos, se estableció un sistema dualista, en el que los romanos conservaron el privilegio de su propio derecho privado pero en el cual el derecho germánico gozó, sin duda, de validez territorial en las disputas entre germanos y romanos; 3) la expansión del reino franco y su transformación en un imperio Carolingio condujo al establecimiento de un sistema de derecho internacional privado que reemplazó el arreglo dualista de un periodo anterior. Este

¹¹ Meijers, “L’Histoire des principes”, p. 11.

¹² McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West*, 1932, pp. 168-170; Wetter, P. van, *Le Droit Romain et le droit germanique dans la monarchie franque*, Première Parte: La Famille, París, 1899, pp. 9-19. Las obras de Stouff, Brunner y Meijers se citan más arriba.

cambio ocurrió entre los siglos VI y VII y alcanzó su clímax en el siglo VIII, y 4) la etapa final, que coincidió con el declive del Imperio carolingio, fue testigo de la transformación de las leyes personales en costumbres territoriales. El feudalismo emergente tomó el lugar de las leyes nacionales más antiguas como la principal influencia en el desarrollo jurídico.

La evidencia del principio del derecho personal abunda en documentos del siglo V al siglo XI e incluso posteriores. De las llamadas *leges barbarorum*, algunas, como los códigos Ripuario y Lombardo, atestiguan la práctica del principio; otras, como las colecciones Sállica, Borgoña y Visigoda, sugieren familiaridad con él. El principio está en el fundamento de las leyes romanas de los visigodos y de los burgundios, y está implícito en el Edicto de Teodorico. Las *formulae* o instrumentos legales y las Capitulares u ordenanzas reales muestran su funcionamiento desde el siglo VII hasta el IX, como lo hace el registro de los casos judiciales (*court records*). Las cartas, como las de Agobardo de Lyon y de Hincmaro de Reims, nos proporcionan fugaces vislumbres del sistema en el siglo IX. El tratado de Hincmaro, el de *Ordine Palatii*, arroja luz sobre las relaciones de las leyes personales sobre la ley territorial en el siglo IX. Las *Excepciones Petri*, una obra del siglo XI, describe el destino de la personalidad del derecho en Francia en ese momento, mientras que las Cartularias y las *professiones* o *profesiones de derecho nacional* revelan su amplia penetración de la práctica legal en Italia, durante el periodo de la territorialidad.¹³ Algunas de estas fuentes,

¹³ Brunner, *op. cit.*, *supra* nota 5, p. 427. El estándar de estos materiales sigue siendo Brunner, *idem*. Breve, pero actual, es Buchner, *Die Rechtsquellen*, que forma parte de Wattenbach-Levison, *Deutschlands Geschichtsquellen in Mittelalter, Vorzeit y Karolinger*, Beiheft, Weimar, 1953. Para una breve bibliografía sobre la investigación sobre las *leges* véase Musset, L., *Les Invasions: Les Vagues Germaniques*, París, 1965, pp. 278-281.

Las *leges barbarorum* y las *leges Romance barbarorum* se encuentran en la *Monumenta Germaniae Historica*, excepto la *Lex Romano Visigothorum*, para la que se debe consultar la edición de Haenel, 1849. Y hasta que la edición de la *lex salica* aparece en esa colección las ediciones de Hessels, Behrend y otros se deben utilizar. Las leyes anglosajonas son editadas por F. Liebermann, *Die Geste der*

especialmente las *leges barbarorum*, han sido sometidas a una evaluación crítica, y, hasta que se resuelvan los problemas textuales y de otro tipo, estos documentos deben utilizarse con prudencia.

Este estudio es un intento de rastrear el origen, el crecimiento y el funcionamiento de las instituciones asociadas con el régimen de derecho personal. Aunque trata de aspectos del pensamiento político de la Edad Media inicial, descansa principalmente en la frontera de dos disciplinas: la historia y el derecho. Esto le presenta al investigador una dificultad, así como un reto. Si el jurista incurre en la crítica de ser víctima de la excesiva fijeza de la concepción,¹⁴ el historiador está abierto a la acusación de proliferar hechos e ignorar el mecanismo del pensamiento jurídico. La literatura ilustra el dilema. Si el tratado de Savigny, para empezar, sistematiza excesivamente, es al menos histórico en la medida en que busca rastrear los orígenes y el desarrollo.¹⁵ Stouff, cuyo estudio sigue siendo básico, examina el destino de las normas jurídicas de origen romano y germánico, pero apenas intenta rastrear los orígenes o identificar las regiones en las que se produjeron los cambios. Lo mismo puede decirse del relato

Angelsachsen, Halle, 1903-1916. La última edición crítica de la *Lex Ribuaría* se encuentra en la M. G. H., *Lex Ribuaría, Legum*, Hanover, sección I, *Legum Nationum Germanicarum*, t. III, pars II, ed. F. Beyerle y R. Buchner, 1954. La edición antigua de Sohm en la misma serie conserva su utilidad, y las referencias sobre este estudio están en esa edición, pero se han comparado con la de Beyerle-Buchner, y en algunos casos la numeración de esa edición se incluye en paréntesis. La *Formulae* se encuentra en las ediciones de Zeumer, arreglada por colección en el *Monumenta* y de Roziere, y arregladas por tema también. Las *Capitularias* se encuentran en el *Monumenta*; las cartas, los tratados y las cartularias se deben buscar en ediciones dispersas, aunque la carta de Agobardo al Emperador Luis se encuentra en los *Monumenta (Epistolae)* y en *Migne, Patrologia Latina*. Las ediciones más recientes de todas estas obras se enumeran en Buchner, *op. cit.*, *supra* nota 13, y en *Repertorium formum historiae Medi Aevi, Serie I Collectionum*, Roma, 1962; nueva edición de la primera parte de A. Potthast, *Bibliotheca Historica Medi Aevi*.

¹⁴ Halphen, L., *Les Barbares* 59, 5a. ed., París, 1948, expresando una opinión común entre los historiadores.

¹⁵ Savigny, F. C., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2a. ed., Heidelberg, pp. 1834-1851, especialmente vols. I y II.

INTRODUCCIÓN

7

clásico de Brunner, que trata en abundancia la ley germánica y no distingue suficientemente entre las diversas leyes. El estudio jurídico más reciente, el de Meijers, tiene la virtud de centrarse, pues ilumina los vínculos entre la teoría italiana de los estatutos y el principio de derecho personal de la edad temprana, situando el desarrollo del derecho internacional privado moderno en una perspectiva histórica.

Lo que quizá sea más importante en este estudio es precisar el marco de referencia. Para el historiador no puede ser otra cosa que las invasiones, vistas como un amplio movimiento de cambio social y político. No se debe dudar en utilizar el enfoque jurídico, pero nunca se debe olvidar que el sistema de derecho personal estuvo históricamente condicionado.

Es obvio que la personalidad de la ley es el foco de la institucional, así como legal, historia. Ya sea que la veamos desde el punto de vista de su efecto sobre la supervivencia del derecho romano o de su influencia en el desarrollo del derecho internacional privado, incluidas las doctrinas de nacionalidad y territorialidad o considerarla en su relación con los orígenes del feudalismo o sus vínculos con el desarrollo constitucional, se trata de un capítulo vital de la historia cultural europea.

ORIGEN Y DESARROLLO

I. LAS INVASIONES BÁRBARAS Y SUS EFECTOS

¿Las invasiones bárbaras constituyen una de las rupturas decisivas de la historia? Si aceptamos ciertas teorías, la ruptura real en la continuidad entre el mundo antiguo y la Edad Media ocurrió después de las invasiones de los árabes del siglo VII o nada de eso ocurrió.¹ Si se acepta tal punto de vista, es difícil comprender la apariencia del sistema de derecho personal, que en gran parte se basó en una dualidad de la cultura jurídica. La visión de que el mundo romano no pereció llevó a Fustel de Coulanges, lógicamente, a rechazar la existencia de esta etapa del desarrollo jurídico.² La suposición en lo que sigue es, en palabras de Halphen, que los bárbaros germánicos y sus instituciones contaron realmente en el proceso.³ El régimen de derecho personal es un “producto natural” del periodo de las invasiones.⁴ Las invasiones deben ser estudiadas no en términos de un “dilema étnico”, como lo intentaron durante mucho tiempo los germanistas y los romanistas, ni como un conflicto de clases, como lo concibieron los autores del siglo XVIII, sino como un encuentro de pueblos en diferentes etapas de la civilización.⁵

¹ Pirenne, Mohammed & Charlemagne (Nueva York, 1939).

² Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches sur quelques quelques problèmes d'histoire*, París, 1891, pp. 361 ss.

³ Halphen, L., “L'Importance historique des grandes invasions”, *A travers l'histoire du moyen age*, París, 1950, pp. 22 y ss.

⁴ Esmein, *Histoire du droit français*, p. 51, nota 86.

⁵ Bloch, M., “Feudalism”, *Encyclopedia of the Social Sciences*, Nueva York, VI, 1931, p. 203, y Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*, vol. 2, *L'Invasion germanique*, París, 1904, p. 324.

La sociedad romana con la que los germanos recién llegados, amistosos o no, se pusieron en contacto, iniciaron, a partir del tercer siglo, una gran transformación. Se adquirieron algunas de las características de un orden social más primitivo. Fustel de Coulanges apunta al desarrollo de composiciones para la solución de la delincuencia.⁶ Hay mucho que decir sobre la opinión de que en Galia las viejas costumbres celtas, transformadas en una especie de *lex loci* (ley local), en muchos casos tomaron el lugar del derecho romano.⁷ Las influencias germánicas condujeron al desarrollo de nuevas formas de derecho.⁸ Debemos intentar imaginar dos sociedades en diferentes etapas de desarrollo, existiendo una al lado de la otra, pero con muchos puntos de similitud entre ellas. La consecuencia de esto, en palabras de Calmette, fue “dos fenómenos necesarios y concomitantes, la fusión de razas y la organización de un nuevo régimen”.⁹

¿En cualquier etapa del proceso la población romana perdió su libertad o su derecho? Probablemente no más que su idioma, su religión o su tierra.¹⁰ La supervivencia de la lengua vulgar y la fe

⁶ Fustel de Coulanges, *op. cit.*, *supra*, vol. III, *La Monarchie franque*, París, 1905, pp. 476-479, y Chénon, *Histoire du droit français*, I, 265. Para un panorama de lo que las tribus germánicas tenían sobre un fondo más grande de la cultura, debido en parte a la asociación con Roma, véase Dopsch, A., *Economic and Social Foundations of European Civilization*, trad. de Marshall & Beard, Nueva York, 1937, pp. 15-19, 38, 43 y 90.

⁷ Meijers, *op. cit.*, p. 568.

⁸ Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, Oxford, Zulueta, 1929, pp. 2 y ss.

⁹ Calmette, Joseph, *Le monde féodal* (Ser. *Clio-Introduction aux études historiques*), París, n. d., p. 1.

¹⁰ Además del clásico trabajo de Gaupp, *Die germanischen Ansiedlungen und Land-teilungen in den Provinzen des römischen Westreiches*, Breslau, 1844, y Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, núms. 8-10, véase Esmein, *Histoire*, pp. 45 y ss., y los siguientes artículos de Marc Bloch: “Observations sur la conquête de la Gaule romaine par les rois francs”, *Revue Historique*, CLIV, 1, 1927, pp. 161-178; “Reliquiae. Les invasions, occupation du sol et peuplement”, *Annales D’histoire Sociale*, 1945, pp. 13-28, y “Sur les grandes invasions: quelques positions de problèmes”, *Revue de Synthèse Historique*, t. LX (1940-45), pp. 55-81.

católica, de hecho, promovieron la asimilación. El bilingüismo entre los individuos pudo haber hecho lo mismo. En cuanto a la tierra, las particiones visigodas y borgoñas no han sido recreadas entre los francos, pero difícilmente en todas partes el proceso general se puede llamar una expropiación. No hay duda de que debemos abandonar la idea de una amplia difusión de los conquistadores, y tener en cuenta más de un campesinado germánico en las villas, aunque en general, la demografía sobre la mayor parte de la Galia se mantuvo estable. Sin embargo, en cuanto a la igualdad de condición jurídica en las etapas iniciales de la conquista, han surgido varios cuestionamientos.

Con relación a los francos, esta cuestión ha llevado a la célebre controversia entre Boulainvilliers, *Histoire de l'ancien gouvernement de la France*, de 1727, quien creía que los francos esclavizaban a la población galo-romana, y el abate Dubos, cuya *Histoire critique de l'établissement de la monarchie française dans les Gaules*, de 1734, insistió en que no hubo conquista, sino principalmente un arreglo amistoso. La principal objeción a esta última posición se encuentra en la desigualdad del *wergeld* (composición monetaria por homicidio) de los francos y los romanos en el derecho sálico,¹¹ donde el asesinato de un franco libre se evaluó en 200 *solidi* (monedas de oro de origen romano), y la de un romano en 100 *solidi*. El intento de Fustel de Coulanges de probar que *romanus* (romano) significa “liberto” en este pasaje, el *wergeld* del liberto solo es la mitad que el de un hombre libre en el derecho sálico, con frecuencia ha sido refutado.¹² Brunner y otros, sin embargo, han

¹¹ *Lex Salica*, XLI, 1, 5, 6, 7, 2a. ed., Weimar, R. Behrend, 1897, pp. 79-81. Para las diferencias véase Prevost, G. A., *Revue des questions historiques*, 1879, pp. 1-54.

¹² Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches sur quelques problèmes d'histoire*, París, C. Jullian, 1891, pp. 361 y ss.; *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*, París, 1875, pp. 482 y ss.; contra, Thonissen, J. J., *L'Organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique*, 2a. ed., Bruselas y París, 1882, pp. 557 y ss. Chenos discute la tesis de Fustel, *Histoire du droit français*, I, pp. 347 y 348. Él señala que el *Romanus* o en *Lex Ribuarua*, XXXVI (edición de Sohms), sólo puede significar Roman: “3. Si quis Ripuarius advenam Romanum interfecerit,

tratado de demostrar que la diferencia en el *wergeld* no se basaba en la desigualdad social, sino simplemente en el hecho de que, en el caso de los romanos, la parte de la composición debida al *sippe* (parentesco) no tenía que ser pagada. El asesino sólo pagó la parte que le correspondía a los herederos.¹³ Es dudoso que la diferencia en *wergeld* pueda ser tratada como un ejemplo de desigualdad social; tampoco está claro que la disposición en *lex salica* fue alguna vez aplicada.¹⁴ Los germanos y la población galo-romana de los otros reinos deben haber disfrutado de derechos políticos similares. El derecho borgoñés expresa este hecho con claridad.¹⁵ Entre los francos salios, ciertamente, los nativos tenían acceso a la mayoría de los oficios. Disfrutaron de la posición de *convivae*, o de los íntimos oficiales del rey.¹⁶ La lista de los duques y condes de Auvernia contiene más nombres latinos que germanos.¹⁷

El establecimiento de los lombardos en Italia ha conducido también a una amplia controversia sobre el estado de la población nativa. Se admite, generalmente al principio, que el asen-

centum solidis multetur”. Tampoco es fácil ver cómo *Romanus*, en *Lex Salica* XIV, 2, 3, puede ser cualquier cosa más que Romano.

¹³ Brunner, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, 2a. ed., pp. 326, 335; vol. II, 2a. ed., Leipzig, C. von Schwerin, 1928, pp. 795 y ss.; Schröder, R., *Historische Zeitschrift*, nueva serie, vol. XLII, p. 194. Véase también Lot, F., *Les Invasions germaniques*, París, 1935, pp. 195-198. Para una excelente crítica de la opinión de Brunner-Schröder véase Kroell, Maurice, “Etude sur l’institution des *lites* en droit franc”, *Études D’histoire Juridique Offertes à P. F. Girard*, París, vol. II, 1913, pp. 199 y ss.; Vercauteren, F., “Le romanus des sources françaises”, *Revue Beige de Philologie et D’histoire*, XI, 1932, pp. 77-88. “Il faut voir simple dans le roman des sources juridiques franques un gallo-romain”. Las opiniones de Stein en *Mittheilungen des Oesterreichischen Instituts für Geschichtsforschung*, XLIII, 1929, pp. 1-19, “Der romanus in den fränkischen Rechtsquellen”. Véase también Bloch, Marc, “Un pseudo-problema: le romanus des lois franques”, *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 1946 y 1947, pp. 1-11.

¹⁴ Lot, *Les Invasions germaniques*, pp. 195 y ss.

¹⁵ *Leges Burgundionum*, Const. X, ed. de Salis, MGH, *Leges*, t. II, pars I, Hanover, 1892: “Burgundio et Romanus una conditione teneatur”.

¹⁶ *Lex Salica Emendata*, XVIII, 6, J. M. Pardessus, *Loi salique*, París, 1843, p. 395.

¹⁷ Fustel de Coulanges, *L’Invasion germanique*, p. 547.

tamiento lombardo tenía un carácter violento, y que los italianos fueron desposeídos de mucha tierra y de bienes. Savigny,¹⁸ sin embargo, se negó a aceptar la opinión común expresada por Troya¹⁹ y otros sobre el destino del derecho romano en Italia durante este periodo, pero representaba a los italianos como propietarios que gozaban de derechos civiles completos, regulados por el derecho romano y en posesión de su régimen municipal.²⁰ La controversia gira en torno a dos pasajes de Pablo el Diácono, *History of Lombards*, en el cual describe a los lombardos como *hospites* (soldados hospedados en un lugar particular) y a los romanos como *tributarii* (contribuyentes).²¹ Pero, como subraya Lot, la *History* se escribió mucho después de los acontecimientos registrados, y cuando el autor usa la palabra *hospites* en un impropio sentido, ¿podemos estar seguros de que entendió el significado original del término?²²

Las palabras de Pablo no deben ser interpretadas, en ningún caso, para sugerir una total expropiación a los italianos como algunos han sugerido.²³ Pero si las primeras invasiones lomar-

¹⁸ Savigny, F. C. v., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. I, 2a. ed., Heidelberg, 1834, pp. 118 y 119; Pertile, A., *Storia del diritto italiano*, vol. I, 2a. ed., Turín, 1896, pp. 114-116.

¹⁹ *Della condizione dei Romani*, Milán, 1844, par. 288.

²⁰ *Controversy summarized in Hodgkin, Italy and her Invaders*, vol. VI, Oxford, 1895, pp. 587 y ss. Véase especialmente Halban, Alfred von, *Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten. Ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte*, Breslavia, II, 1901, pp. 1 y ss.

²¹ Paulus Diaconus, *De Gestis Langobardorum*, II, 32, Gengler, Heinrich G., *Germanische Rechtsdenkmäler*, Erlangen, 1875, p. 518 (selección VI). La edición estándar de Paulus es *Historia Langobardorum*, Hannover, L. Bethmann and G. Waitz, MGH, *Scriptores Rerum Langobardorum*, 1878. His diebus multi nobilium Romanorum ob cupiditatem interfecti sunt. Reliqui vero per hospites divisi, ut terciam partem suarum frugum Langobardis persolverent, tributarii efficiuntur... Populi tamen adgravati per Langobardos hospites partiuntur.

²² Lot, F., *Les Invasions germaniques*, París, 1935, p. 281.

²³ Gabriele Pepe no cree que los lombardos reconocieran la existencia de los italianos ni de su ley; una posición extrema. Él admite que los lombardos adoptaron las formalidades del derecho privado romano, como se revela en las

das tenían el carácter áspero que les atribuyó el diácono Pablo, existe una pequeña duda de que las relaciones de los lombardos con la población nativa fueron igualadas posteriormente. Esta nueva igualdad es atestiguada por la prescripción en las leyes de Liutprando, pues en la conformación de los hechos sólo las leyes romanas y lombardas deben ser reconocidas.²⁴

Tanto en Francia e Italia, así como en España, donde el proceso de fusión se aceleró, se sentaron las bases para una doble corriente de actividad jurídica y una mezcla de instituciones jurídicas e ideas en términos de igualdad. Sin estas condiciones hubiera sido imposible que los acontecimientos que asociamos con la personalidad de la ley hayan tenido lugar. El pueblo germánico se asentó en medio de una población romana mayor, y frente a un sistema superior de jurisprudencia tuvo pocas alternativas, sólo le quedó reconocer las condiciones legales existentes. Esto no significaba que los invasores estuvieran dispuestos a aceptar el derecho romano por sí mismo, pues las potentes influencias surgidas de recuerdos raciales y tribales perpetuaron las diferencias entre las razas, que sobrevivieron durante mucho tiempo a las invasiones.²⁵ Ni la menor de estas fueron nociones legales, tal como

cartas que contienen fórmulas de la ley romana tardía. Por otra parte, la ley penal romana dejó totalmente de ser observada. *Le Moyen Age Barbare en Italie*, tr., París, 1956, pp. 237 y ss. Pertile, A., *op. cit.*, *supra*, nota 18, en 61; Bury, J. B., *The Invasion of Europe by the Barbarians*, 268-271, resume la opinión de Vinogradoff expresada en una obra publicada en Rusia, y contiene una visión similar a la del texto. Véase más recientemente Calasso, Francisco, *Il problema istituzionale dell'ordinamento barbarico in Italia, Il Passagio dall'Antichità al Medioevo in Occidente*, Spoleto, 1962, pp. 57-90.

²⁴ Liutprand, 91, VIII. Leg. Lang., MGH, 80 series, p. 120. Véase nota 128, *infra*.

²⁵ Un relato general luminoso de estas influencias contendientes es Lot, F., *Les invasions germaniques*, París, 1945, *passim*, especialmente los capítulos VI-X. Aunque originalmente publicado antes de la guerra y un poco anticuado en su enfoque, sigue siendo una síntesis de primera. Asimismo, un admirable manual actual, el primero de varios volúmenes sobre el periodo de la invasión bárbara, es Musset, L., *Les invasions*, citado anteriormente (Nouvelle Clío: L'Histoire et ses problèmes).

aquella ley que era una costumbre inmemorial, una posesión de la tribu no compartida fácilmente con extraños. Pero, añadido al argumento de conveniencia, la misma línea de razonamiento implicaba el reconocimiento del derecho de los romanos conquistados a su propio derecho.

II. ORÍGENES

Desde el principio el problema que atrajo la atención fue el origen del régimen de la personalidad de la ley, que ha sido objeto de controversia. La literatura sobre el tema se remonta al siglo XVII, y nos lleva hasta tiempos recientes. Incluye nombres como Ducange, Baluze, Muratori, el abate Dubos, Montesquieu, Savigny, Waitz, Schröder y Brunner, sólo por mencionar algunos. Sería ocioso intentar un exhaustivo repertorio de toda la literatura sobre el tema, pues de una u otra manera corresponde a uno de los temas más prolíficos del estudio histórico, el del carácter y las consecuencias de las invasiones bárbaras.

Es posible trazar tres o cuatro respuestas generales a la pregunta sobre cómo y dónde se originó el sistema de leyes personales. La primera respuesta, popular por su simplicidad, y por haber respondido a un sentimiento profundamente arraigado en el siglo XIX, es que el principio tuvo un origen germánico. El principal exponente de esta visión, aunque sin gran parte de su posterior adorno nacionalista, fue Montesquieu.²⁶ De la misma opinión fueron varios académicos germanos, notablemente Waitz y Dahn, que encontraron evidencias de la existencia de la personalidad de la ley bajo Ariovisto y Ermanarico.²⁷ La teoría también fue defendida por Schröder en su popular manual de derecho germano, aunque ediciones posteriores de la obra

²⁶ Montesquieu, *Spirit of Laws*, tr. T. Nugent, Bk. XXVIII, cap. 2, Londres, 1878.

²⁷ Dahn, F., *Die Könige der Germanen*, Múnich, vol. VII, 3, 1861-1911, p. 2.

parecieron modificar las declaraciones hechas en las ediciones anteriores.²⁸

La segunda respuesta a la pregunta del origen del principio es que fue consecuencia de la invasión. Éste fue el punto de vista de Savigny. Lejos de ser gobernados por un principio al inicio, los reyes bárbaros, según Savigny, se enfrentaron a una condición que resolvieron de manera práctica. Consideraron conveniente otorgarles derechos propios del derecho personal a los romanos, y sólo a los romanos, al comienzo de su conquista. Savigny explica el origen del sistema de la siguiente manera: “La verdad es que la falta de tal institución, y la posibilidad de introducirla, podrían ocurrir sólo después de que las naciones estuvieran mezcladas en masas considerables. La condición interna de cada reino produciría entonces lo que nunca podría haber sido producido por la mera benevolencia hacia los extranjeros”.²⁹

La opinión de Savigny fue aceptada y modificada por Brunner en su digna nota *Deutsche Rechtsgeschichte*.³⁰ No sólo Brunner rechazó el origen germánico del principio de la ley personal, sino que, más allá de Savigny, vio que se desarrolló a partir de las necesidades del imperio franco. “Este sistema no es ciertamente de origen germano antiguo, ni en el periodo germánico ni en el franco se aplicó a los extraños desde el punto de vista del derecho público”.³¹ Brunner consideró el principio en su forma desarrollada como una creación de la monarquía franca. Fue un medio para asegurar a los francos conquistadores el reconocimiento pleno de sus propias leyes cuando iban entre sus súbditos del

²⁸ Schröder, R., *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 5a. ed., Leipzig, 1907, p. 242, n. 12.

²⁹ Savigny, F. C. von, *Ceschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. I, 2a. ed., Heidelberg, 1834, pp. 117-119, tr. E. Cathcart, de la primera edición, Edinburgh, 1829, pp. 101 y 102.

³⁰ Vol. I, § 35, pp. 382-399.

³¹ Brunner, D. R., I, 383-384. Para un punto de vista similar véase Esmein, A., *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, pp. 50 y 51; Brissaud, J., *Manuel d'histoire du droit français*, p. 55. Para una especificación moderna: McIlwain, C. H., *Growth of Political Thought in the West*, 168.

imperio. En otras palabras, fue realmente un sistema de derecho internacional privado, y Brunner describe el crecimiento inicial del sistema como sigue:

Si, por lo tanto, el principio de la personalidad de la ley no existiera desde el principio en el reino franco, es posible, no obstante, suponer que su desarrollo procede de las necesidades y del esfuerzo de los francos salios para asegurar el uso de su ley tribal en las diversas jurisdicciones sobre las que se habían esparcido. El recurso a la ley del nacimiento debe entonces, desde el punto de vista de la reciprocidad, extenderse sobre todas las demás tribus.³²

Una tercera respuesta se da en ocasiones a la pregunta: que fue practicada en Roma antes de ser tomada por los bárbaros para sus propios fines.³³ El principal defensor de la continuidad romana ha sido Fustel de Coulanges. Para Fustel la mezcla de razas comenzó inmediatamente.³⁴ Cuando otros reconocieron la influencia de las diferencias de nacionalidad en el sistema judicial del siglo VI, Fustel reconoció sólo las diferencias basadas en clases sociales.³⁵ Para él la maquinaria judicial romana continuó, pero en manos de bárbaros y romanos en vez de sólo romanos, como antes de la invasión.³⁶

El origen mixto romano y teutónico del régimen de la personalidad del derecho es defendido por Chenon.³⁷ Antes de examinar las pruebas sobre la cuestión, es necesario hacer algunas observaciones sobre el papel de la “raza” o la nacionalidad en la ley.

³² *Idem.*

³³ Déclaireuil, J., *Histoire générale du droit français*, París, 1925, p. 84: “Ce serait plutot un fait romain”.

³⁴ *L'Invasion germanique*, pp. 546-548, y *La Monarchie franque, passim.*

³⁵ Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches sur quelques problèmes d'histoire*, pp. 361 y ss.

³⁶ Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 2a. ed., París, 1894, pp. 339 y ss.; *idem.*, *La Monarchie franque*, pp. 406 y ss., 417 y 418.

³⁷ Chénon, E., *Histoire generale du droit français public et privé des origines à 1815*, I, 123.

El derecho pertenece a la nación o a la raza y forma parte de la tradición inmemorial del grupo.³⁸ El derecho en este periodo se refiere a los individuos únicamente en la medida en que son miembros de los grupos establecidos en la sociedad.³⁹

El carácter popular de las leyes bárbaras, como también señala Thévenin, tenía ciertas consecuencias. En primer lugar, la ley de la tribu era personal.⁴⁰ Seguía a la persona adondequiera que viajaba o residía. Y el propio rey estaba sujeto a esta ley.⁴¹ Al ser personal, la ley bajo el imperio franco exigía el reconocimiento y el respeto de otros grupos nacionales.⁴²

Puesto que las leyes de los bárbaros fueron leyes personales, habría sido difícil aplicarlas *en masse* a los conquistados sin transformarlos en germanos. Así, los bárbaros estaban obligados a reconocer la personalidad del derecho romano, aunque no

³⁸ Para un resumen de las opiniones modernas sobre la naturaleza de las leyes o *Volksrechte* véase Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 417 y ss. Un intento de conciliar los puntos de vista germanista y romanista está contenido en Petrau-Gay, Jean, *La notion de "Lex" dans la coutume salienne et ses transformations dans les capitulaires*, Grenoble, 1920, pp. 25, 35 y ss., y *passim*. *Idem*, *Revue historique de droit français et étranger*, 4th series, vol. XIV, 1935, pp. 77-83.

³⁹ Klimrath, Henri, *Travaux sur l'histoire du droit français*, vol. I, París, Warnkoenig, 1843, p. 353.

⁴⁰ Thévenin, M., *Lex et Capitula in Bibliothèque de l'Ecole des Hautes Études*, París, 1878, p. 146.

⁴¹ Fredegarius, *Epitome of Gregory of Torts*, 18 (Hanover, B. Krusch, MGH, Scriptores, 1888) citado por Thévenin, *op. cit.*, *supra*, nota 40, p. 147. *Ordinatio Imperii* A. 817, c. 16 (*Capitularia Regum Francorum*, A. Boretius, MGH, *Leges*, Sectio II, vol. I): "nobis decedentibus ad años legitimos iuxta Ribuarium legem nondum pervenisse....".

⁴² Thévenin, *op. cit.*, *supra*, nota 40, a 148. Para lo que sigue sobre la posible incorporación de los bárbaros entre los francos véase *Lex Salica* Em., XLIII, § 1, citado en otro lugar. Para los lombardos véase Paulus Diaconus, *De Gest. Lang.* I, 13 (*Historia Langobardorum*, Hanover, L. Bethmann and G. Waltz, MGH, Scriptores, 1878). "Igitur Langobardi... ut bellatorum possent ampliari numerum, plures a se servile jugo eruptos, ad libertatis statum perducunt. Utque rata posset haberi libertos, sanciunt more solito per sagittam immurmurantes nihilominus ob rei firmitatem quaedam patria verba". Villari, P., *The barbarian invasion of Italy*, Londres, 1913, p. 284.

extendieran este privilegio a otras naciones bárbaras. Los relativamente pocos casos en que el grupo invasor se encontró confrontado con el problema de extender la personalidad de la ley a los miembros de otras tribus germánicas fueron obviados por la incorporación de estas últimas en el grupo del conquistador y con la consecuente aceptación de la ley del conquistador. El texto de la *Lex Salica* que se presenta a continuación habla de “un hombre libre franco o un hombre bárbaro que vive de la ley sálica” y alude a tal situación. Pero esto debió haber sido excepcional. El caso de los 20,000 sajones a quienes, según Pablo el Diácono, los lombardos negaron el permiso para establecerse en Italia con su propia ley —*proprio jure*— ilustra probablemente el tratamiento usual de los extranjeros.

El derecho, como la religión, fue una posesión personal. Esta actitud se encuentra admirablemente expresada en el comentario de Carolus de Tocco sobre la *Lombarda*. Carolus, en el siglo XIII, reconoce el derecho de una persona a obligarse sólo por su ley nacional.⁴³

Cuando las leyes teutónicas hablan de la *lex* de un hombre describen no sólo la ley bajo la cual vive, sino también toda su posición social.⁴⁴ La palabra *ley* en las leyes teutónicas tiene una

⁴³ Meijers, E. M., “L’Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age”, *Recueil des cours*, p. 554, refiere al brillo de Carolus, en *Lege, Tuum et iudices* (C. 2, 58, 2, f. 39 v.). Véase también Carolus, en *Lombardo II*, 34, 11, glossa *excludantur* (resaltado por Meijers, p. 554): “*ius suum cuique tribuere*”. *Leges Longobardorum cum argutissimis glosis D Caroli de Tocco*, Venice, 1537. Sobre Carolus, ver Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. V. pp. 174-183. También Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 563.

⁴⁴ Pueden encontrarse ejemplos en *Capitularies: Responsa de rebus Fiscalibus*, en Boretius, *Capitularia*, MGH, I, p. 297, línea 5: “*eadem lege demandado*”. Gorra. *Miss. Spec.*, Boretius, *Cap. MGH*, I, p. 104, línea 35: “*secundum legem... componantur*”. Boretius, *Cap. MGH*, I, 201, línea 5: “*Contra quem culpavit secundum ipsius legem emendet*”, etcétera. Para una ampliación del significado de *lex* véase la nueva tesis de Joseph Balon, *Lex iurisdictio-Recherches sur les assemblées judiciaires et législatives*, sur 2 vols., Namur, 1960, I, 215, que concluye: *Lex* significa asamblea, deliberativa y judicial, y se opone al poder del *rex*. Aquí se

connotación mucho más amplia que la palabra moderna. Por eso, como se ha explicado en otra parte, Agobardo se opuso al derecho borgoñón. Se opuso no sólo a la práctica del duelo judicial, desagradable a su refinado sentido moral, sino también a la paternidad arriana de la ley.⁴⁵ Así, el principio de la personalidad del derecho aparece como una idea subjetiva (de los derechos del individuo miembro de la tribu) enraizada en concepciones religiosas. El vínculo de la ley y la justicia con las concepciones religiosas queda de manifiesto en la curiosa extensión en el sentido del término *handgetnal*, para incluir el sagrado lugar de reunión del tribunal de las sucesiones, así como el poder judicial ejercido en el mismo.

¿Qué precedentes existían en Roma para la práctica del derecho personal? En un sentido muy importante, el derecho romano seguía siendo una ley personal hasta los últimos días del Imperio romano.⁴⁶ El derecho civil de Roma sólo se aplicaba a los ciudadanos y excluía a los extranjeros o *peregrini* de su aplicación. El Edicto de Caracalla⁴⁷ fue un tremendo esfuerzo para transformar la ley personal de los ciudadanos romanos en una ley universal para todo el imperio,⁴⁸ pero su aplicación exacta es materia de duda. Aunque eliminó muchos corchetes de indi-

encuentra el origen del dualismo de la sociedad medieval. Véase el índice de los Capitulares bajo *lex*, y el artículo “*Lex*” en *Ducange, Glossarium*, en el que se produce alguna confusión entre dos sentidos de la palabra; ver especialmente “*Legem suam componere*”.

⁴⁵ Epistolae Karolini Aevi, t. III, MGH, Berlín, 1899, c. 6, p. 160. Balon, *op. cit.*, *supra*, nota, 44, I, pp. 22-123; II, p. 537.

⁴⁶ Hazeltine, H. D., *Cambridge Medieval History*, vol. V. Cambridge, 1926, p. 699; Buckland and Mc Nair, *Roman Law and Common Law*, 2a. ed., Cambridge, 1952, pp. 23-25.

⁴⁷ Dio Cassius, *Roman History*, LXXVII, 9; Hist. Aug., Sept. Sev., 1; St. Augustine, *De Civitate Dei* 5, 17; Ulpian, Digest 1, 5, 17 (*Stereotype edition of Corpus Juris Civilis*, Berlín, T. Mommsen, 1884): “In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini dyes Romani effecti sunt....”. Los dos primeros escritores de las ediciones de Loeb.

⁴⁸ Véase nota 64, *infra*.

viduos y grupos dentro del imperio, ciertamente no puso fin por completo a las distinciones entre ciudadano y no ciudadano.⁴⁹ El estudio de este edicto por Bickermann ha intentado trazar el vínculo entre las condiciones en el siglo III y la posterior situación en el Imperio romano.⁵⁰ Durante el tercer y siguientes siglos el Imperio fue absorbiendo un gran número de bárbaros en sus fuerzas militares en las fronteras. Esos grupos, especialmente los *laeti* (colonos militares germanos), obviamente no eran tratados como comunidades de ciudadanos romanos; continuaron la distinción de peregrinos o no ciudadanos. No estaban sujetos al derecho romano y presumiblemente se les permitía cumplir con sus propias costumbres dondequiera que residieran. Así, la primera etapa del asentamiento bárbaro marca la última etapa del desarrollo del derecho romano. Los germanos llegaron a ser, en los siglos cuarto y quinto, las comunidades extranjeras que el fracasado Imperio no pudo absorber.

Quedaría fuera del ámbito de esta parte del estudio tratar la historia de la personalidad de la ley en el Imperio romano. Tales instituciones, como el *ius gentium* (ley de las naciones), el *reciprocatio* (protección recíproca de los ciudadanos de dos Estados),⁵¹

⁴⁹ Mitteis, L., *Reichsrecht and Volksrecht in den ostlichen Provinzen des Römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, pp. 159 y ss. Para la literatura más reciente consultar, entre otros, Sherwin-White, *The Roman Citizenship*, Oxford, 1939, pp. 223 y ss., donde las vistas de Wilcken, Wilhelm, P. Meyer y otros sobre la controvertida restauración de la Giessen Papyrus son discutidas. *The Giessen Papyrus 40* se presta así por Sherwin-White, *op. cit. supra* a 224: "Así que di a todos los extranjeros en el mundo la ciudadanía romana, siempre que el estatus de todas las comunidades permanezca sin cambios, excepto el *dediticii*". Véase también Stroux, J., *Philologus*, LXXXVIII, p. 272 y ss., y Jones, A. H. M., "The *Dediticii* and the *Constitutio Antoniniana*", pp. 127-140, de *Studies in Roman Government and Law*, Nueva York, 1960.

⁵⁰ Bickermann, E., *Das Edikt des Kaisers Caracalla*, Berlín, 1926, pp. 27-34, según la cual Caracalla propuso otorgarle la ciudadanía a los bárbaros dispuestos a servir en el ejército, a los *foederati*, pero no a los *laeti*, aquellos se establecieron forzosamente en suelo imperial.

⁵¹ Jolowicz, H. F., *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford, 1957, p. 38; Girard, Paul F., *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, vol. I, París, 1901, p.

el *meddix tuticus* (un magistrado) en Capua,⁵² la autonomía en Termessus,⁵³ los *privilegia* (privilegios) judíos⁵⁴ y el papel del uso local en las provincias,⁵⁵ atestiguan cierto grado de reconocimiento del principio durante los periodos temprano y clásico del desarrollo del derecho. Así que, en cierto sentido, se presentan los documentos encontrados en Cirene hace algunos años.⁵⁶

Aunque el *ius gentium*, para seleccionar una de las principales instituciones, se había convertido en una ley general aplicable a todas las personas libres en “asuntos de comercio”, el principio personal, estrictamente hablando, “se aplicó especialmente a cuestiones de derecho de familia y herencia”.⁵⁷ Documentos como la *Lex Rubria* sobre la organización de la Galia cisalpina,⁵⁸ las oraciones de Cicerón por Balbus⁵⁹ y contra Verres —este último con su referencia al imperio de la Ley Rupia que si un ciudadano romano “formula una demanda contra un siciliano se le asigna un juez siciliano; si un siciliano formula una reclamación contra un ciudadano romano, un ciudadano romano es asignado

99; Polybius, *History*, III, 22 (Loeb), y Festus, s. v. “Reciperatio,” *Sexti Pompei Festi De Verborum Significatu*, Leipzig, W. M. Lindsay, 1913.

⁵² Greenidge, A. H. J., *Roman Public Life*, Londres, 1922, p. 304, y Livy, *History*, VIII, 14 (Loeb).

⁵³ *Lex Antonia de Termessibus*, I, tr. E. G. Hardy, Oxford, Six Roman Laws, 1911, p. 99. Texto en Bruns, C. G., *Fontes Iuris Romani Antiqui*, 7a. ed., Tubingen, Gradenwitz, 1909, p. 93.

⁵⁴ Juster, Jean, *Les Juifs dans L'empire romain, leur condition juridique, économique et sociale*, I, París, 1914, 213; Guterman, S. L., *Religious Toleration and Persecution in Ancient Rome*, Londres, 1951, pp. 108 y ss. Véase Josephus, *Antiquities*, XIV, X, p. 17.

⁵⁵ J. Gilson, *L'Etude du droit romain compare aux autres droits de l'antiquité*, París, 1899, p. 181; y F. Schulz, *Principles of Roman Law*, tr. M. Wolff, Oxford, 1936, pp. 14-16, para una expresión reciente.

⁵⁶ Oliverio, G., *Notizzario archaeologico*, fasc. IV, 1927, pp. 13-67; Sherwin-White, A. N., *The Roman Citizenship*, p. 212; Anderson, J., “The Augustan Edicts from Cyrene,” *Journal of Roman Studies*, vol. 17, 1927, p. 39.

⁵⁷ Jolowicz, *Roman Foundations*, pp. 38 y 39.

⁵⁸ Greenidge, *ibidem*, p. 52, a 314. Texto en Bruns-Gradenwitz, *Fontes*, pp. 97 y ss.

⁵⁹ Pro Balbo 8, 21 (Loeb); Greenidge, *op. cit.*, *supra*, nota. 52, p. 308.

como un juez”⁶⁰ ciertamente ofrecen una evidencia inconfundible de que “si bien Roma carecía de un sistema perfecto de derecho internacional privado, tenía reglas para limitar y regular los conflictos de leyes”, y esta es la sustancia vital del derecho internacional privado.⁶¹

Es cierto que falta la parte de los códigos que podrían haberse esperado para tratar los conflictos de leyes que surgen de la aplicación del principio personal, pero en estos escritos se presta mucha atención a los conflictos de jurisdicción.⁶²

La evidencia de la manera en que el Imperio romano posteriormente permitió la práctica de leyes extranjeras dentro de sus fronteras está contenida en la declaración del obispo Teodoro de Ciro.⁶³ Teodoro, en el siglo V, enumera algunos de los pueblos que insistían en que se respetaran sus propios sistemas jurídicos.⁶⁴ Cuando los invasores germanos se establecieron en el Imperio pudieron haber regulado sus relaciones con los provincianos romanos, en cierta medida, sobre la base de arreglos similares. Un ejemplo de esa influencia puede estar contenido en un interesante, aunque anacrónico, relato de la continuación del derecho romano bajo los bárbaros, dado por Procopio. Éste describe el destino de los auxiliares romanos que fueron interrumpidos por los

⁶⁰ Cicero, *Actionis in C. Verrem Secundae Liber Secundus*, 13, Opera, vol. III, Leipzig, J. G. Barter and C. L. Kayser, 1861, p. 178.

⁶¹ Phillipson, Coleman, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, Londres, 1911, vol. I, p. 301; Mitteis, *Reichsrecht and Volksrecht*, p. 123, rechaza la existencia de tales reglas; Schonbauer, “Studien zum personalitätsprinzip in antiken Reschte”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, XLIX, pp. 345-403, admite la aplicación de los principios de derecho personal dentro de los límites.

⁶² Jolowicz, *op. cit.*, *supra*, nota 57, p. 39.

⁶³ Escrito en 437.

⁶⁴ *Theodoretus Episcopi Cyrensis Graecarum Affectionum Curatio*, Oxford, T. Gaisford, 1839, noveno discurso, p. 341: “...ni un gran número de otros pueblos bárbaros, aunque la dominación de los romanos ha sido aceptada, utilizan cualquier ley romana en sus propios pactos”. Véase también Jones, *The later roman empire 284-602. Una encuesta social, económica y administrativa*, 1964, especialmente vol. I, pp. 470-522, capítulo sobre “Justicia”.

invasores bárbaros del contacto directo con el gobierno romano y fueron capaces de asegurar de los líderes bárbaros el derecho a practicar sus propias leyes.⁶⁵

Además, el derecho romano vulgar del Imperio posterior marcó un primer paso hacia el acomodo con la costumbre bárbara.⁶⁶ El derecho vulgar es definido por Levy como “el término genérico... que comprende todas aquellas reglas o conceptos que aparecen en el suelo romano, especialmente en el periodo de intervención, que difieren del sistema clásico y, sin embargo, no pueden ser rastreados hacia algún acto positivo”.⁶⁷ El derecho vulgar se regía por consideraciones sociales y económicas más que por simples consideraciones jurídicas, y penetró tanto en la legislación como en la práctica.⁶⁸ Su influencia se revela especialmente en la *Interpretatio* (comentario) del *Breviario* (código romano de Alarico II, 506).⁶⁹ Su significado para la comprensión de la ley de los reinos germánicos es inmenso, pues “el derecho romano adoptado [en estos reinos] fue en todo lugar, el derecho vulgar, y tales «recepciones» aparecen, aunque en diferentes grados, en las leyes de los godos y los borgoñones, los francos y los lombardos”.⁷⁰ La infusión de ideas germánicas en el derecho

⁶⁵ Procopio, *History of the Wars*, libro V, correspondiente al libro I de la guerra gótica, cap. XII (Procopius, tr. H. B. Dewing, Londres, Loeb Library, 1919, vol. III). Véase, sin embargo, Lot, F., “La conquête du pays d’entre Seine-et-Loire par les Francs: La ligue Armoricaine et les destinees du Duché du Maine”, *Revue historique*, vol. CLXV, 1930, pp. 241-253. El paso de Procopius se trata en las pp. 244 y 245. El texto entero del cual se toma el pasaje no es confiable al afirmar la presencia de tropas romanas que defendían las extremidades de la Galia en tiempos de Clodoveo. Véase, además, Latouche, R., *Les grandes invasions et la crise de l’occident au ve siècle*, París, 1946, pp. 154-157.

⁶⁶ Gaudemet, Jean, *La formation du droit seculier et du droit de l’église aux IV et Vo siècles*, París, 1957, y “A Propos du ‘droit vulgaire’”, *Studi in onore di Biondo Biondi*, vol. 1, Milán, 1963, pp. 271-300.

⁶⁷ Levy, E., *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Filadelfia, 1951, p. 6.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 7.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 15.

vulgar produjo nuevas reglas en áreas como “el derecho de las personas, las relaciones domésticas y la sucesión...”.⁷¹

Bajo el imperio franco la única persona que podía gozar de la posesión de su propia ley nacional era aquella socialmente libre y que pertenecía a uno de los grupos nacionales establecidos. La posición del extranjero no encajaba al principio en este esquema político y legal.⁷² La sociedad revelada en las primeras leyes de los bárbaros no poseía maquinaria alguna, como la pretoría romana, para tratar con extranjeros o extraños.⁷³ Pero a medida que aumentaba el poder de la realeza, comenzó a operar un nuevo instrumento de desarrollo jurídico llamado *el poder judicial del rey*. Esta extensión de la influencia real se revela en el nuevo estatuto concedido al extranjero en la ley lombarda. El extranjero o *wargangus*, era muy parecido a un desterrado, a menos que se hubiera puesto bajo la protección de un patrón que estuviera en el disfrute de plenos derechos políticos y legales. A medida que pasaba el tiempo, el rey tomaba al extranjero bajo su protección si el recién llegado no había elegido a otro patrón. Este proceso se puede ver claramente en la ley de Rotario:

Todos los *gargangi* o *wargangi*, que son extranjeros que vienen de lejos para establecerse en nuestro reino bajo la protección de la salvaguardia real deben vivir de acuerdo con la ley lombarda, a menos que hayan obtenido el permiso real para vivir de acuerdo con sus leyes nacionales. Si dejan hijos legítimos, éstos heredarán como los hijos legítimos de los lombardos; si no tienen hijos

⁷¹ *Idem*.

⁷² Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 399 y ss.; Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français*, vol. I, p. 405.

⁷³ ¿Los extranjeros eran *rechtlos*? (Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, p. 399). En la teoría tal vez, pero en la práctica real, como un estudio de todas las referencias revela, no. Véase Meyer, Eduard, *Geschichte des Altertums*, vol. I, 5a. ed., Stuttgart y Berlín, 1925, secciones 33 y 34. Las principales referencias son recogidas por Davoud-Oghlou, G. A., *Histoire de la législation des anciens germains*, vol. I, Berlín, 1845, p. CVI, y la sección “U” para cada una de las leyes bárbaras examinadas, vols. I y II.

legítimos, no podrán, sin el permiso real, hacer un testamento a favor de cualquiera que deseen, ni alienar sus bienes bajo ningún título.⁷⁴

Debido a la protección concedida al extraño, la composición del primero se pagaba a su patrocinador o en ocasiones al tesoro del rey.⁷⁵ Las ordenanzas reales convierten en una obligación la práctica de la hospitalidad. El derecho de los borgoñones, por ejemplo, evalúa daños y perjuicios contra cualquier persona que hubiera negado refugio al extraño.⁷⁶

Los judíos en el imperio franco estuvieron también en la posición de extranjeros que gozaban de derechos limitados con el consentimiento del rey bajo cuya protección se encontraban. Quedaban bajo el control de un funcionario especial llamado *magister iudaeorum* (magistrado para judíos) de la época de Luis el Piadoso.⁷⁷

En nuestra revisión de las disposiciones de las diferentes *leges barbarorum* con respecto a los extraños, debemos considerar que estamos tratando con *privilegios*. La noción de un privilegio legal existió entre los pueblos bárbaros, así como entre los romanos, y es por medio de tales privilegios legales que a menudo se establecían precedentes para posteriores extensiones de derechos. Lo que originalmente fue una donación para un individuo podría eventualmente convertirse en la base de un derecho nacional.

⁷⁴ Edictus Rothari, 367, *Leges Langobardorum*, MGH, edición en 80 por Bluhme, p. 68: "...legibus nostris langobardorum vivere debeant, nisi si aliam legem ad pietatem nostram meruerint....".

⁷⁵ Ejemplos en las leyes de Baviera y Alamanni: *Lex Baiwariorum*, IV, XXXII, Heymann, MGH, pp. 336 y 337; *Leges Alamañorum*, VCVII, 2 (E. Cod. A), XCIX, 25 (E. Cod. B), Karl Lehmann, Hanover, MGH, 1888, p. 156.

⁷⁶ Leg. Burg., XXXVIII, 1, ed. de Salis, MGH, p. 69.

⁷⁷ Katz, Solomon, *The Jews in the Visigothic and Frankish Kingdoms of Spain and Gaul*, pp. 83 y 84. La posición de los judíos bajo el sistema de derecho personal será examinada más ampliamente en una nota en el capítulo que trata de la determinación de la ley nacional de una persona. Para lo que sigue véase Balon, *Lex Jurisdictio*, II, notas 78, 198, 397, 623 y 857.

III. SISTEMAS DUALISTAS

Aunque el principio de la personalidad de la ley existiera en forma incipiente entre los primeros germanos, en el sentido en que acabamos de definirla, habría sido difícil para cualquier sistema de derecho internacional privado desarrollarse en ese periodo. Si tomamos el ejemplo de Roma, encontramos que la distinción entre el derecho civil y el derecho de las naciones fue aplicada por magistrados regulares con algún entrenamiento legal. Entre los reinos bárbaros la única maquinaria que pudo haber llevado a cabo una política basada en los principios del derecho internacional privado fue la posesión de la población conquistada. Sabemos que la práctica notarial entre los bárbaros y los romanos de los siglos V al VIII fue dominada por romanos o personas que habían recibido algún entrenamiento en las formas del derecho romano.⁷⁸ Uno de los mejores ejemplos de este tipo de influencia romana sobre el derecho germánico es el formulario de Marculfo preparado en la región de París, probablemente en el siglo VII.⁷⁹

Al principio sólo hubo una ley personal, la de los romanos. La primera evidencia se encuentra en el prefacio al derecho romano de los visigodos que reconoce expresamente los derechos de los súbditos romanos en el reino visigodo.⁸⁰ ¿Qué tan extensa fue la jurisdicción de que disfrutaban los romanos bajo los visigodos? El Breviario y su *Interpretatio* son los únicos documentos que pueden iluminarnos sobre esta duda y mucho se discute en cuanto a su aplicación. La *Interpretatio* no parece haber sido obra

⁷⁸ Stoff, L., “Étude sur le principe de la personnalité des lois depuis les invasions barbares jusqu’au XIII^e siècle”, *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, IV, 1894, pp. 8-10.

⁷⁹ Brunner, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 579. El formulario es fuertemente germánico, pero muestra influencia romana. Véase abajo.

⁸⁰ *Commonitorium, Lex Romano Visigothorum*, Leipzig, G. Haenel, 1849, p. 3. “Providere ergo to convent, ut in foro tuo nulls alia lex neque iuris formula proferri vel recipi praesumatur”.

de los comisarios de Alarico, como creía Savigny, y por lo tanto no podía incorporar modificaciones de la organización municipal y judicial romana introducida por los godos a principios del siglo VI.⁸¹ Sin embargo, al tenerse debidamente en cuenta los elementos antiguos en el código, parece asegurar que, de acuerdo con Savigny, en materia de derecho público el código es menos obsoleto de lo que es en materia de derecho privado.⁸² Incluso, si no reconocemos la opinión de Savigny de que los *decuriones* de las ciudades ejercían un mayor poder bajo los visigodos que bajo el Imperio,⁸³ parece que la maquinaria municipal y judicial romana continuó operando en las ciudades.

¿Qué tanto de la jurisdicción romana contemporánea denotan estas instituciones continuas? Significan una aplicación más extensa de las doctrinas del derecho romano a los romanos que en cualquier otro reino bárbaro. El término *iudex* (juez), por ejemplo, cuando se utiliza en una ciudad, según Savigny, se refiere al *duumvir* (un magistrado) o *defensor*.⁸⁴ Los crímenes menores se dejan inferencialmente a su jurisdicción.⁸⁵ Los pleitos civiles pueden ser juzgados ante el gobernador de la provincia o cualquier registro judicial (*court of record*), este último incluyendo al *defensor*.⁸⁶ La vieja *restitutio integri* (reintegración en la antigua posición legal) del pretor continúa, pero ahora está investida en

⁸¹ Savigny, F. von, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. I, pp. 301 y ss.; seguido por Mommsen, T., *Preface to Codex Theodosianus*, Berlín, 1905; por Conrat, M., *Die Entstehung des westgotischen Gaius*, Amsterdam, 1905, sec. 12, y *Der Westgotische Paulus*, Amsterdam, 1907, sec. 14. La perspectiva del texto de basa en Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 514, y Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, pp. 69 y 70. Para un resumen más reciente véase Chénon, *Histoire du droit français*, I, pp. 224-226.

⁸² Savigny, *op. cit.*, *supra*, nota 81, vol. I, pp. 301 y 302.

⁸³ *Ibidem*, pp. 303-305.

⁸⁴ Savigny, *op. cit.*, *supra*, nota 81, vol. I, p. 303. Véase la *Interpretatio to Paul I*, 7, 2 (*Lex Romana Visigothorum*, Haenel).

⁸⁵ Inter. Cod. Th., II, 1, 8 (Haenel, pp. 32-34); "...ad mediocres iudices... id est, aut defensores aut assertores pads".

⁸⁶ Inter. Cod. Th., II, 4, 2 (Haenel, p. 36).

los *iudices* (jueces) municipales.⁸⁷ La adopción,⁸⁸ la expedición de testamentos⁸⁹ y las donaciones⁹⁰ son competencia de la *curia* (consejo municipal) y *decuriones* (miembros del consejo). Los derechos de apelación de los romanos se mantienen.⁹¹ Finalmente, el texto del código decretando que las acusaciones criminales contra un senador deben ser oídas ante otros cinco senadores es transformado en la *Interpretatio* en un juicio similar por *nobiles* (miembros de la clase dominante).⁹² En todos estos casos la jurisdicción es ejercida conjuntamente por el gobernador y por los funcionarios municipales. La organización judicial es así parcialmente gótica y parcialmente romana, pero hasta qué punto gótico y hasta qué punto romano representa un problema.

En resumen, bajo los visigodos los romanos gozaron del beneficio del derecho romano entre ellos tratándose de los casos civiles y, en grado limitado, en materia penal. En los pleitos entre romanos y godos, así como en los casos de homicidio, parece que la ley gótica fue la utilizada.⁹³

Un segundo documento es la introducción al derecho borgoñés del año 500, el cual reconoce dos categorías de sujetos jurídicos: los romanos y los borgoñones.⁹⁴

⁸⁷ Inter Paul, I, 7, sec. 2 (arriba citado).

⁸⁸ Inter Cod. Th., V, 1, 2 (Haenel, p. 136): "...adoptivum id est gestis ante curiam affiliatum".

⁸⁹ Inter. Cod. Th., IV, 4, 4 (Haenel, p. 106): "Testamenta omnia spud curiae viros".

⁹⁰ Cod. Th., VIII, V, 1 (Haenel, p. 156): "Apud Iudicem vel Magistratus". Inter. Cod. Th., VIII, V, 1 (Haenel, p. 156): "Aut apud iudicem, aut apud curiam".

⁹¹ Inter Cod. Th., II, 1, 6 (Haenel, p. 32).

⁹² Cod. Th., II, 1, 12 (L. Rom. Vis., Haenel, p. 34).

⁹³ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 384; Bethmann-Hollweg, M. A. v., *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlichen Entwicklung*, vol. IV, Bonn, 1864-1874, pp. 194 y 332; Zeumer, K., *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, Hanover, vol. XXIII, p. 471.

⁹⁴ Para la fecha del código véase Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 497 ss., y Brissaud, *Manuel*, pp. 82 y 83. Aunque una duda mayor se plantea por la aparición del nombre de Sigismund en el código, la mayor parte del código

De interés especial para el estudiante es el derecho romano de los borgoñones, conocido a través del error de un copista, como el *Papian*.⁹⁵ Los primeros 36 títulos siguen el orden de la *Lex Gundobada*, el resto no. Muchos títulos del código borgoñón no se encuentran, por lo tanto, en el *Papian*.⁹⁶ En algunos asuntos sobre los que el derecho romano guarda silencio, el papiano invoca la autoridad del derecho germánico, como en el caso de la composición de un romano: “Quia de pretio occurerum nihil evidenter lex Romana constituit” (porque el derecho romano no prevé pagos para satisfacer el homicidio).⁹⁷ La existencia del *Papian* demuestra de manera marcada la aceptación del doble sistema de derecho personal entre los borgoñones, al mismo tiempo que sugiere límites a la aplicación del derecho romano a los romanos.

¿Los romanos disfrutaron de un sistema judicial aislado bajo los borgoñones? Parece que no, aunque hay una sugerencia en el *Papian* de que ciertas disposiciones de la ley penal romana se aplicaron a los romanos. El derecho borgoñón también se aplicó en los casos surgidos entre los romanos y los borgoñones, pero con los asesores de ambas nacionalidades en el tribunal.⁹⁸

pertenece a Gundobad. Los dos prefacios, como señala Brissaud (*Manuel*, p. 82, 4) forman realmente uno con interpolaciones posteriores de Sigismundo. Véase especialmente Coville, A., *Recherches sur l'histoire de Lyon de la Vème siècle au cal siècle (450-800)*, Paris, 1928, p. 193; *Leges Burgundionum, Prima Constitutio*, 3, Hanover, L. De Salis, MGH, 1892, p. 31; L. Burg., *Prim. Const.*, 5, MGH, pp. 31 y 32; L. Burg., *Prim. Const.*, 8, MGH, p. 32. Las otras referencias a los romanos en la *Prima Constitutio* son No. 11, MGH, p. 33: “Si quis sane iudicium, tam barbarus quam Romanus...”, y L. Burg., *Prim. Const.*, 13, MGH, p. 33: “... vel Romano es un vel Burgundio...”.

⁹⁵ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 506; Coville, *op. cit.*, pp. 198 y 199. No es una colección de constituciones. El mejor relato crítico actual es Roels, W., *Onderzoek mar het gebruik van de aangehaalde bronnen van Romeins Recht en Lex Burgundionum romano*, Amberes, 1958. Véase la nota 98 a continuación.

⁹⁶ *Idem*.

⁹⁷ *Lex Romana Burgundionum*, II, 2, 3, De Salis, MGH.

⁹⁸ Estas conclusiones surgirán de las siguientes disposiciones del *Leges Burgundionum*; *Const.*, VIII, 1, De Salis, MGH, p. 49; *Const.*, XXXVIII, 5, De Salis, MGH, p. 70; *Const.*, XXVIII, 1, De Salis, MGH, p. 65; *Const.*, XV, 1,

Los recientes intentos para negar la existencia de la personalidad o de anticipar el advenimiento de la territorialidad entre los borgoñones y visigodos, al cuestionar las opiniones aceptadas sobre los códigos bárbaros y romanos en estos reinos, deben considerarse como teorías desafiantes, pero aún no probadas.

Cualesquiera que fueran originalmente las relaciones de los francos con el Imperio romano, al comenzar su conquista de la

De Salis, MGH, p. 54; *Const.*, XIII, De Salis, MGH, p. 52; *Const.*, X, 1, De Salis, MGH, p. 50, y *Const.*, IX, De Sails, MGH, p. 50. En materia de derecho privado que involucraba a los romanos, se aplicaba el derecho romano. ¿El derecho romano también se aplicaba en cuestiones penales? Probablemente no. Los delitos o cuasidelitos pudieron muy bien haber sido resueltos por el derecho romano. En todos los casos entre borgoñones y romanos no parece haber duda de que el derecho romano dio paso a la ley de Borgoña. Véase también Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 383 y 384. Sin embargo, el derecho romano se convirtió en la ley territorial válida en los casos de tierras de los borgoñones *iure hospitalitatis*. Véase *Const.* LV del código de Borgoña y el comentario que hizo E. T. Gaupp, *Die germanische Ansiedlungen y Landtheilungen in den Provinzen des Römischen Westreiches*, Breslau, 1844, pp. 360 y ss. ¿Había jueces separados para romanos y borgoñones? 216 y 217 parece creerlo, al menos en Lyon. Para lo siguiente véase Musset, *Las invasiones*, p. 280. A García Gallo, “Nacionalidad y territorialidad del derecho”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIII, 1936-41, pp. 168-264, aboga por la territorialidad bajo Leovigildo (570-580). Alvaro d’Ours, Estudios visigóticos: II. *El Código de Eurico*, Madrid, 1960, considera el Código de Eurico (si lo hubo) como territorial y como un ejemplo de derecho vulgar romano posteriormente germanizado. Intentos similares, notablemente por Roels, *op. cit.*, *supra*, nota 95, para transformar el Papiano en una obra privada, y para enfatizar más fuertemente que hasta ahora el carácter territorial de la *Lex Burgundionum* es examinado por G. Chevrier, *Bibliothèque de l’École des Charles*, París, 1960, pp. 206-209. Las opiniones radicales de Simon Stein con respecto a *Lex Salica* fueron presentadas a los lectores norteamericanos en un artículo, “Lex Salica”, en *Speculum*, XXII, núms. 2, 3 (1947), pp. 113-134, 395-418. La conclusión de Stein de que el *Lex Salica* (como lo tenemos) es una falsificación del siglo IX no ha ganado seguidores. El trabajo de Stein y, por otra parte, el manejo crítico de los códigos visigodos y borgoñones antes mencionados, subrayan, según el autor, la necesidad de distinguir entre la tradición oral, que constituye realmente cada una de las leyes bárbaras, y las compilaciones escritas que llevan los nombres de estas costumbres nacionales. Estos últimos dependen de una tradición manuscrita más o menos falible, los primeros deben ser reconstruidos con la ayuda de cartas, fórmulas y otros documentos, así como con textos críticamente aceptables de las *leges barbarorum*.

Galia meridional bajo Clodoveo, lo hicieron como representantes del cristianismo católico y como enemigos de los reinos arrianos. Reconocían los derechos legales de sus súbditos romanos al menos en el sur, aunque nunca les emitieron un código separado, al igual que los gobernantes visigodos y borgoñones. En su tratamiento de las personas y de las órdenes de la sociedad, la ley sálica⁹⁹ muestra la influencia del ambiente romano y la aceptación del principio de la ley personal en su forma dualista.¹⁰⁰ La composición de los romanos se establece y la cantidad determinada como fracción de eso, de los francos.¹⁰¹ Varias de las disposiciones del código tratan de las clases sociales entre la población romana, así como de la franca.

Una de las disposiciones de la ley sálica sobre el estatus de las personas es la que habla de un “franco salio o un bárbaro que vive de la ley sálica”.¹⁰² Una serie de deducciones y construcciones contradictorias han aparecido apoyándose en esta parte del texto. ¿Significa este texto que se ha de incluir bajo la cabeza de aquellos que vivieron por la ley sálica a otros germanos que se asentaron en el dominio franco? La explicación dada por Sohm y Thonissen, de que la conjunción “o”, el latín *aut*, es una característica tautológica del estilo del derecho sálico y su continuación resuelve esa pregunta, pero difícilmente de una manera que satisfaga a todos los investigadores.¹⁰³ El texto de Haroldo se suma a

⁹⁹ Hessels, J. H., *Lex Salica. Los diez textos con las glosas y Lex Emendata*, Londres, 1880, col. XIV y ss.

¹⁰⁰ Buchner, *Rechtsquellen*, pp. 15-21. Para una declaración reciente, Savigny, *Röm. Recht in Mittelalter*, vol. I, p. 122.

¹⁰¹ *Lex Salica*, XIV, 1, 2, 3 (2a. ed., Weimar, Behrend, 1897, pp. 26 y 27); XXXIX, 2, 3 (Behrend, pp. 72 y 73); XLI, 1, 5, 6, 7 (Behrend, pp. 79-81); XLII, 3, 4 (Behrend, pp. 84-85). Thonissen, J. J., *L'Organisation judiciaire, le droit finale et la procédure penal de la loi salique*, 2a. ed., Bruselas y París, 1882, p. 91.

¹⁰² *Lex Salica* XLI, 1 (Behrend, p. 79), Hessels, *Lex Salica*, cod. I, col. 244: “Si quis ingenuo Franco aut barbarum qui legem Salicam vivit occident, cui fuerit adprobatum 8000 dinarios qui faciunt solidos 200, culpabilis iudicetur”.

¹⁰³ Sohm, R., *Die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung*, vol. I, *Die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung*, Weimar, 1871, pp. 570 y ss.; Thonissen, *op. cit.*, *supra*,

las complejidades del texto sálico.¹⁰⁴ Una lectura manuscrita de la misma disposición habla de “un franco, un bárbaro o alguien que vive bajo la ley sálica”.¹⁰⁵ En este pasaje, una *aut* adicional parece complicar la interpretación del texto. La inferencia extraída de este texto por Montesquieu, y otros, fue que los romanos podían tomar el derecho sálico si así lo deseaban y, que en consecuencia, no dos, sino varios grupos, gozaron del derecho de la ley personal.¹⁰⁶ La lectura del manuscrito, en este caso, debe ser considerada como una aberración. Pardessus atribuyó la conjunción extra en este texto al deslizamiento de la pluma de un copista.¹⁰⁷

Por consiguiente, es seguro afirmar que el derecho sálico reconoce sólo dos grupos, con el propósito de determinar el *wergeld* o la composición: los francos y los romanos.¹⁰⁸

Otra confirmación del sistema dual en el que los romanos gozaban de los derechos de la ley personal es la Constitución de Clotario II (584-629), que contiene disposiciones expresas para la solución de casos judiciales entre los romanos conforme al derecho romano.¹⁰⁹ “Inter romanos negotia causarum romanis

nota 101, pp. 134-138. El profesor Ganshof, en un comentario sobre este pasaje, no lo considera una tautología.

¹⁰⁴ Herold, *Originum ac Germanicarum Antiquitatum libri*, Basilea, 1557, proporciona un texto de *Lex Salica* que forma el tercer apéndice de Pardessus, *Loi salique*, y el décimo texto de Hessels. Los MS o MSS de los cuales trabajó Herold se pierden. Véase cols. XXI-XXII de la obra de Hessels.

¹⁰⁵ Texto en Pardessus, *Loi salique*, p. 249; Hessels, *Lex Salica*, col. 250; *Pactus Legis Salicae*, XLIV, *De Homicidiis Ingenuorum*, “Si quis ingenuus Franco, aut Barbarum, aut hominem qui Salica lege vivit, occiderit, Malb. leudi, VIII M Denarios qui faciunt solidos CC culpabilis iudicetur”.

¹⁰⁶ Montesquieu, *Spirit of the Laws*, XXVIII, cap. IV.

¹⁰⁷ Pardessus, *op. cit.*, *supra*, nota 105, p. 444.

¹⁰⁸ El profesor Ganshof comenta este pasaje: “La conclusión es correcta, pero esto no permite concluir que sólo los romanos gozaban de derechos de derecho personal. La *Lex Salica* no es un código completo. La Constitución de Clothar se ocupa de casos definitivos”.

¹⁰⁹ El praeceptio surge en el reinado de Clotario II en vez de Clotario I por Boecio, *Capitularia Regum Francorum*, MGH, vol. I, p. 18; Waitz, G., *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. II, 2a. ed., Kiel y Berlín, 1880 y ss., p. 683, y Loening, E.,

legibus praecepemus terminari” (nosotros decimos que el litigio entre los romanos debe ser resuelto por las leyes romanas).¹¹⁰

¿Qué tipo de situaciones jurídicas podrían ser resueltas así por el derecho romano? Tanto el edicto como la ley sálica no indican si los romanos gozaban de una jurisdicción criminal, además de una civil, entre ellos. Me inclino a estar de acuerdo con Pardessus en que la *negotia causarum* incluyó sólo los casos civiles y que las cuestiones penales, junto con todos los casos surgidos entre francos y romanos, fueron resueltos por la ley franca.¹¹¹ El robo de un franco, incluso por un romano, por ejemplo,

Geschichte des deutschen Kirchenrechts, vol. II, Strassburg, 1878, p. 269. La autoría de Clotario I es mantenida por Roth, P., *Geschichte des Benefizialwesens von den ältesten Zeiten bis ins zehnte Jahrhundert*, Erlangen, 1850, p. 224, y por Bloch, M., “Observations sur la conquête de la Gaule romaine pas les rois francs”, *Revue Historique*, CLIV (1927), 166 y ss.

¹¹⁰ Chlotharii II Praeceptio, Boretius, *Capitularia Regum Francorum*, MGH, vol. I, p. 19, c. 4. Antes de que se desestime el tema, también debe hacerse mención de la *Lex Salica*, XLVII, que en una rúbrica “De Filtortis Qui Lege Salica Vivunt”, Hessels, *Lex Salica*, Londres, 1880, cod. 4, col. 301, sugiere que algunas personas, presumiblemente romanas, no vivían de la ley sálica, van Wetter, *Droit roman et droit germanique dans la monarchie franque*, parte I, París, 1899, p. 10, nota.

¹¹¹ Pardessus, *Loi Salique*, p. 446, cita los títulos XV (*De homicidiis vel si quis uxorem alienam tulerit*) y XLII (*De homicidio in contubernio facto*) y XLIII (*De homicidio in contubernio... facto*) para probar la aplicación de la ley sálica a los romanos en materia de composición. *Lex Sal.*, XV (Pardessus, p.10, Hessels, col. 91): “Si quis hominem ingenuum occiderit aut uxorem alienam tulerit a vivo marito, mal leudardi, hoc est VIII M din., Qui faciunt Solidos CC culpabilis iudicetur”. *Lex Sal.*, XLII, 4 (Pardessus, p. 23, Hessels, col. 262): “De Romanis vero vel letis et pueris haec lex superius compraehensa ex medietate solvantur”.

¿Qué tal un delito cometido por un romano contra un romano? Pardessus, p. 447, cita a la EM. Wolfenbittel, título XVI, 3, que impone al acusado romano un procedimiento no romano, es decir, justificación por juramentadores o por prueba de agua hirviendo y, si es culpable, prescribe una composición de XXX solidi; *Lex Salica* (Wolf, MS), XVI, 3 (Pardessus, p. 167, Hessels, cod. 2, columna 92): “Si Romanus hoc Romanum admiserit et certa probacio non fuerit per XX se iuratores exsolbat medius tamen electus; se iuratoris invenire non potuerit tunc ad inium ambulet, hoc dicunt Malb. Leodecal, sunt dinarius MCC, faciunt solidos XXX culpabilis iudicetur”. *Lex Sal.* (Wolf, MS), XIV, 2 (Pardessus, p. 166, Hessels, cod. 2, columna 83): “Si vero romanum franco

fue castigado en la ley franca según la ley sálica.¹¹² Sin embargo, el franco que robó a un romano no pagó una suma tan grande como el romano que robó a un franco.¹¹³ Así, los romanos fueron sometidos, para ciertos fines, a la ley sálica.

El Edicto de Teodorico en Italia, publicado alrededor del año 500, se aplicó a godos y romanos.¹¹⁴ El Edicto ha dado lugar a muchas cuestiones relativas a su esfera de funcionamiento.¹¹⁵ Algunos autores han sido incapaces de creer que los godos renunciaron a sus costumbres nacionales para aceptar la ley romana. Otros han intentado interpretar el código de tal manera que sólo se aplica en

saligo expoliaverit, et certa non fuerit por XXV se iuratores exsolbat, medius tamen electus; Iuratores non potuerit inventire, Malb. Murdo, aut ad adium ambulat, aut MMD dinarius, que faciunt solidos LXII, culpabilis iudicetur". Véase Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 384 y nota 7. A la luz de esta evidencia es difícil estar de acuerdo con la opinión de que, en el siglo VI al menos, los romanos gozaban de una jurisdicción penal separada bajo los francos, o incluso que el derecho romano se aplicaba siempre en las relaciones entre francos y romanos, como Schröder ha tratado de argumentar, *Historische Zeitschrift*, XLII, pp. 194 y 195. Pardessus, pp. 447 y 448, también compara el título VII, 2, con el título XI, 9, de *Capita extravagantia*, para probar que fuera del campo del derecho civil propio los romanos estaban sujetos a la ley sálica; Gorra. Ex., VII, 2, De muliere vidua qui se ad alium maritum donare voluerit (Pardessus, p. 331): "De puellas militurias vel litas haec lex medietate servetur". Cuestión del derecho civil; por lo tanto, ninguna mención de romanos. Cap. Ex., XI, 9, De muliere cesa vel excapilata (Pardessus, p. 334): "Haec lex de militunias vel letas romanas in medietate convenit observare". Cuestión de la composición, es decir, del derecho penal; por lo tanto, mención de romanos.

¹¹² *Lex Sal.*, XLI (Behrend, p. 79; Hessels, col. 244): "Si quis ingenuo franco... occiderit. solidos CC culpabilis iudicetur".

¹¹³ *Lex Sal.*, XLI, 6 (Behrend, pp. 80 y 81; Hessels, col. 253): "Si vero Romano possessorem... qui eum occiderit... solidos C culpabilis iudicetur".

¹¹⁴ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 526 y ss. Para la fecha, p. 527. Sobre el *ius edicendi* del rey ostrogodo en contraposición con el poder legislativo del emperador véase Mommsen, T., *Ostgothische Studien (Ges. Schriften)*, VI, 457 y ss., 459, 476 y ss.).

¹¹⁵ Sobre el Edictum Theoderici, y las diversas teorías en cuanto a su aplicación, véase Pertile, *Storia del diritto italiano*, vol. I, 2a. ed., pp. 122 y 123; Savigny, *Röm. Recht im Mittelalter*, vol. I, 2a. ed., pp. 336 y ss.; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 525 y ss., y Calisse, *General Survey of Events, Sources, Persons and Movements in Continental Legal History*, pp. 10 y ss.

los litigios entre italianos y godos. Sin embargo, el texto del mismo código dice: “Quae barbari Romanique sequi debeant” (que los bárbaros y los romanos deben seguir).¹¹⁶ ¿Los godos seguían sujetos a sus propias costumbres en asuntos que el edicto no regulaba? El código toca todas las ramas del derecho: ¿cómo se puede suponer bajo este arreglo la autoridad contradictoria del derecho romano y de las costumbres góticas?¹¹⁷ La *Variae* de Casiodo, así como el propio código, proporcionan evidencia sobre esta cuestión.

El prólogo del *Edictum Theoderici*, después de hablar de las quejas, llevaron a los oídos del gobierno que los “preceptos de las leyes fueron pisoteadas”, y ordena “el rumbo que deben seguir los bárbaros y los romanos con respecto a los diversos artículos aquí expuestos”.¹¹⁸ Los “edictos” mencionados en este pasaje están diseñados para resolver las disputas que surgen entre los romanos y los bárbaros; la ley en tales casos es común a ambos pueblos. Pero otras leyes ya existentes, es decir, romana gótica, no están inferencialmente prohibidas mientras no invaliden las disposiciones del Edicto. El epílogo del *Edictum* apoya esta inferencia afirmando que en “aquellos casos que la brevedad del Edicto o nuestras necesidades públicas no nos han permitido comprender lo que antecede, deben ser terminados cuando se presenten, por el curso regular de las leyes”.¹¹⁹ Si alguna confirmación era necesaria por la naturaleza dualista de las disposiciones legales góticas encontradas en el código de Teodorico, se pueden encontrar en varias cartas de Casiodo.

En una de ellas, Casiodo afirma la existencia de una ley “común a los godos y romanos”; “Gothis Romanisque apud nos ius esse commune”.¹²⁰

¹¹⁶ *Edictum Theoderici, Prologus*, F. Bluhme, MGH, p. 152.

¹¹⁷ Valroger, L. de, “Les Barbares et leurs lois”, *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, XXIX, 1866, p. 440.

¹¹⁸ *Edictum Theoderici, Prologus*, Bluhme, MGH, p. 152.

¹¹⁹ Ed. Theod., 155 (*Epilogus*), MGH, p. 168.

¹²⁰ Cassiodorus, *Variae*, VIII, 3; Cassiodori Senatoris *Variae, Auctores Antiquissimi*, t. XII, Berlín, T. Mommsen, MGH, 1894, p. 234 (*Patrologia Latina*, LXIX, col. 736).

Otra carta de Casiodo que contenía la *fórmula* de inversión del recuento gótico prescribe que en las “contendas entre dos godos” se invocarán los edictos, pero que “si surge algún asunto entre un gótico y un romano nacido, puede, después de asociarse con un jurisconsulto romano, decidir la contienda por razón justa, ya que entre dos romanos la decisión es apoyarse con los examinadores romanos (*cognitores*)”.

La carta concluye con el deseo de que “cada [persona] pueda mantener sus propias leyes y con varios jueces, una justicia puede abarcar todo el reino, una justicia *complectatur universos*”.¹²¹ Todavía otra carta enviada en nombre del rey Atalarico al conde de Siracusa le advierte a este último en contra de citar a “causas entre dos romanos” ante su tribunal y contra su voluntad.¹²²

Las conclusiones siguientes sobre el sistema jurídico ostrogodo parecen surgir de un estudio de estos documentos: 1) sólo dos nacionalidades, la romana y la gótica, reciben reconocimiento legal; 2) el personal de la corte varía, dependiendo de si la demanda es entre dos godos, dos romanos o entre un godo y un romano. Presumiblemente se aplicarán principios jurídicos diferentes en los casos en que los evaluadores romanos, o *cognitores*, se asentaron; 3) el *Edictum Theodorici*, en sus 154 títulos, abarca todas las fases de la ley, pero una división de competencias entre las leyes gótica y romana sobre la base de distintas ramas del derecho (como de personas, contratos, etcétera) no es aparente, y 4) el *Edictum* vincula a los godos y romanos en todos los asuntos cubiertos por sus títulos. Esto no es incompatible con la existencia de leyes góticas y romanas separadas. El epílogo del *Edictum* lo atestigua.

En resumen, el derecho común de los godos y los romanos es el derecho romano incorporado en el Edicto de Teodorico y tal vez otros promulgados. Sin embargo, como en Inglaterra las costumbres locales existían al lado del *common law*,¹²³ es probable

¹²¹ Cassiodorus, *Variae*, VII, 3, MGH, p. 203 (Pat. Lat. LXIX, col. 709).

¹²² Cassiodorus, *Variae*, IX, 14, MGH, p. 279 (Pat. Lat. LXIX, col. 778).

¹²³ Pollock y Maitland, *The history of English law before the time of Edward* 184-187, 2a. ed. 1898.

que en algunas partes de Italia las ideas jurídicas góticas sobrevivieran a lo largo de la Edad Media.¹²⁴

La legislación lombarda proporciona escasa información en sus primeras etapas sobre la importante cuestión de las relaciones entre los lombardos y los romanos.¹²⁵ No hay ningún rasgo definido del principio de la personalidad de la ley en los primeros códigos lombardos, salvo una referencia a otras partes de las leyes de Rotario a los *Gargangi* (extraños), en la que se menciona un privilegio de una ley personal como una dispensa especial del rey.¹²⁶ El reconocimiento del derecho romano ha sido inferido, sin embargo, del extracto siguiente, que menciona “una mujer libre que vive de acuerdo con la ley de los lombardos-*nulli mulieri sub regni nostri ditionem Legis Langobardorum viventem*”.¹²⁷

Las leyes de Liutprando nos introducen, primero, en el principio de la personalidad de la ley. En la redacción de escrituras, una disposición reconoce específicamente la autoridad del derecho romano, aparte de la de la ley lombarda, pero no proporciona ninguna indicación de cómo fue aplicada por los tribunales o si se limitó al derecho privado. Las palabras reales de Liutprando sobre este punto son interesantes:

¹²⁴ ¿Existe alguna evidencia de la supervivencia de la ley ostrogoda? Una escritura redactada en Brescia, en 769, por un gótico llamado Stavila, ha dado lugar a cierta controversia. En este documento (*Códice Diplomático Langobardiae en Historiae Patriae Monumenta*, XIII, Turín, 1873, núm. 38, columna 72) Stavila, que dispone de la tierra y la propiedad, declara ser *vivens legem gothorum*. Brunner resume el caso de que Stavila sea un gótico oriental, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 396, nota 65. Ficker, J., *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, Innsbruck, 1891-1904, vol. IV, pp. 330 y ss., ha demostrado la continuidad de la ley gótica oriental en Istria y Friuli, especialmente en asuntos relacionados con el derecho de familia.

¹²⁵ Fertile, *Storia del diritto italiano*, vol. I, 2a. ed., pp. 55 y ss.

¹²⁶ Edictus Rothari, 367, MGH in 80, pp. 68 y 69 (MGH 4, p. 85). Sobre las leyes lombardas véase Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 529 y ss.

¹²⁷ Edictus Rothari, 204, MGH, 8o., p. 43. Véase también Ed. Roth, 194, MGH, 8o., p. 40: “Si quis cum ancilla gentili fornicatus fuerit, componat domino eius solidos XX” (Neither passage appears to me to be decisive on the question).

Hemos ordenado que los que redactan escrituras, según la ley de los lombardos (ya que es más abierta y conocida por casi todos los hombres), o según la ley de los romanos, no las prepararán de otra manera que según el contenido de esas mismas leyes. Que no escriban contrariamente a la ley de los lombardos o de los romanos. Si no conocen las disposiciones de esas leyes, que pregunten a otros que así lo hacen, y si no pueden conocer las leyes, no escriban las obras.¹²⁸

Según otra ley de Liutprando, una mujer lombarda que se casó con un romano perdió su nacionalidad lombarda y se convirtió en romana. Los hijos de tal matrimonio fueron romanos.¹²⁹

En el siglo VIII, en Italia, hay evidencia adicional de un carácter negativo de la práctica del sistema dual en una petición o *placitum* de la corona, en la cual, aunque el caso fue oído según la ley lombarda, algunos de los jueces eran alamanes.¹³⁰

Bajo los lombardos, así como bajo los otros pueblos germanos, los romanos solamente disfrutaban de los derechos de la ley personal. Sin embargo, y a diferencia de la situación en otros reinos, los lombardos limitaron la aplicación del derecho romano desde el principio, incluso en el campo del derecho privado. Además, en Italia, y también en otras partes, el derecho romano no era válido para los romanos como un código penal. Por consiguiente, más que otros sistemas, el derecho lombardo era “territorial”.¹³¹

¹²⁸ *Liutprandi Leges*, 91 (VIII) año 727, *Leges Langobardorum*, ed. F. Bluhme, MGH, 8o., p. 120 (MGH, 4, p. 144): “nam contra legem Langobardorum aut Romanorum non scribant”.

¹²⁹ *Liut. Leg.*, 127, MGH, 8o., p. 134 (MGH, 4, p. 160). *Cf.* *Liut. Leg.*, 153, año 735.

¹³⁰ Savigny, *Röm. Recht im Mittelalter*, vol. I, pp. 123 y 124, citando a Fumagalli, *Codex Diplomaticus*, p. 18.

¹³¹ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 384; Neumeyer, Karl, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen privat und Strafrechts bis Bartolus*, vol. I, *Die Geltung der Stammesrechte in Italien*, Múnich, 1901, pp. 22 y ss., 80 y ss.

Los actos de venta en el norte de África bajo la dominación vandálica muestran poco efecto de la ocupación bárbara y revelan la continuidad de las prácticas legales locales y romanas.¹³²

Los anglosajones que efectuaron la conquista de Inglaterra en el siglo V no parecen haber desarrollado un principio de personalidad de ley ni siquiera en una limitada escala practicada en los otros reinos.¹³³

IV. DESARROLLO DE LAS LEYES PERSONALES EN EL RÉGIMEN FRANCO

Por razones que sólo pueden ser conjeturadas, estos arreglos bárbaros más primitivos para regular las relaciones jurídicas entre miembros de los grupos nacionales tuvieron un alcance significativo en el reino franco. Las instrucciones dadas a los funcionarios francos en una jornada larga después de la *Lex Salica* e incluidas en una de las *formulae* del periodo enumeran entre sus deberes: “et omnis populus ibidem commanentes, tam Franci, Romani, Burgundiones, quam reliquas nationes sub tuo regimine et gubernatione degant et moderentur, et eos recto tramite secundum legem et consuetudinem eorum regas” (y toda la población allí residente, francos, romanos, borgoñones, así como otras naciones, deben vivir y conducirse bien bajo sus reglas y gobierno, y puede dirigirlos en el camino correcto de acuerdo a su ley y costumbre).¹³⁴

La fecha de composición del formulario de Marculfo ha sido discutida. En general, parece ser un producto del siglo VII,¹³⁵

¹³² Albertini, E., “Actes de vente du Vo siècle trouvées dans la région de Tèbessa,” *Journal des Savants*, 1930, pp. 23-30.

¹³³ Maitland, F. W., English Law, 8, *Encyclopedia Britannica* 564 (14a. ed.); Materials for the History of English Law, 2, *Select essays in anglo-american legal history*, 67 (1908).

¹³⁴ Marculfo, I, 8, *Formulae*, K. Zeumer, MGH, p. 48.

¹³⁵ Tardif, A., *Histoire des sources de droit français, origines romaines*, París, 1890, p. 172, y “Étude sur la date du formulaire de Marculfo”, *Nouvelle revue historique de droit français et historique*, vol. XIII, 1884, pp. 557 y ss., la coloca entre 650 y

aunque algunas de las *formulae* se agregaron en el siglo VIII. Entre la Constitución de Clotario, a finales del siglo VI, y la declaración en Marculfo, un siglo después, se había producido una importante expansión del principio de la personalidad del derecho. En la Constitución de Clotario todavía observamos el sistema dualista basado en el reconocimiento de la ley romana y franca; en Marculfo el privilegio se ha extendido a los borgoñones y a “otras naciones que viven bajo el régimen franco”. Sin embargo, ningún documento nos enseña en el periodo intermedio el método exacto o el momento en que tuvo lugar esta transición.

El derecho ripuario señala un notable avance en el crecimiento del sistema de derecho personal, decretando “que si un franco, un borgoñón, un alamán, o un miembro de cualquier nación establecida en el país ocupado por los ripuarios, fuera citado a juicio, que sea juzgado de acuerdo con la ley del país en que nació”, y que “si es condenado, sufrirá la pena que se indica en la ley de su país y no lo prescrito por la ley de los ripuarios”. “Hoc autem constituemus, ut infra pago Ribuario tam Franci, Burgundionis, Alamanni, sue de quacumque natione commoratus fuerit, in iudicio interpellatus, sicut lex loci continet, ubi natus fuit, sic respondeat”.¹³⁶ “Quod si damnatus fuerit, secundum legem propriam, non secundum Ribuariam, damnum susteneat”.¹³⁷

656; K. Zeumer, *Formulae*, MGH, pp. 32-36, la sitúa al final del séptimo o principios del octavo siglo. El formulario fue revisado en el siglo VIII. Véase también Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 579 y 580. Levillain pone la fecha en torno a 650 y favorece a la región de París como lugar de origen, Lyon Levillain, “Le formulaire de Marculfo et la critique modern”, *Bibliothèque de l'École des Charles*, LXXXIV, 1923, pp. 21-91.

¹³⁶ *Lex Ribuarica*, XXXI, 3, Sohm, MGH, p. 224. (*Lex Ribuarica*, Legum Sectio I, Legum Nationum Germanicarum, Tomi III, Pars II, Hanover, Franz Beyerle, Rudolf Buchner, 1954, p. 87, núm. 35, 3).

¹³⁷ *Lex Rib.*, XXXI, 4, MGH, p. 224. (35, 4, p. 87 of Buchner-Beyerle ed.). Otros pasajes de la misma ley que regula las relaciones de personas de diferentes nacionalidades son: *Lex Rib.*, XXXVI, 1, MGH, p. 229: “Si quis Ribuaricus advenam Francum interfecerit, 200 solidos culpabilis iudicetur”; *Lex Rib.*, XXXVI, 2, MGH, p. 229: “Si quis Ribuaricus advenam, Burgundionem interfecerit, bis 80 solidis multetur”; *Lex Rib.*, XXXVI, 3, MGH, p. 229:

El derecho ripuario afirma así que la ley aplicada a un individuo no es la del juez o región en que se cometió el delito, sino la del lugar de origen o de raza del acusado.¹³⁸

Por qué el derecho ripuario debe ser el primero de los códigos bárbaros para contener la confirmación expresa del principio de la personalidad de la ley, es una pregunta difícil de responder. Si se aduce que el derecho ripuario en este caso representa más completamente a la antigua tradición germánica conservada en la orilla derecha del Rin, puede preguntarse por qué los códigos anteriores, como la ley sálica y los fragmentos del Código de Eurico, no contienen un reconocimiento similar del régimen de derecho personal. Si se afirma, por otra parte, que estas disposiciones del derecho ripuario pertenecen a las tradiciones de la tribu independiente ripuaria, la respuesta es que la codificación de la

“Si quis ribuarius advenam romanum interfecerit, bis quinquagenus solidus multetur”; *Lex Rib.*, XXXVI, 4, MGH, p. 229: “Si quis Ribuarius advenam Alamannum seu Fresionem vel Bogio, Saxonem interempserit, bis octuagenus solidus culpabilis iudicetur”. Las referencias mencionadas arriba son números de la edición de Sohm.

¹³⁸ ¿Son los términos “pago... loci... provincia” consistentes con “raza” o “nacionalidad”? Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches*, p. 379 y la nota 1, ha planteado algunas preguntas interesantes sobre el significado de los términos utilizados en los códigos de Salia y Ripuaria: Francus, Ribuarius, Romanus. Según Fustel estos términos denotan regiones y clases sociales, así como razas. El término “advenam Romanum” (*Lex Rib.*, XXXVI, 3, MGH, p. 222), por ejemplo, se refiere a un residente de Aquitania. Razón: Aquitania es la única región omitida de la lista. Esto se basa en el supuesto de que “Ribuarius... Francus... Burgondio... Alamannus Romanus... Fresionem... Bogium... Saxonem” se refieren a regiones. La dificultad no surge si asumimos que estos términos designan razas o nacionalidades. Las diferentes composiciones de *Lex Rib.*, XXXVI, para miembros de diferentes grupos, le dan a Fustel de Coulanges cierto problema y trata de explicarlos asumiendo que corresponden con las tablas de composición en sus leyes nacionales respectivas. No existe tal correspondencia entre la tabla en la *Lex Rib.* y la escala en el código de Borgoña, como él admite. Sin embargo, Fustel de Coulanges ha dirigido una útil atención a la dificultad de distinguir “raza” de “región” en estos documentos. Las palabras franco, ripuario, etcétera, se usan probablemente en ambos sentidos. Es innecesario decir que esto no afecta a la cuestión de la existencia del principio de derecho personal, que es compatible con la existencia de “razas” o “regiones”.

ley probablemente se llevó a cabo cuando el Estado ripuario, si alguna vez existió uno, se fusionó con el estado salio y que muchas disposiciones en el código se deben realmente a la iniciativa de los gobernantes salios.¹³⁹

Ciertamente, el capitular aquitano de 768 que restauró el sistema de derecho personal en esta región romanizada es inconfundible en la definición donde se afirma el principio de derecho personal.¹⁴⁰ La Constitución romana del emperador Lotario, pu-

¹³⁹ Mitteis, Heinrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Múnich y Berlín, 1958, p. 61: “Dieta Lex Ribuaría (Pactus legis Ribuaríae) ist weniger ein Stammesrecht der Ribwaren als ein Landesgesetz für Austrasien”. Los títulos 1-31 (1-35 en nueva edición) probablemente datan de aproximadamente 630-650. Para la literatura sobre el texto y sobre el problema de la gente de Ripuaría véase Buchner, R., *Deutschlands Geschichtsquellen in Mittelalter, Vorzeit und Karolinger*, Beiheft: Die Rechtsquellen (Wattenbach-Levison), Weimar, 1953. Para literatura antigua véase Sohm, *Introduction to the Lex Ribuaría*, MGH; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 442 y ss. Un análisis valioso de las diferencias entre las leyes sálicas y ripuaría es dado por Mayer-Homberg, E., *Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter*, vol. I, *Die fränkischen und das Reichsrecht*, Weimar, 1912, pp. 55, 100, 374 y *passim*. Cf., Musset, *Les Invasions*, 297.

¹⁴⁰ Pippini Capitulare Aquitanicum, c. 10, Capitularia Regum Francorum, vol. I, Hanover, A. Boretius, MGH, Leges, Sectio II, 1883, p. 43: “Ut omnes homines eorum legis habeant, tam Romani quam et Salici, et si de alia provincia advenerit, secundum legem ipsius patriae vivat”, Longnon, A., *Atlas historique de la France, texte explicatif des planches*, París, 1912, pp. 40 y ss. Traza la expansión geográfica. Richter, Gustav, *Annalen des fränkischen Reichs im Zeitalter Der Merovinger* (parte una de *Annalen Der Deutschen Geschichte im Mittelalter*) Halle, 1873, pp. 38 ss., y Richter, Gustav y Kohl, Horst, *Annalen des fränkischen Reichs im Zeital der der Karolinger* (II Abteilung, erste halite de *Annalen der deutschen Geschichte im Mittelalter*), Halle, 1885, pp. 1, y ss. rastrean los eventos. Los textos que tratan del sistema de derecho personal se dan en orden cronológico por Van Wetter, *Droit romain et droit germanique*, parte I, pp. 9-20. Los que no se discuten en este capítulo serán, en la medida en que sean relevantes, citados en los capítulos que siguen. Las referencias principales son (las fechas que se proporcionan son las de Boecio-Krause, que son examinadas críticamente por F. Ganshof, *Recherches sur les capitulaires*, París, 1958, pp. 109 y ss.): *Capitulaire Missorum*, 786, 792, vel 793, 25, cap., vol. I, MGH, p. 67; *Capitulaire Aquisgranense*, 813, vol. I, MGH, p. 170; *Constitutio de Hispanis in Francorum Regnum Prof ugis Prima*, 815, c. 2, vol. I, MGH, p. 262; *Ordinatio Imperii*, 817, c. 9, vol. I, MGH, p. 272; *Capitula Legibus Addenda*, 818, 819, c. 6, vol. I, MGH, p. 282; *Caroli Calvi Praeceptio Confirmatio-*

blicada en 824, en un sentido real marca un punto culminante en el desarrollo del sistema:¹⁴¹ extendió a los residentes de Roma el privilegio de optar por la ley personal. En lo que fue el centro legal y administrativo del Imperio, la personalidad reemplazó la uniformidad de la ley. La Constitución no estableció, como lo hubieran dicho posteriores comentaristas, una elección de territorialidad en Roma.¹⁴²

La etapa siguiente en el desarrollo es larga y oscura, y está marcada por la transición hacia la territorialidad. Esta transición es clara si se revela ampliamente en uno de los capitulares más largos. Éste es el *Edictum Pistense* del 864, que distingue entre los territorios en los que son válidas ciertas disposiciones penales prescritas por el capitular y aquellas regiones en las que el derecho romano es válido. “Porque ni nosotros ni nuestros predecesores hemos gobernado nunca en supererogación o en derogación de esa ley”.¹⁴³ Aquí vemos una ley que todavía es personal pero que está en camino de llegar a ser territorial. Estas palabras también registran la primera formación de la distinción entre el país de la ley escrita en el sur y el país del derecho consuetudinario en el norte. La distinción es una cuestión de hecho en el siglo XI, cuando un documento, probablemente de origen francés del sur, las *Excepciones Petri*, discute sus incidentes.¹⁴⁴

nis, 844, c. 3, *Capitularia Regum Francorum*, vol. II, *Leges, Sectio II*, Hanover, A. Boretius y V. Krause, MGH, 1897, p. 260. Otros capitulares de Carlomagno y de Luis el Piadoso que tratan con españoles, pero sin mención específica del principio de derecho personal, son: *Praeceptum Pro Hispanis*, 812, cap., I, MGH, p. 169; *Constitutio Hludowici De Hispanis Secunda*, 816, cap. I, MGH, pp. 263 y 264; *Sacramenta Carisiaci Praestita*, 858, vol. II, MGH, p. 296.

¹⁴¹ Savigny, Röm, *Recht im Mittelalter*, vol. I, pp. 158 y ss.; *Constitutio Romna*, 824, c. 5, vol. I, MGH, p. 323: “Volumus ut cunctus populus Romanus interrogetur, qua lege vult vivere, ut tali qua se professi fuerint vivere velle vivant, illisque denuntietur, quod hoc unusquisque sciat, tam duces quam et iudices vel reliquus populus, quod si in offensione sua contra tandem legem fecerint, eidem legi quam profitentur per dispositionem pontificis ac nostram subiacebunt”.

¹⁴² Meijers, “Principes Fondamentaux”, *Recueil des Cours*, p. 559.

¹⁴³ *Capitularia*, MGH, Boretius and Krause, vol. II, c. 20, p. 319.

¹⁴⁴ Chénon, *Histoire du droit français*, I, p. 549.

Con la expansión del estado franco vino el reconocimiento de nuevos sistemas legales. Los documentos varían en su enumeración, pero en un gran número de casos aparecen las mismas nacionalidades. La lista más completa que he encontrado está contenida en un capitular de Carlomagno, citado por Benedicto Levita,¹⁴⁵ en el cual Carlomagno enumera a “romanos, así como francos, alamanes, bávaros, sajones, turingianos, frisonos, galos, borgoñones, bretones, lombardos, gascones, benévolos, godos y españoles...”.¹⁴⁶

La condición de la ley visigoda es de interés a este respecto. Aunque hay abundante evidencia de su inclusión entre los sistemas jurídicos establecidos después de la conquista de Septimania, en 759, no hay registro de su reconocimiento en el dominio de Aquitania, tomado de los visigodos como un resultado de las primeras conquistas de Clodoveo.¹⁴⁷ Es posible que la ley gótica no fuera reconocida después de la primera conquista debido al pequeño número de individuos afectados por ella en la región

¹⁴⁵ Sobre Benedicto Levita y los falsos capitulares véase Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 553 y ss. Aunque gran parte del material incluido en el Capitolio es de dudosa autoridad, no hay duda de que algunos de los contenidos son auténticos. Buchner, *Rechtsquellen*, pp. 44 y ss.

¹⁴⁶ *Capitularium, Liber Sextus, CCCLXVI* (MGH, Pertz): “Volumus atque praecipimus ut omnes ditioni nostrae, Deo auxiliante, subiecti, tam Romani, quam Franci, Alamanni, Baiuvarii, Saxones, Turingii, Fresones, Galli, Burgundiones, Britones, Longobardi, Vuascones, Beneventani, Gothi, et Hispani, caeterique nobis subiecti omnes...”. ¿Quiénes son los galos en esta lista? Algunos de estos nombres son, obviamente, geográficos. En esta enumeración deben aparecer los Aquitanianos. Véase el *Divisio Regnorum*, 806, Capitularia Regum Francorum, vol. I, *Leges, Sectio II*, Hanover, A. Boretius, MGH, 1883, p. 127, y la nota *infra*.

¹⁴⁷ Klimrath, Henri, *Travaux sur l'histoire du droit français*, París, 1843, vol. I, p. 348, nota 1. Además de los capitulares a favor de los españoles fugitivos (cap. I, MGH, vol. I, p. 226, vol. II, 263 y 264) véase *Chronicon Moissiacense*, Anno 759 (GH Pertz, MGH, Scriptores, vol. I, p. 294, M. Bouquet, *Recueil des historiens des Gaules et de la France*, París, L. Delisle, 1869, vol. V, p. 69): “Franci Narbonum obsident, datoque sacramento Gothi qui ibi erant, ut si civitatem partibus traderent Pipini regis Francorum, permitterunt eos legem suam habere... ipsi... civitatem partibus Francorum tradunt”.

al norte de Septimania, pero la evidencia es demasiado escasa para justificar cualquier conclusión.

En la España visigoda el régimen de la ley personal llegó a su fin en el momento mismo en que se estaba construyendo el sistema franco. Recesvinto (c 654) prohibió el uso de leyes que no fuesen el código oficial visigodo.¹⁴⁸ Los matrimonios entre romanos y visigodos ahora eran permitidos y el viejo interdicto de la ley romana contra tales matrimonios fue “abrogado”.¹⁴⁹

La conquista del reino lombardo añadió otra a las numerosas leyes del imperio franco. Los lombardos en Italia se vieron obligados a reconocer la plena vigencia de las leyes nacionales declaradas en el imperio franco. ¿Fue el mismo privilegio concedido al derecho lombardo en el reino franco propiamente dicho? No he sido capaz, con una posible excepción, de encontrar ninguna declaración de la ley lombarda en el imperio franco transalpino.¹⁵⁰

¹⁴⁸ *Lex Visigothorum Recessvindiana*, II, I, VIII; *Leges Visigothorum Antiquiores*, Hannover and Leipzig, K. Zeumer, MGH in 8o., 1894, p. 44; *De remotis alienarum gentium legibus*; *Lex Visigothorum Recessvindiana*, II, I, IX. MGH in 8o., p. 44. El cambio puede regresar a Leovigildo (568-586) y, según algunos autores recientes, incluso antes. Véase la nota 98, *supra*.

¹⁴⁹ *Lex Visigothorum Recessvindiana*, III, I, I, Antigua, MGH in 8o., pp. 86 y 87, *Ut tam Coto Romanam, quam Romano Gotam matrimonio liceat sociari*.

¹⁵⁰ Savigny, Röm, *Recht im Mittelalter*, vol. I, p. 120, acepta la aplicación de la ley lombarda al norte de los Alpes. Esta opinión es defendida por Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 384 y nota 10, contra Waltz, G., *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 3a. ed., vol. III, p. 347. Brunner cita, en defensa de su opinión, un documento de 1058 contenido en Johann F. Kleimayrn, *Nachrichten vom Zustände der Gegenden y Stadt Juvavia, Salzburg, 1784*, p. 287, en la que Fridaricus da a los cánones de la iglesia de San Pedro y Ruodbert una “villa sancti Oudalrici... reliquit earum rerum vestituram cartamque ipse Fridaricus ipsis canonicis præsens presentibus dedit scriptam et confirmatam secundum legem Langobardorum et Baioariorum”. Éste es el único ejemplo de la aplicación de la ley lombarda al norte de los Alpes que se ha encontrado, y difícilmente puede considerarse conclusiva para la cuestión en su conjunto. Carlomagno se tituló *Rex Francorum et Langobardorum, no Rex Saxonum o Rex Hispanorum*, como Fustel de Coulanges, *Les Transformations de la royauté pendant l'époque carolingienne*, 2a. ed. de C. Jullian, París, 1907, p. 413, nota 1, señala. El término *Francia* es empleado por el historiador Nithard para incluir todas las tierras fuera de

Este es un argumento *ex silentio*, pero cuadra con el hecho de que el reino lombardo era considerado una entidad separada y no sujeto al control administrativo directo del imperio, de la misma forma que otras conquistas de los francos.¹⁵¹ El gobernante del reino lombardo, el portador de la corona de hierro, era el rey franco. Sin embargo, la aplicación de la ley lombarda fuera de Italia pudo haber ocurrido ocasionalmente.

Todo esto revela lo que ya hemos sugerido como la clave para la comprensión del sistema de ley personal en el imperio; a saber, que la práctica de una ley personal dependía de la pertenencia a una de las naciones reconocidas del imperio.

Uno de los acontecimientos más importantes relacionados con la personalidad del derecho fue la “codificación” de las leyes nacionales emprendidas en los reinos francos. Los visigodos y los borgoñones ya habían reducido su ley a la escritura cuando los monarcas francos emprendieron una tarea similar para sus propios súbditos. El documento principal que se ocupa de este trabajo realizado en el periodo merovingio es un prólogo que se encuentra en los manuscritos de varias leyes.¹⁵² El prólogo relata que Teodorico dio lugar a la compilación de las leyes de los francos, de los alamanes y de los bávaros, y que Childeberto, Clotario y finalmente Dagoberto introdujeron modificaciones en estas leyes. Cada pueblo, según el prólogo, recibió de este gobernante leyes que todavía los guían. Otras revisiones y publicaciones ocurrieron en el periodo carolingio. No obstante, el carácter exacto de este trabajo es una cuestión de duda. Según Einhard, Carlomagno nunca logró más que una incompleta revisión de las leyes nacionales por medio de capitulares.¹⁵³ El

Italia (Fustel de Coulanges, *ibidem*, nota 2). Por estas razones no puedo seguir la opinión de Brunner sobre esta cuestión.

¹⁵¹ Klimrath, *op. cit.*, *supra*, nota 147, p. 349.

¹⁵² *Lex Baiwariorum*, Heymann, MGH, pp. 201-203.

¹⁵³ Eginharti Vita Caroli Magni, c. 29, Holder-Egger, MGH. El pasaje “nam Franci duas habent leges” etcétera, no se refiere al derecho romano, sino a las leyes sálicas y ripuarias. Savigny, Röm, *Recht im Mittelalter*, vol. I, p. 129. Einhard

Chronicon Moissiacense y los títulos de algunas de estas leyes nacionales que se describen como *leges emendatae* (leyes corregidas o enmendadas), dan lugar a varias preguntas sobre la exactitud de Einhard.¹⁵⁴ Sin embargo, no hay ninguna contradicción entre estas fuentes si asumimos que todo lo que Carlomagno intentó fue una revisión de la forma de algunas de las leyes más importantes en lugar de un cambio fundamental en su contenido.¹⁵⁵

En cualquier caso, cada ampliación del imperio franco fue acompañada por la confirmación de la ley de los conquistados, como en los casos de Aquitania y de Lombardía,¹⁵⁶ por su enmienda como en los *capitula legi* (y *legibus*) *addenda* (capitulares a incorporar en la ley o las leyes nacionales), o por la publicación de un nuevo código, como en los casos de los francos *chamavis*,¹⁵⁷

exagera las diferencias entre las leyes sálica y ripuaria. Véase especialmente Ganshof, *Recherches*, pp. 96 y ss.

¹⁵⁴ *Chronicon Moissiacense*, anno 802, G. H. Pertz, MGH, *Scriptores*, vol. I, p. 307. Para la denominación *lex emendata*, Buchner, *Rechtsquellen*, 16, 17, 21, 24 y ss.

¹⁵⁵ Trece capitulares carolingios parecen ser adicionales a las leyes únicas (*legi addita*): *Lex Salica* (*Lexus*), *Lex Ribuarua* (803: núm. 41), *Lex Saxonum* (775-790, 797: caps. 26 y 27), *Lex Baiuvariorum* (801-813: cap. 68), Italia (seis: cap. 90-98, 201, 214, 219, 215). Además de estos trece, cinco capitulares están vinculados a varias leyes nacionales (*legibus addita*): cap. num. 39, 45, 136, 193. Los gobernantes merovingios eran responsables de seis capitulares agregados a las leyes individuales. Estoy en deuda con la cuidadosa clasificación de los capitulares de Jean PetrauGay, “La «Laghsaga» salienne”, *Rev. histor. De droit français et étranger*, 14, 1935, pp. 278, 297-300. Cf. Ganshof, *Recherches*, pp. 76 y ss.

¹⁵⁶ Aquitaine: *Capitulare Aquitanicum*, c. 10, MGH, vol. I, p. 43; Italy: *Karoli Magni Notitia Italica*, cap., I, MGH, p. 188, c. 4: “Juxta legem ipsorum exinde procedat iudicium. Tantum sic faciant, sicut eorum lex fuit”. Pippini Italiae regis capitulare, 782-786, MGH, vol. I, p. 192, c. 7; p. 196, c. 8; Pippini capitulare, circa 790, núm. 95, vol. I, p. 201, c. 4; *Capitulare Italicum*, 801, MGH, núm. 98, p. 205, cc. 2, 6; p. 206, c. 8; *Memoria Olonnae comitibus data, 822-823*, MGH, vol. I, núm. 158, p. 319, cc. 13, 14, 16.

¹⁵⁷ Froidevaux, H., *Etude sur la Lex Dicta Francorum Chamavorum et sur les Francs du pays d'Amor*, París, 1891. En contra de la opinión de que el Ewa Chamavorum es un código de buena fe, véase Fustel de Coulanges, N. D., “Quelques remarques sur la loi dite des Francs Chamavas”, pp. 398-414, de *Nouvelles*

los sajones,¹⁵⁸ los turingianos¹⁵⁹ y los frisonos.¹⁶⁰ Toda esta actividad legislativa, si se puede llamar así, es parte integral del sistema de la ley personal. Sin ella el conocimiento de las leyes nacionales a menudo estaría en peligro.

La esfera geográfica de aplicación de los capitulares, como se ha indicado anteriormente, estaba circunscrita. En tierras francas propiamente dichas, se aplicaron los capitulares regulares. En el reino lombardo y en Roma se dictaron otras ordenanzas dirigidas específicamente a las necesidades de estas regiones.¹⁶¹ En otras divisiones la distinción no es tan clara. ¿Cuál era la posición de Borgoña en tiempos diferentes?¹⁶² ¿Cuál era la posición de Aquitania? ¿Qué parte de su organización nacional se conservaba bajo los francos?¹⁶³ ¿Cuál era el estado de Provenza,¹⁶⁴ de Septimania?¹⁶⁵ En todas estas regiones los capitulares generales circulaban a pesar de cualquier autonomía que se les concediera.¹⁶⁶

recherches. Véase Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, sec. 46, y Buchner, *Rechtsquellen*, 42.

¹⁵⁸ *Leges Saxonum*, Hanover, K. von Richtofen, MGH, *Leges*, V; también Cl. von Schwerin, 8o. series, MGH, 1918. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 465 ss.; Buchner, *op. cit.*, *supra*, nota 157, pp. 39 y ss.

¹⁵⁹ *Lex Anglorum et Werinorum (Thuringorum)*, Hanover, K. von Richtofen, MGH, *Leges*, V; también von Schwerin, 8o. series, MGH, 1918; Brunner, *op. cit.*, *supra*, nota 157, vol. I, pp. 469 y ss.; Buchner, *op. cit.*, *supra*, nota 157, pp. 41 y ss.

¹⁶⁰ *Lex Frisionum*, Karl von Richtofen, MGH, *Leges*, III. Brunner, *op. cit.*, vol. I, pp. 475 y ss.; Buchner, *op. cit.*, *supra*, nota 157, pp. 42 y ss., 58.

¹⁶¹ Sobre las tres esferas de aplicación véase Savigny, *Röm. Recht. im Mittelalter*, vol. I, pp. 172 y 173.

¹⁶² *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 382 y ss.

¹⁶³ Flach, Jacques, *Les Origines de l'ancienne France*, París, 1917, vol. IV (Les Nationalités regionales), pp. 465 y ss., subraya el mantenimiento de las tradiciones nacionales en Aquitania.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 317 y 383. Para la geografía histórica de la Provenza véase Longnon, *op. cit.*, *supra*, nota 162, p. 46, Planches III, IV, V of Atlas.

¹⁶⁵ Para Septimania véase Longnon, *op. cit.*, *supra*, nota 162, a 46 y 47, y en general Flach, *op. cit.*, *supra*, nota 163 a 462.

¹⁶⁶ El Divisio Regnorum de 806, c. 1, 2, 3 (vol. I, MGH, p.127) enumera los estados a dividir: Baviera, Alamania, Turingia, Sajonia, Frisia, Aquitania,

Una característica importante del sistema de derecho personal descansó en el uso de profesiones (profesiones de derecho) que se extendieron en el periodo carolingio, especialmente en el siglo IX.¹⁶⁷ Las primeras *professiones* en Italia pueden remontarse al siglo VIII. Savigny puso la profesión más temprana en el año 807,¹⁶⁸ Brunner en 767.¹⁶⁹ La última es colocada por Lupi en el año 1388.¹⁷⁰ Las *professiones* son mucho más abundantes en Italia que en Francia, pues en el norte de Italia parecía haber una mayor mezcla de nacionalidades. Muchos documentos, es cierto, carecen de *professiones*. Esto puede deberse al hecho de que ambas partes pertenecen a la misma nacionalidad. Otra posible explicación radica en el uso frecuente de formas y documentos basados en el derecho romano y común a los bárbaros y romanos.¹⁷¹

Gascuña, parte de Borgoña, Provenza, Septimania o Gothia y Francia. Esta es una enumeración oficial, pero no nos dice nada sobre el estatus legal o político de estas regiones. *Los Annales Bertiniani* para el año 858 (Bouquet y Delisle, *Recueil des historiens des Gaules*) distinguen Aquitania, Neustria y Borgoña. “Francia, Borgoña, Aquitania y Germania” también se distinguen en el Astrónomo, c. 49 (Bouquet y Delisle, *Recueil des historiens*). Véase Fustel de Coulanges, *Les Transformations de la royauté*, pp. 414, 415 y notas.

¹⁶⁷ Para una extensa literatura sobre las profesiones véase Stouff, L., “Étude sur le principe de la personnalité des lois”, *Rev. Bourg.*, IV, 1894, p. 7, nota 1, y Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 398 y notas 71 y 73. Para las primeras profesiones en Francia e Italia véase *Historiae Patriae Monumenta*, vol. XIII, 8 (año 737), 14 (año 754). Para Luxemburgo y el Tirol, Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 104. Para Alemania, Blondel, G., *Étude sur la politique de l'empereur, Frederic II en Allemagne*, París, 1892, p. 48. En general, véase Gaupp, *Germanische Ansiedlungen*, pp. 257 y ss.

¹⁶⁸ Savigny, *Röm, Recht im Mittelalter*, vol. I, p. 150, citando los hechos de Milán de Fumagalli: “...accepi ad to Verohacheri ex Alamañorum genere...”.

¹⁶⁹ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 396, citando a Troya, Carol, *Codice Diplomatico Longobardo*, Nápoles, pp. 1852 y ss., vol. V, p. 430, núm 880 (año 767): “Signa manus B. qui hanc cartola donationis fieri rogavit, que iuxta lege su Langobardorum recepit launchilt”. Brunner, *idem*, señala que el término *profesio* nunca adquirió un significado técnico. De ahí la dificultad de decidir sobre los primeros ejemplos.

¹⁷⁰ Saviny, *op. cit.*, *supra*, nota 168, p. 150; Lupi, Mario, *Codex Diplomaticus Civitatis et Ecclesiae Bergomatis*, Bergamo, 1784, cols. 230, 231.

¹⁷¹ Stouff, “Étude”, *Rev. bourg.*, 1894, pp. 294 y 298.

Una distinción, a menudo meramente verbal, existe en las *professiones* entre *lex* y *natio*. Este último término se refería a la ley del nacimiento, la primera a la ley conforme a la cual uno vivía.¹⁷² En general, las dos relaciones así indicadas eran idénticas, pero, como en el caso de los hombres que ingresan al clero y las mujeres casadas, la ley del nacimiento podría dar lugar a una nueva ley asumida con el cambio de estatus. La distinción se muestra claramente en un hecho de la condesa Matilda, que era sálica de nacimiento, pero había asumido la ley de Lombardía por el matrimonio. Para la propiedad alienante, sin embargo, la condesa empleó la ley sálica. La distinción se expresa en las siguientes palabras: “Qui professa sum ex nationale mea, lege vivere Salicha”.¹⁷³ En otro caso, la expresión empleada es: “qui professa sum ego ipsa Ferlinda natione mea legem vivere Langobardorum, sed nunc pro ipso viro meo legem vivere videor Salicam”.¹⁷⁴

La historia de las *professiones* entre los siglos VIII y IX revela cambios de práctica en estos aspectos. En un primer momento se estableció la legislación nacional de una de las partes, y posteriormente las transacciones entre miembros de nacionalidades distintas de las lombardas y las romanas. Posteriormente aparecen las profesiones en las relaciones de lombardos y romanos.¹⁷⁵ El otro cambio ya ha sido indicado. En el periodo anterior la nación o la ascendencia nacional incluían también la ley nacional. Así, la expresión *G. Salicus*. A medida que pasaba el tiempo, más *professiones* aparecieron con la doble designación de ley y raza, como *qui professi sumus ex natione nostra legem vivere langobardorum*.¹⁷⁶ Este desarrollo coincide con un cambio en la significación de nombres que tiene lugar en el siglo IX. Los nombres germanos

¹⁷² Savigny, *op. cit.*, *supra*, nota 168 a 145 y 146.

¹⁷³ Id. a 147, y nota c; Fiorentini, *Memorie della Gran Contessa Matilda*, vol. IV, 2a. ed., Lucca, 1756, Documenti, pp. 7 y 10.

¹⁷⁴ Savigny, *op. cit.*, *supra*, nota 168, p. 147.

¹⁷⁵ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 397.

¹⁷⁶ Savigny, *op. cit.*, *supra*, nota 168, pp. 145 y 146.

ya no indican la nacionalidad alemana, aunque los nombres romanos siguen siendo indicaciones de la nacionalidad romana.¹⁷⁷

La dispersión de los miembros de las diversas nacionalidades sobre el imperio franco se atestigua en los documentos de la época. Los francos de Salia y de Ripuaría se encuentran en Francia,¹⁷⁸ Alemania¹⁷⁹ e Italia;¹⁸⁰ los romanos se conducen conforme a su propia ley en el sur de Francia¹⁸¹ y en Italia;¹⁸² los godos se encuentran en Septimania¹⁸³ e Italia;¹⁸⁴ borgoñones en Borgoña¹⁸⁵ y el norte de Italia,¹⁸⁶ y los alamanes en Italia.¹⁸⁷

Entonces, para el siglo IX se había conformado un elaborado sistema de relaciones jurídicas personales, que constituía un gran avance en el arreglo dualista más simple de épocas anteriores.¹⁸⁸ A partir de la discusión precedente se extraen algunas conclusiones que se pueden afirmar con cierta seguridad, aunque no hay tantas pruebas como se desearía sobre la cuestión general de los orígenes del régimen.

El principio de la personalidad del derecho, como un sistema de derecho internacional privado, no existió entre las tribus teu-

¹⁷⁷ Stouff, "Étude", *Rev. bourg.*, 1894, p. 25.

¹⁷⁸ Thévenin, M., *Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques mérovingienne et carolingienne, institutions privées*, París, 1887, núms. 102, 117, 176, 179 y 132.

¹⁷⁹ Stouff, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸⁰ Codex Diplomaticus Langobardiae, *Historiae Patriae Monumenta*, XIII, Turín, 1873, núm. 764, año 975.

¹⁸¹ Thévenin, *op. cit.*, *supra*, nota 178, núms. 98 (865), 110 (887) y 80 (845), *Recueil des chartes de l'Abbaye de Cluny*, París, Bernard y Bruel, vol. I, núms. 23 (880), 229 (922), 439 (935), 686 (946), 1876 y ss.

¹⁸² Thévenin, *op. cit.*, *supra*, nota 178, a núms. 50, 52.

¹⁸³ Devic, C. y Vaissete, J., *Histoire generale de Languedoc*, Toulouse, vol. II, núms. 80 (832), 439 (852), 144 (854), 161 (862), 185 (874), 1872 y ss.

¹⁸⁴ Thévenin, *op. cit.*, *supra*, nota 178, núms. 50, 52 (también derecho romano).

¹⁸⁵ *Ibidem*, núms. 178, 520, 52; *Chartes de Cluny*, vol. I, núm. 189.

¹⁸⁶ Stouff, *op. cit.*, p. 5.

¹⁸⁷ Cluny, vol. IV, núm. 3489.

¹⁸⁸ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 383.

tónicas antes de su asentamiento en el Imperio romano. El principio de la personalidad de la ley, en el sentido de ley como posesión personal basada en la pertenencia a la nación, o más bien a la tribu, existía entre los primeros teutones y fue llevado con ellos a los dominios del Imperio, y posteriormente se desarrolló, como hemos visto, en el posterior sistema franco.¹⁸⁹

Por otra parte, la existencia de un sistema bien desarrollado de derecho personal entre los romanos es innegable. El mantenimiento de las leyes locales y nacionales en el Imperio, por el lado del derecho civil, está atestiguado por documentos oficiales y literarios. Pero este sistema, incluso en su diversidad, poseía una unidad que no se debe buscar en ninguno de los sistemas de leyes bárbaras establecidas en el suelo del Imperio. El régimen de derecho personal franco plenamente desarrollado fue muy diferente de cualquier cosa de su tipo entre los romanos, porque tocaba cada fase de la situación personal.¹⁹⁰

Fueron las invasiones, consideradas en su sentido más amplio como una transformación de la sociedad, las que reunieron estos elementos dispares y similares, sentando así las bases del régimen de la personalidad de la ley en forma de un sistema de derecho internacional privado. Pero cabe destacar que las invasiones sólo produjeron el sistema de derecho personal a partir de ingredientes que ya existían. Si estos elementos hubieran estado ausentes, los resultados no habrían sido los mismos. La variedad de la experiencia de los reinos germánicos con el principio de la personalidad de la ley demuestra este punto abundantemente.

Un intento de construir un esbozo de estudio comparativo basado en la relación entre la invasión y la personalidad de la ley puede ser defendido dentro de ciertos límites. Las invasiones

¹⁸⁹ Brunner, *op. cit.*, *supra*, nota 175, vol. I, p. 383 y nota 3, distingue entre estos sentidos de la palabra “personalidad”. Véase también Meijers, E. M., *Recueil des Cours*, III, 1934, 549-551, para la distinción entre el derecho internacional y el derecho inter-tribal o intergénero.

¹⁹⁰ Klimrath, H., *Travaux sur l'histoire du droit français*, vol. I, p. 351.

suelen producir resultados en la esfera jurídica, similares a los obtenidos en los siglos V y VI, pero también fallan en producir tales resultados cuando se carece de algunos elementos. La ausencia de la persona *vivens legem romanam* en Inglaterra, como Maitland ha señalado, impidió el desarrollo de un sistema de leyes personales allí.¹⁹¹

Dadas estas consideraciones fundamentales, el establecimiento de sistemas basados en la aplicación de principios de derecho personal puede describirse de la siguiente manera: 1) no había un régimen de la personalidad del derecho, había varios que se diferenciaban en ciertos aspectos entre sí: el ostrogodo, el visigodo, el borgoñón y los primeros sistemas francos; 2) al principio los derechos de la ley personal en cada uno de estos reinos se otorgaron solamente a los romanos, no a los pueblos germánicos distintos de los gobernantes, y 3) estas leyes personales incluyen la mayoría de las relaciones de derecho privado entre los romanos, pero no las cuestiones penales. Además, en los casos de derecho surgidos entre romanos y germanos, la ley de estos últimos gozaba de validez territorial, salvo entre los ostrogodos.

En la literatura sobre el tema parece claro lo siguiente: Brunner hace una provisión inadecuada para la existencia de un principio subjetivo de personalidad.¹⁹² Si aceptamos su punto de vista debemos asumir que el régimen fue impuesto desde arriba por los gobernantes francos. ¿Se ajusta esa acción a lo que sabemos del ritmo de desarrollo social y jurídico? Por otra parte, Brunner no enfatiza en la experiencia de los visigodos y borgoñones con el principio de la personalidad de la ley. Schröder y su escuela tampoco son del todo correctos.¹⁹³ No hay evidencia plena de una aceptación del principio de las leyes personales en los primeros códigos teutónicos. Hay, sin embargo, un principio subjetivo in-

¹⁹¹ Materials for History of English Law 2, *Select essays in anglo-american legal history* 67, 1908.

¹⁹² *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 382 y ss.

¹⁹³ *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, p. 242, nota 12.

crustado en el teutónico como en otros sistemas legales iniciales: que la ley como la religión es una posesión personal, una herencia nacional o tribal negada a los extraños. El enfoque correcto parece ser ecléctico.

EL SISTEMA FRANCO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

I. LA LEY NACIONAL DEL INDIVIDUO

La ley personal fue adquirida principalmente por medio del nacimiento, y determinaba también una pertenencia tribal o nacional. Nadie renunció a este derecho subjetivo “sin abandonar un poco de sí mismo”.¹ Un ejemplo de la reacción común a tal apostasía fue la indignación causada por el matrimonio del rey lombardo Ratchis. Hizo uso del regalo prematrimonial *sponsalium*, en lugar del *morgengabe* lombardo.² Meijers encuentra en las glosas del siglo XIII, del romano-lombardo Carolus de Tocco, una preocupación similar con el “*ius suum cuique tribuere*”.³ Aunque Carolus emplea los textos de Justiniano para explicar las cuestiones relativas a los conflictos de leyes, no debe inferirse que estos textos sean sólo folletos ilustrativos. Los problemas y las soluciones basadas en ellos tienen una historia que se remonta al periodo de la personalidad.⁴

Por lo tanto, ¿era posible una libre elección de la ley? Como veremos, la pregunta carece de significado. Por la misma razón la teoría de la reciprocidad de Brunner requiere modificación, para permitir la existencia de un derecho subjetivo a la ley. Los judíos gozaban del derecho a su ley (cualquiera que fuera) obviamente no por la reciprocidad nacional.⁵

¹ Meijers, “Principes fondamentaux”, *Recueil des cours*, p. 552.

² *Benedicti Chronicon*, MGH, Scriptores, III, p. 702.

³ Meijers, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 552.

⁴ *Ibidem*, p. 555.

⁵ Véase abajo la siguiente nota de acompañamiento 33 y ss.

Es significativo que en el imperio franco no conocimos alguna regla de procedimiento claramente definida, que obligara a una persona a seguir viviendo conforme a su propia ley.⁶ Esto revela, en general, una característica de la vida política medieval: la ausencia de sanciones públicas por infracciones de una regla.⁷ Por supuesto, una acción contraria a la profesión fraudulenta era teóricamente posible, ya que la condición jurídica había sido adquirida normalmente a través del padre. Las pruebas de adhesión a la ley personal estuvieron disponibles en el periodo franco en varios documentos públicos, cartas y escrituras privadas, pero la ausencia de registros oficiales de nacimientos dificultó la investigación. No parece, por ende, que alguna investigación pública fuera normalmente hecha a partir de la ley del nacimiento de una persona.⁸ Sin embargo, un caso atestiguado ocurrió en el año 824 en Roma, y surgió de condiciones excepcionales resultantes de la nueva situación legal establecida en el dominio de los papas como resultado del control administrativo franco.⁹ También se hace referencia a tal investigación en un capitular citado de 786 o 792.¹⁰ Debemos tomar algunas de las características principales de la determinación de la ley personal antes de entrar en la discusión adicional de la pregunta de si era posible renunciar a la propia ley.

La iglesia vivía acorde con la ley romana. El primer concilio de Orleans, de 511, estableció esta regla en las siguientes palabras: “Deseamos que se observen los cánones y el dominio romano”.¹¹ El derecho ripuario se refiere a este principio con

⁶ Stouff, “Étude sur le principe de la personnalité des lois depuis les invasions barbares jusqu’au XIIe siècle”, *Revue bourguignonne de l’enseignement supérieur*, IV, 1894, pp. 21 y 24.

⁷ McIlwain, C. H., *Growth of political thought in the west*, p. 363.

⁸ Opinión de Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. I, pp. 148 y 151.

⁹ *Capitularia Regum Francorum*, I, núm. 161, MGH, p. 323, c. 5.

¹⁰ Cap. I, núm. 25, MGH, p. 67, c. 5.

¹¹ Loening, E., *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, vol. II, Strassburg, 1878, p. 285: “Id constituimus observandum quod ecclesiastici canones decreverunt et lex romana constituit”.

relación a la manumisión realizada en la *ecclesia*, cuando declara que la carta de manumisión debe ajustarse al “derecho romano por el cual la iglesia vive”.¹² Uno de los capitulares de Luis el Piadoso también afirma que “la jerarquía de las iglesias debe vivir conforme a la regla romano”.¹³ Un interesante *responsum* de 820 u 823, que confirma una decisión previa de Carlomagno, hace una excepción a cierta propiedad de la iglesia: la ley que se aplicará a esta propiedad en el caso de cualquier reclamación dirigida contra ella no es la ley de la iglesia, sino la del otorgante original.¹⁴ El tratamiento de la propiedad terrateniente para ciertos propósitos estuvo apoyado en una ley personal, que estaba convirtiéndose en “real”. Además, las iglesias y los conventos que estuvieron bajo la protección del rey estaban sujetos a la ley personal del rey.¹⁵ El convento de Farfa así estaba regulado por la ley lombarda.¹⁶

Mas la posición del clero *vs.* las leyes nacionales es más difícil de definir. Existe una pequeña duda sobre si la mayoría del clero de los siglos VI, VII y VIII insistió en el derecho a vivir según la ley romana.¹⁷ Sin embargo, a medida que pasó el tiempo, se produjeron cada vez más casos de un clero conforme a la ley del nacimiento. Pero para explicar sobre este cambio es necesario distinguir entre los territorios franco y lombardo.

¹² *Lex Ribuaría*, LVIII, 1, MGH, p. 242: “Secundum legem romanam qua Ecclesia vivit”. Pero no las calificaciones *infra*.

¹³ Cap. I, núm. 168, MGH, p. 335, c. 1. Esto probablemente se atribuye, equivocadamente, a Louis. Brissaud, *Manuel*, p. 57, nota 2.

¹⁴ *Responsa Imperatoris de Rebus Fiscalibus Data*, circa 820 (823?), c. 3, cap. I, MGH, p. 297.

¹⁵ Brunner, H., *Zeugen und Inquisitionsbeweis im deutschen Gerichtsverfahren karolingischer Zeit*, Vienna, 1866, p. 83, “Resipsius secundum legem Salicam aut Ribuarian tuerentur”. Véase también Brunner, *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes*, Stuttgart, 1894, p. 165.

¹⁶ Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, vol. V, p. 78, nota 78.

¹⁷ Loening, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, vol. II, p. 286. Pero véase Brissaud, *Manuel*, p. 57, nota 1, para una revisión de la literatura más antigua sobre esta cuestión altamente controvertida.

Flach ha señalado, como una solución al problema del estatus jurídico del clero entre los francos, que el texto del derecho ripuario varía en cuanto al tema de la composición del clero.¹⁸ Los primeros textos equiparan la composición del clero con la de los romanos.¹⁹ Y los textos revisados de la época de Carlomagno determinan la composición según la nacionalidad.²⁰ La conclusión de Flach es que en el periodo anterior, cuando el clero se conformaba principalmente de hombres de origen romano, el derecho romano se aplicaba a ellos como una ley personal, pero que cuando más clérigos fueron reclutados de las naciones germánicas, las leyes personales de los miembros de la organización eclesiástica se hicieron más variadas.²¹ El periodo carolingio, que fue testigo del aumento en el poder de los francos austrasianos, también resultó con alguna germanización del clero.²²

Los documentos originarios de Lombardía nos muestran, en varias ocasiones, a miembros del clero que siguen profesando el derecho romano. Una ley de Liutprando prescribe que si un lombardo entra en el clero los niños no experimentan un cambio de ley, pero siguen estando sujetos a la ley lombarda.²³ La inferencia es que el padre cambió su ley para convertirse en sacerdote. Más

¹⁸ Flach, J., *Les Origines de l'ancienne France*, vol. I, París, 1886, pp. 289 y 290.

¹⁹ *Lex Ripuaría*, XXXVI, 5 (Codd. A), Sohm, MGH, p. 230: "...bis quinquagenus solidus culpabilis iudicetur".

²⁰ *Lex Ribuaría* (emendata), XXXVIII, 5 (codd. B), Sohm, MGH, p. 230: "... iuxta nativitas". Mas véase Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches*, p. 380, que trata la palabra *nativitas* como una referencia a una distinción social, más que racial.

²¹ *Ibidem*, p. 290.

²² Lot, *Les Invasions germaniques*, p. 261.

²³ *Liutprandi Leges*, 153: La mujer que entró en un convento aparentemente no cambió su ley, pues en 737 una mujer abraza la religión mientras profesa vivir por la ley de Lombardía, *Historiae Patriae Monumenta*, XIII, num. 8. Algunas dudas se atribuyen a la autenticidad de este documento. Véase otro documento citado por Kohler, J., *Beiträge zur germanischen Privatrechts-geschichte*, Stuttgart, 1896, parte II, p. 7, núm 2, que trataba de las tierras confiscadas por un clérigo llamado Felix, por las que recibió un *launegild*; había heredado estas tierras de su esposa, de ahí la ley lombarda.

tarde la ley lombarda, bajo la influencia, quizá, de la práctica franca, alteró la posición. Un diácono llamado Guntzo hace una donación en uno de los documentos citados en la *Historiae Patriae Monumenta* y recibe un *launegild* según la ley lombarda.²⁴ Esto sugiere que él vivió conforme a la ley de Lombardía, sin embargo, en vista de la confusión de la terminología, esto no es en modo alguno una inferencia concluyente.

Otros documentos del siglo X muestran a miembros del clero que invocan las leyes lombarda y sálica.²⁵ En el siglo XI, la ley sálica es profesada por el obispo Adelicricus.²⁶

Un interesante ejemplo de distorsión textual es la construcción puesta en el capitular de Luis el Piadoso que coloca a la *iglesia* bajo la ley romana.²⁷ El *clero* invocó a este capitular como autoridad para cambiar sus leyes nacionales al derecho romano.²⁸ Un documento del siglo XI en el que un miembro del clero disponía de bienes dice: “Así como está escrito en la ley, que la jerarquía de las iglesias vive y actúa de acuerdo con esta ley, también actuó según esta ley”.²⁹

El clero se convirtió en independiente de las autoridades seculares de la misma manera como los que se ostentaban como laicos de las inmunidades.³⁰ Los líderes de la iglesia establecieron lentamente una jurisdicción separada de la iglesia basada en el control de materias que se encontraban dentro de la esfera de la autori-

²⁴ *Hist. Patr. Mon.*, vol. XIII, núms. 118, 326.

²⁵ *Chartes de Cluny*, II, 1229, año 967. *Hist. Patr. Mon.*, vol. XIII, núm. 326, col. 548, año. 885; núm. 703, año 967.

²⁶ *Hist. Patr. Mon.*, vol. I, núm. 273, año 1028: “Nos Adelicricus episcopus... qui professi sumus omnes lege vivere salicha”.

²⁷ Cap. I, MGH, núm. 168, p. 335, c. 1, cita en la nota 13: “Ut omnis ordo ecclesiarum secundum Romanam legem vivat: et sic inquirantur et defendantur res ecclesiasticae, ut emphyteusis under damnum ecclesiae patiuntur non observetur sed secundum legem Romanam destruat, et poena non salvatur”.

²⁸ *Hist. Patr. Mon.*, vol. XIII, núm. 974, col. 1713, año 1000.

²⁹ Muratori, *Rerum Italicarum Scriptores*, Milan, 1723-1751, vol. Hb, p. 1002, año 1086. Véase también Pertile, *Storia del diritto italiano*, vol. I, p. 67, nota 10.

³⁰ Este tema se trata en la sección sobre el feudalismo, *infra*.

dad de la iglesia misma y en el control de las personas del clero, convirtiéndose en el último *privilegium fori* o beneficio del clero. La justicia que la iglesia logró monopolizar por sí misma creció, por lo tanto, fuera de las condiciones seculares asociadas con el sistema de derecho personal.

La ley de la mayoría de la clase dominante fue la ley sálica. Muchos de los descendientes de las familias romanas se aclamaron finalmente en su conexión con la ley de las familias gobernantes.³¹ La gran fortuna de la ley sálica, tanto a este respecto como en otros, atrajo la atención de los estudiantes y se advertirá en otra parte de este estudio. Pero el punto que requiere un énfasis es la facilidad con que se ve afectada la transición de la ley nacional a la ley de clase. Esta transición está claramente revelada en el comentario a la *Lombarda*, la cual compara la reclamación de una persona a su legislación nacional con el derecho del clero a su legislación.³²

La posición de los judíos bajo el régimen de la ley personal es materia de debate.³³ Al no ser miembros de un Estado regular,

³¹ Thévenin, núm. 105 (872): "Ex genere Francorum". *Hist. Patr. Mon.*, vol. XIII, núms. 230, 243, 333, 875. Véase especialmente Mayer-Homburg, E., *Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter*, I, pp. 374 y ss.

³² *Leges Longobardorum cum Argutissimis Glosis Caroli de Tocco, en Lege, Tuum e Iudices*, c. 2, 58, 2, f. 39v, citado en el cap. 1, *supra*. Meijers, "L'Histoire des principes fondamentaux de droit international privé à partir du Moyen Age", *Recueil des Cours*, París, Académie de Droit International, III, vol. 49, 1934, p. 554.

³³ ¿Bajo qué ley vivían los romanos o los judíos? Parece que el derecho romano se aplicó primero a ellos. El Edicto de Teodorico, Sec. El Papa Gregorio, el Grande, también parecía considerarlas como una de las cosas más importantes de la vida, viviendo bajo el derecho romano: "Sicut Iudaei Romanis vivere legibus permittuntur" (Gregorio, Ep. II, 6 [891]). Así también la Interpretatio del Breviario, II, 1, 10 (*Cod. Teod.*, II, 1, 10): "Iudaei omnes qui Romani esse noscuntur", y *L. Visig.* XII, 2, 14: "Libertate vero servum Christiano Romano Curiensis del siglo VIII" (M. Conrat, *Geschichte der Quellen y Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter*), Leipzig, 1891, pp. 286-292, año 766, contrasta *Iudaeus y Romanus* por propósitos de ley. Véase Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 403 y nota 2. El periodo merovingio parece ser uno de transición. La evidencia de la cuestión del apego a la ley judía o ley romana es pequeña, de ahí que haya mucha controversia en la literatura sobre el tema

carecían del derecho al uso de la ley judía. En el siglo VI parecían ser *viventes legem romanam*, pero en el periodo carolingio no fueron tratados como *romani*. Su posición en dicho periodo implicó un cierto reconocimiento de la ley judía y se puede explicar mejor como un privilegio real otorgado a los extraños o *wargangi*, formando una especie de “ley judía”.

En principio, la ley del padre determinaba la ley de la descendencia. Esto está de acuerdo con las ideas sociales y legales del pueblo germánico, que atribuyen importancia a la forma de autoridad paternal llamada *mundium*.³⁴ Una excepción a esta re-

que se resume en la obra de Sólon Katz; los judíos de los reyes visigóticos y francos de España y Galia, 83-84 (1937). Gran parte de esta discusión, sin embargo, pierde su punto vital: cuando los judíos son tratados como *romani*, ¿están bajo el derecho romano como romanos, o bajo las disposiciones de la ley romana que trata con los judíos? La respuesta varía según la localidad, y es dudoso que los códigos bárbaros del periodo puedan dar una respuesta completa. Bajo los carolingios, los judíos no eran tratados como sujetos al derecho romano. En dos cartas de Luis se otorga a los judíos piadosos “secundum legem vivere”. *Formulae Imperiales*, 30 (MGH, *Formulae*, p. 309); 31 (p. 310); 52 (p. 325). Véase la *Capitula de Iudaeis*, c. 6 (MGH, cap. I, 259): “Si Iudaeus contra Iudaeum aliquod negocium habuerit, per legem suam se defendat”. De acuerdo con la situación de los extranjeros en general, el pago por el asesinato de un judío no se dirigió a los parientes, sino a los hijos de los judíos. Al fisco real (*Formulae Imperiales* 30, 31 en MGH, *Form.*, p. 309 y 310). También fueron eximidos de juicio por calvario. Véase *Formulae Imperiales*, 30. El Edictum Pistense prescribe una multa en oro para la falsificación de los judíos. Ed. Pist., c. 23 (MGH). Otras referencias a la condición de judíos están contenidas en *Capitulare Missorum Aquisgranense Alterum* de 809, c. 13 (MGH, cap. I, 152), que trata del número de testigos requeridos en un juicio por un judío. En general, véase Katz, *op. cit.*, *supra*, nota 33, en 84-87 y notas. Más recientemente Bernhard Blumenkranz, *Juifs et chrétiens dans le monde occidental, 430-1096*, París, 1960, siguiendo a Kisch, Guido, *The Jews in Medieval Germany*, Chicago, 1948, pp. 15 y ss., que hace una distinción entre la “ley judía” y la “ley de judea”. Blumenkranz, en el 298, argumenta enérgicamente contra la “ley judía”, siendo considerada una ley personal, como las leyes bárbaras y romanas. Esto es apoyado por el hecho de que las leyes bárbaras no contienen ninguna mención de judíos, ni siquiera para la determinación de *wergeld*, aunque Gregorio de Tours los representa como ejercitando lo que Blumenkranz, en 299, llama la “derecha germánica” de faida, *Historia Francorum*, 7, 23.

³⁴ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 393; Stouff, “Étude”, *Rev. bourg.*, 1894, p. 16.

gla es el caso de los niños cuyo padre ingresó al clero y, por lo tanto, se convirtió en sujeto a la ley romana. Permanecieron sujetos a la ley original del padre.³⁵ Otra excepción es el privilegio de los niños nacidos fuera del matrimonio para seleccionar su propia ley, aunque la elección usualmente favorecía la ley de la madre. Esto parece ser la regla en Italia, como el siguiente fragmento sugiere: “Iustum est ut homo de adulterio natus vivat qua lege voluerit”³⁶ (es justo que un hombre nacido en el adulterio viva por la ley de su elección). Sin embargo, entre los francos es probable que los hijos naturales fueran tratados ya como serviles o, por adopción, compartiendo el mismo derecho que el padre.³⁷

El derecho del liberto variaba entre las diferentes naciones germánicas. Entre los ripuarios, el estatus del liberto dependía de si había sido liberado según las formalidades de la ley romana o de la ley franca.³⁸ Se creía comúnmente que entre los borgoñones la ley nacional a la que pertenecía el antiguo siervo antes de su cambio de estatus regulaba su nueva condición de libertad.³⁹ Esto se basa en una interpretación errónea de la *Lex Romana Burgundionum*, que simplemente permitió al gobernante emancipar a un siervo por la ley romana.⁴⁰ Este uso, que también fue seguido en Lombardía, derivó de una lectura incorrecta de un edicto de Rotario. El edicto simplemente prescribía que el liberto debía ajustarse a las condiciones establecidas por el acto de manumisión, las *leges dominorum*.⁴¹

³⁵ *Liut, Leg.*, 153, citada *supra*.

³⁶ *Quaestiones ac Monita*, c. 30, MGH, *Leges*, IV, p. 593.

³⁷ Pardessus, J. M., *Loi Salique*, p. 449.

³⁸ *Lex Rib.*, LVII, 1: “Si quis libertum suum per manum propriam seu per alienam in praesentia Regis secundum legem Ripuariam ingenuum demiserit, per denarium... sicut reliqui Ripularii liber permaneat”. Cf. también *Lex Rib.*, LXI, 1; LVIII, 1; *Lex Salica*, XXVI.

³⁹ Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français*, vol. I, p. 351. El razonamiento sobre el que se basa es extremadamente vago.

⁴⁰ *Lex Rom. Burg.*, III, 2: “...liberti Romani natione a principe manumissi...”. Véase Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 393, nota 54.

⁴¹ *Ed. Roth.*, 226, MGH, 80 series, p. 47; cap., I, núm. 98, MGH, p. 205, c. 6.

El método franco de liberación del esclavo era *per denarium* (por compra ficticia) ante el rey. Después de esta formalidad, el antiguo esclavo quedaba sujeto al derecho de *Salía* o *Ripuaria*.⁴² El método romano de la manumisión, que era más extendido, era por testamento, en la iglesia o por la carta. Si uno de estos métodos se hubiese empleado, el esclavo asumía la nacionalidad romana. El liberto asumió el estatus legal y el *wergeld* del derecho romano.⁴³ La opción de usar cualquiera de las varias formalidades en la manumisión pudo haber producido algunos resultados extraños. Un romano que liberó a su esclavo según las formalidades de la ley de *Salía* transformó así al esclavo en un franco de *Salía*.

La situación de las mujeres casadas también parece haber variado. Generalmente la mujer casada asumía la ley de su marido.⁴⁴ Esta tendencia se fortificó mediante la provisión expresa de consejos eclesiásticos en el siglo IX y siguientes.⁴⁵ Meijers atribuye la frecuente aplicación de la ley del cónyuge en los documentos al hecho de que era el marido quien usualmente hacía el regalo o la donación; cuando la cónyuge hizo el regalo, la ley de su nacimiento fue citada por separado.⁴⁶ El caso de la condesa Matilda, aunque casada con un lombardo, continuó usando su ley original, la *sálica*, no es atípico de esta práctica.⁴⁷

⁴² *Lex Rib.*, LVII, 1, citada en la nota 38. Cf., *Lex Salica*, XXVI, Behrend.

⁴³ *Lex Rib.*, LXI, 2, MGH, p. 253: "Quod si aliquid criminis admiserit, secundum legem Romanam iudicetur. Et qui eum interfecerit, 100 solidos metetur." For France, *Appendix ad Marculfoum*, 61: De Roziere, *Formules*, núm 63: "Semper ad civitatem debeat pertinere Romanam". De Roziere, *Formules*, núms. 62, 75, 88: "Civis romanus ipsos eos esse praecipio". Para Italia, *Hist. Patr. Mon.*, XIII, núm 243, año 867. Devic y Vaissète, *Histoire générale de Langue-doc*, vol. II, 49 (*Preuves*, col. 123).

⁴⁴ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 393.

⁴⁵ Stouff, "Étude", *Rev. bourg.*, 1894, pp. 19, 38 y 290.

⁴⁶ Meijers, "Droit int. privé", *Rec. des cours*, p. 536, nota 2.

⁴⁷ Stouff, *op. cit.*, p. 16, citando Saint-Pere de Chartres, I, *proleg.*, p. XCVIII, núm. 4, año 1107: "Ego Mathildis, comitissa et ducatrix, et filia quondam Bonifacii, qui fuit similiter dux et marchio, que professa sum lege vivere salica".

Los documentos lombardos nos proporcionan información adicional sobre el estatus de la cónyuge. El marido adquirió regularmente el *mundium* (autoridad paternal o marital) sobre su cónyuge, que por lo tanto quedaba sujeta a su ley. Una ley de Liutprando declara: “Si un romano se casa con una mujer lombarda y obtiene el *mundium* sobre ella, se convierte en romana”.⁴⁸ Una complicación interesante se resolvió como resultado de la aplicación de esta regla. Si la mujer hubiera permanecido lombarda, no habría podido volver a casarse sin el consentimiento de los herederos de su primer marido. El segundo marido habría tenido que pagarles una compensación si no se hubiera obtenido el consentimiento. Cuando la mujer era romana, el consentimiento de los herederos era innecesario para que ella contrajera un nuevo matrimonio. Parece, por lo tanto, que además de que la cónyuge estaba sujeta a la ley del marido, la viuda permanecía bajo la ley de este último. La Constitución de Lotario abolió la antigua regla sobre este último punto y declaró que, para el futuro, la viuda debería volver a su original ley nacional.⁴⁹

Para la venta de bienes, como ya se ha indicado, las mujeres, según los documentos lombardos, se ajustaban a su ley original más que a la del marido. En 961 una mujer lombarda casada con un romano disponía de bienes según la ley lombarda.⁵⁰ En 998 la condesa Ermengarde, casada con un lombardo, hizo una donación de acuerdo con la ley sálica.⁵¹ El principio revelado en estos documentos es bastante claro: nadie tiene que obligarse a sí mismo ni rendir bienes o derechos sino según las reglas de derecho personal aceptadas en una región determinada.⁵²

⁴⁸ *Liut. Leges*, 127, MGH, 8o. series, p. 134.

⁴⁹ *Clotharii Capitula Italica Memoriae Olonnae Comitibus Data*, 822-823, cap. I, MGH, p. 319. Véase *Hist., Parr. Mon.*, XIII, núm. 634, año 959.

⁵⁰ *Hist. Patr. Mon.*, vol. I, p. 193.

⁵¹ Ficker, *Urkunden zur Reichs and Rechtsgeschichts Daliens*, IV, 1874, 34; Thévenin, *Textos*, 113: “Qui professa sum ego ipsa Ermengarda cometissa ex nacione mea legem vivere Solicha, set nunc pro ipso viro meo legem vivere videor Langobardorum”.

⁵² Meijers, “Principes de droit int. privé”, *Rec. des cours*, p. 588.

La cuestión de la libre elección de la ley a la que nos enfocamos ahora suscitó cierta polémica durante mucho tiempo. El derecho de un individuo a cambiar su ley de nacimiento a voluntad fue sugerido por Montesquieu, quien lo hizo la base de una elaborada teoría para la desaparición de la ley romana en el norte de Francia. Según Montesquieu, la razón por la cual el derecho romano no sobrevivió en el llamado país del derecho consuetudinario, o *pays de droit coutumier*, fue que los francos permitieron a la población conquistada abrazar la ley sálica.⁵³ Además, la ley sálica ofrecía un incentivo a los romanos para que la aceptaran, debido al más grande arreglo permitido a los francos.⁵⁴ Esta elección libre de la ley se basó en una serie de argumentos, los cuales no tienen buen sustento bajo una revisión. La teoría fue tomada a detalle por Savigny, respondiendo a satisfacción de la mayoría de los estudiantes.⁵⁵ Sin embargo, los puntos principales de la controversia merecen resaltarse.

La primera y principal evidencia de la libre elección de la ley se basa en la lectura única de la ley sálica ya mencionada.⁵⁶ No obstante, como se señaló, la versión manuscrita de Haroldo es probablemente una aberración.⁵⁷

Otro argumento se basa en las llamadas “profesiones”. Se ha admitido comúnmente que esto significaba que una persona estaba simplemente obligada por cualquier ley que ejerció por primera vez, pero que la profesión original se hizo en completa libertad. Es muy claro que la profesión no tenía tal significado o intención. La profesión de la ley se encuentra frecuentemente lado a lado con la nacionalidad de la persona. Esto no significa que las ideas de nacionalidad y de derecho sean distintas. Como ya se ha demostrado, fue sólo en casos excepcionales que la ley del nacimiento se cambió y el uso de ambos mandatos fue con-

⁵³ Montesquieu, *Spirit of the laws*, Bk. XXVIII, cap. 4.

⁵⁴ *Ibidem*, caps. 3 y 4.

⁵⁵ Savigny, *Röm. Recht im Mittelalter*, vol. I, pp. 151 y ss.

⁵⁶ *Lex Salica*, XLIV, Hessels, cod. 10, col. 250.

⁵⁷ *Ibidem*, cap. 1, nota 104.

cebido para permitir un posible cambio, provocado en el estatus legal de una persona; por ejemplo, por el matrimonio.

La norma de la ley lombarda, que permitía a los hijos nacidos fuera del matrimonio elegir su propio derecho, ciertamente no habría sido necesaria si la elección del derecho fuera común a todas las personas.

Savigny cita un argumento aparente para la libre elección de la ley en un documento de principios del siglo XII. En él Oddo Blanco ejerce la ley romana, aunque sus hijos, un poco más adelante, afirman su adherencia a la ley lombarda.⁵⁸ Savigny busca la explicación de esta anomalía en el error de un copista, pues el evento menciona un *launegild*, una institución del derecho lombardo.⁵⁹ También existe la posibilidad de que Oddo haya entrado en el clero y asumido una nueva ley.

Un argumento para la libre elección de la ley también se basa en un texto de Liutprando, citado en otra parte, que parece permitir a los individuos una elección de procedimiento legal.⁶⁰ Esta afirmación no puede considerarse como favorable a la libre elección de la ley. Simplemente permite el uso para ciertos fines de acuerdos y convenciones en los que el Estado no tenía ningún interés especial.⁶¹

El más importante de todos los documentos citados sobre la cuestión general de la libre elección del derecho nacional es, sin duda, la Constitución de Lotario, expedida en el año 824, en la que el pueblo de Roma tuvo la oportunidad de elegir bajo qué ley querían vivir. El decreto real ha llegado hasta nosotros en dos textos: uno es el texto lombardo aprobado u oficial, y el otro es un texto contenido en una colección romana de cánones eclesiásticos. Hay una o dos diferencias en estos textos que tienen alguna

⁵⁸ Lupi, *Codex Diplomaticus Civitatis et Ecclesiae Bergomatis*, col. 228.

⁵⁹ Savigny, *op. cit.*, *supra*, pp. 55-153.

⁶⁰ *Liutprandi Leges*, 91: “Et si quisquam de lege sum subdiscendere voluerit et pactionis aut convenientias inter se fecerent, et ambe partis consenserent, isto non impotetur contra legem, quia ambe partis voluntariae fadunt...”.

⁶¹ Savigny, *op. cit.*, *supra*, nota 55, pp. 156 y 157.

relación con la cuestión en discusión. La primera oración del texto lombardo se reproduce a continuación: “Deseamos que todo el pueblo romano se pregunte bajo qué ley quieren vivir para que, según la ley que han practicado, puedan permanecer”.⁶² Y el texto romano comienza: “Deseamos, además, que se pregunte a todo el senado y al pueblo de Roma bajo qué ley quieren vivir para que vivan bajo esa ley”.⁶³

El texto romano contiene una referencia al senado de Roma, que está ausente en el texto lombardo. Sin embargo, es dudoso que pueda obtenerse alguna inferencia sobre el efecto de esta ordenanza sobre el reino lombardo, a diferencia de la ciudad de Roma. Lo importante es que en ambos textos la aplicación de este principio se limita a la ciudad de Roma,⁶⁴ y la explicación de ese hecho es que Roma, que hasta entonces no había tenido el sistema de la personalidad de la ley, estaba ahora obligada a establecerlo en beneficio de los francos que habían entrado en la ciudad, tal vez en relación con el negocio del gobierno. El uso de la palabra *vult* en la ordenanza no debe interpretarse, por lo tanto, como implicando una elección por parte de toda la población romana de un código territorial para sí mismos, sino, más bien, de conformidad con el sistema de derecho personal en general, como implicando una elección por los individuos de la ley bajo la cual vivirían. Si el propósito de la ordenanza hubiera sido establecer una ley territorial para Roma, sólo habría perpetuado el *statu quo*, ya que no hay duda de que la población romana habría elegido el derecho romano.

⁶² Cap. I, núm. 161, MGH, p. 232, c. 5, citada en el capítulo previo.

⁶³ Este texto fue originalmente incluido en la *Collectio Canonum of Cardinal Deusdedüt*, en 1086 o 1087, y ha sido reimpresso varias veces, Savigny, *op. cit.*, *supra*, nota 55, vol. I, pp. 159 y 160. *Capitulare Romanum*, E. Baluze, *Capitularia Regum Francorum*, París, 1780, vol. II, col. 318, c. V: “Volumus etiam ut omnis Senatus y Populus Romanus interrogetur, quali vult Lege vivere, ut sub e vivat...”.

⁶⁴ Savigny, *op. cit.*, *supra*, nota 55, vol. I, pp. 166 y 167, argumenta contra el actualmente llamado texto lombardo; que sea una ordenanza lombarda real, señalando el inusitado uso del “populus romanus” y también la ausencia en la glosa lombarda de Carolus de Tocco sobre esta disposición.

La glosa de un manuscrito de París referente a la Constitución de Lotario añade, a pesar de todo, “No se debe pensar que el pueblo romano iba a ser cuestionado más, ya que confesaron, en este momento, estar viviendo bajo la ley romana”.⁶⁵ Esto sugiere que lo que originalmente se pretendía como una afirmación del principio de derecho personal fue interpretado posteriormente como el establecimiento de una ley territorial. Otro documento de fecha algo incierta, la Constitución de Conrado II, también parece contener la misma interpretación de la ordenanza de 824.⁶⁶ Meijers, además, parece aceptar las interpretaciones posteriores de la Constitución de Lotario que hacen posible un cambio de derecho en Roma.⁶⁷ No hay duda de que muchos ripuarios se llamaban a sí mismos salios en Italia,⁶⁸ pero los comentaristas italianos de la Constitución, como Aripandus, Albertus y Jacobus, no parecen defender la libre elección de la ley.⁶⁹ El Acta de Lantemann, de 1237, que confería un *morgengabe* a su cónyuge aunque profesara “vivir según el derecho romano”, puede ser un ejemplo de mutuo préstamo en lugar de un repudio a la ley personal.⁷⁰

⁶⁵ Baluze, *op. cit.*, *supra*, nota 63, vol. II, col. 1291: “Non est putandum populum Romanum ulterius esse interrogandum, quando quidem Romana lege confessi sunt se vivere eo tempore”.

⁶⁶ MGH, *Legum Sectio IV, Constitutiones et Acta Publica Publica Imperatorum et Regum*, vol. I, 1893, L. Weiland, p. 82. Conradi II, *Constitutiones*, 37. Mandatum de Lege Romana (1027-1039): “Imperator Chuonradus augustus Romanis iudicibus. Audita controversia, que hactenus inter vos et Longobardos iudices versabatur nulloque termino quiescebat, sancimus, ut quecunque amodo negocia mota fuerint, tam inter Romane urbis menia quam etiam de foris in Romanis pertinenciis, actore Longobardo vel reo Langobardo, a vobis duntaxat Romanis legibus terminentur nulloque tempore revivescant”. Savigny, *op. cit.*, *supra*, nota 55, vol. I, p. 164.

⁶⁷ Meijers, “Principes du droit int. privé”, *Rec. des cours*, pp. 558 y 559.

⁶⁸ Mayer-Homberg, *Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter*, I, pp. 19 y ss.

⁶⁹ Meijers, *op. cit.*, *supra*, nota 67, n. 1, p. 559.

⁷⁰ Voltellini, *Acta Tirolensia*, I, núm 592, citada por Meijers, *op. cit.*, *supra*, nota 67, n. 3, p. 559.

¿Existió alguna vez repudio absoluto a la ley nacional? Los casos citados por Stouff no son concluyentes. En uno, un clérigo, Felix, después de hacer un regalo a su hija declara: “aunque sujeto a ley romana he recibido de usted, mi hija, un *launegild*”.⁷¹ El *launegild* o contra-regalo era una institución de la ley de Lombardía, y la razón de la transacción acompañada por este procedimiento fue que Felix había recibido originalmente las tierras de su esposa por la ley lombarda. El obispo de Brescia, que en el siglo XI recibió un *launegild* de los ciudadanos de su ciudad episcopal, también puede ser absuelto de violar su ley “nacional”, ya que en Italia, en ese momento, así como en Francia, el clero otorgó la propiedad conforme a la ley de nacimiento en lugar de por la ley romana.⁷²

En general, al estudiar la cuestión del derecho personal del individuo en el periodo franco, parece necesario tener en cuenta algunas diferencias en la práctica de una región a otra y del octavo al noveno siglo. En principio, la libre elección de la ley no fue ciertamente permitida; en la práctica la libre elección podría lograrse de manera legítima. En teoría, la persona promedio aceptó su ley con la misma buena gracia con la que aceptó ser miembro de su grupo nacional o de su iglesia.

II. CONFLICTOS DE LEY EN EL IMPERIO FRANCO

En la medida en que el estatuto de toda persona dependía de su derecho personal, fue inevitable que surgieran conflictos de derecho cuando personas de distinto origen nacional se veían invo-

⁷¹ Kohler, *Beiträge zur germanischen Privatrechts-geschichte*, 1885, II, 2, Thévenin, Textos, p. 61. Stouff, “Étude,” *Rev. bourg.*, p. 23. Cf. nota de Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 395, nota 60.

⁷² *Hist. Patr. Mon.*, XIII, 21, p. 44, n.1. Véase también *ibidem*, núm. 145 (1842). Los testigos de este documento son alamanes. El ejemplo citado por Stouff, *op. cit.*, p. 23, basado en *Hist. Patr. Mon.*, XIII, núm. 145, no es concluyente.

lucradas en litigios.⁷³ Algunas de las cuestiones que surgieron de tales encuentros fueron reguladas por los capitulares que tenían una aplicación territorial, o por disposiciones específicas de las leyes bárbaras separadas, como en las disposiciones del derecho de Borgoña para la solución de disputas entre borgoñones y romanos. Además de esto, poco a poco se estaba produciendo una fusión de doctrinas entre los sistemas jurídicos nacionales que debía reducir el número de posibles conflictos de leyes a medida que pasaba el tiempo.⁷⁴ Durante el periodo franco hubo una constante “oscilación” entre la concepción de una ley común, regulando las preocupaciones de todos los habitantes, una especie de *ius gentium* (derecho romano de las naciones) y la idea de un sistema de derecho internacional privado que gobierna pueblos de raza diferente.⁷⁵

Se conformaron normas en los diversos campos para resolver estos conflictos. La uniformidad no se alcanzó, pero un principio dominante puede ser discernido en todas estas prácticas: es “que nadie puede perder un derecho, nadie puede obligarse a sí mismo, sino de conformidad con su ley personal”.⁷⁶ Por supuesto, la aplicación del principio varió, pero esto era de esperarse en un periodo que ponía más énfasis en los derechos que en las sancio-

⁷³ Stouff, “Étude sur le principe de la personnalité des lois”, *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, IV, 1894, pp. 282 y ss. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pp. 385 y ss.

⁷⁴ Stouff, *op. cit.*, *supra*, nota 13, p. 287.

⁷⁵ Brissaud, *Manuel d'histoire due droit français*, pp. 58 y 59.

⁷⁶ Meijers, “*L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen âge*”, *Recueil des cours*, Academie de droit international, III, vol. 49, p. 555. El principio de consentimiento a la tributación en la Baja Edad Media se basa en la misma idea. Véase McIlwain, *Growth of Political Thought in the West*, pp. 189, 373 y las numerosas ilustraciones allí dadas. Las expresiones típicas de este punto de vista en los capitulares son: Boecio, cap. I, p. 201, c. 4 (790): “De vero statu ingenuitatis aut aliis quaerelis unusquisque secundum legem se ipsum defendat”, y el capitular aquitano de 768, Boretius, cap. I, p. 43, c. 10: “ut omnes homines eorum legis habeant tam Román quam y Salici...”.

nes o el mecanismo de control.⁷⁷ Por otra parte, la ignorancia de ciertas leyes personales en algunas regiones también hizo difícil una aplicación coherente. Vamos a trazar el funcionamiento de este principio dominante en las principales cuestiones jurídicas que surgieron de la asociación de las razas en el imperio franco.

El matrimonio no suele dar lugar a un conflicto de leyes. El viejo interdicto contra el matrimonio entre un bárbaro y un romano cayó en desuso en los países bárbaros.⁷⁸ La ley visigoda de Recesvinto derogó específicamente la ley que prohíbe el matrimonio de romano con bárbaro,⁷⁹ aunque probablemente nunca tuvo validez entre los francos.⁸⁰

¿De acuerdo con cuál ley nacional se debía realizar la ceremonia de matrimonio? Generalmente la cónyuge se adaptaba a la ley nacional del marido.⁸¹ En los esposales de Clodoveo y Clotilda se observaron ceremonias francas.⁸² El rey lombardo Rachis no pudo dotar a su esposa de un *morgengabe* y fue censurado severamente por su pueblo por su negligencia.⁸³ Sin embargo, surgió un caso interesante, que fue resuelto por el Concilio de Trebur en el siglo IX. Una mujer de nacionalidad sajona fue abandonada por su marido. Pese a que su marido era

⁷⁷ En la Edad Media el poder de la monarquía es “limitado” en el sentido de que el rey está bajo la ley, pero no está “controlado” por ningún otro órgano del gobierno, McIlwain, *op. cit.*, *supra*, nota 76, p. 363.

⁷⁸ Stouff, *op. cit.*, *supra*, nota 73, p. 290. El interdicto encontró su camino en el *Lex Romana Visigothorum* y se practicó en Languedoc hasta el siglo VII; Haenel, *Lex Romana Visigothorum*, p. 92, Interpretatio. Devic y Vaissete, *Histoire generale de Languedoc*, vol. I, p. 529.

⁷⁹ *Lex Visigothorum Recesvindiana*, III, I, I, Antigua, MGH, 8o. series, pp. 86 y 87, citado *supra*.

⁸⁰ Lot, *Les Invasions germaniques*, p. 215.

⁸¹ Stouff, *op. cit.*, *supra*, nota 73, pp. 19, 290. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 391. Bernard y Bruel, *Chartes de Cluny*, I, núm. 86, p. 96 de 904. *Ibidem*, I, núm. 105, pp. 117-909: “Ego F. desponso mihi iuxta legem meam romanam...”.

⁸² Stouff *op. cit.*, *supra*, nota 73, p. 292.

⁸³ *Chronicon Benedicti*, MGH, Scriptorum, III, p. 702, c. 16. *Cf. supra*, nota 2.

un franco, las ceremonias de esponsales habían tenido lugar según la ley sajona, así que el marido alegó el incumplimiento de su ley nacional y repudió el matrimonio. El Concilio de Trebur determinó que las ceremonias de esponsales y matrimonios eran válidas, ya que habían sido contratadas de acuerdo con la ley de una de las partes.⁸⁴ Las decisiones del Concilio de Trebur fueron interpretadas con frecuencia para cambiar la regla de que la ley del marido fuera seguida en la ceremonia de matrimonio. Esto no es así: el Concilio se limitó a mitigar las duras consecuencias de esta regla o de la regla que exigía la observancia de dos leyes personales, y, por lo tanto, implicaba que una sola ley sería suficiente a partir de entonces.

El regalo de la mañana o *morgengabe*, hecho por el novio a su esposa también fue dado de acuerdo con la ley del novio.⁸⁵

El precio de compra de la novia, por lo cual el marido adquirió el *mundium* sobre ella, fue determinado por la ley nacional de la novia.⁸⁶ De la misma manera, un novio lombardo pagaba el *reipus*, o dinero, a los parientes de la viuda de la raza salia con la que quería casarse.⁸⁷

Los contratos entre personas de diferente nacionalidad sólo ocasionalmente dieron lugar a conflictos de leyes, ya que en la mayoría de los pactos celebrados entre esas personas se observaban las formas del derecho romano. En consecuencia, los documentos contractuales en los que no se menciona ninguna ley aparecen invariablemente siguiendo las formas del derecho ro-

⁸⁴ *Concilium Triburiense*, 895, *ludicia*, c. 4, Boretius y Krause, *Capitularia*, II, MGH, p. 207: “De Francia nobilis quidam homo nobilem de Saxonia Saxonum lege duxit uxorem... Definivit super hoc sancta synodus ut ille transgressor evangelicae legis subigatur penitentiae, a secunda coniuge separetur, priorem resumere cogatur”. Véase también cap. 39, of rules of the *Council*, *op. cit.*, p. 235. Meijers, *op. cit.*, *supra*, nota 76, p. 556.

⁸⁵ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 391 y nota 42. Bernard y Bruel, *Chartes de Cluny*, I, núm. 189, p. 176 de 912: “...porcione mea secundum lege mea Gonbada in morgingiva... tibi dono ad abendum”.

⁸⁶ *Liutprandi Leges*, 127, MGH, 8o. series, p. 134.

⁸⁷ *Cartularium Langobardicum*, IV, núm. 16, A. Boretius, MGH, *Leges*.

mano.⁸⁸ En donde el derecho romano no se empleó en la elaboración de un contrato, y cuando se cumplían otras formalidades, los documentos se registraron por la legislación nacional de la persona que concedía o vendía, en lugar de la del comprador o del receptor. La fórmula usual es: “Yo, el conde Bernardo y mi esposa, Senegundis te damos, igual que mi ley, la Sállica, recuérdalo”.⁸⁹ En el siglo IX Ragimbaldo un franco dio tierras al monasterio cerca de Metz.⁹⁰ Las formalidades se dieron de alta ante un *placitum* (tribunal de “los cien”) según la costumbre de los francos. El conde Teodorico, en el siglo X, vendió bienes a la abadía de Babenberg.⁹¹ La transferencia real de la propiedad se llevó a cabo por el procedimiento de las leyes francas y sajonas. Los documentos procedentes de Lombardía, en todos estos casos de venta, recuerdan la nacionalidad del vendedor: es un romano, un salio, un ripuario, un gótico, un alemán, un bávaro o un borgoñón.⁹² En Cremona, en el siglo X, una transferencia de propiedad fue hecha por un lombardo a un franco llamado Alcherus. La formalidad del *launegild* se empleó en conformidad con la ley nacional del donante lombardo.⁹³ En este documento no se menciona específicamente la nacionalidad del donante, sino que debe inferirse.

La emancipación ocasionalmente dio lugar a conflictos de leyes. La ley de la persona que afirmaba su libertad era válida

⁸⁸ Stoff, *op. cit.*, *supra*, nota 73, p. 294. La noción de contrato fue mal desarrollada en la ley germánica. Véase la sección *infra* sobre la fusión de las leyes nacionales.

⁸⁹ Devic y Vaissete, *Hist. gén. de Languedoc*, v. 138, col. 300 (1985).

⁹⁰ Loersch y Schröder, R., *Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechtes*, Bonn, núm 77, 1881: “957-Tradidi namque per manus fidelium meorum lege salica viventium...”.

⁹¹ Loersch and Schröder, *op. cit.*, *supra*, nota 90, al núm. 83 (1027-1038).

⁹² Thévenin, *Textes*, 52, *Cartularium Langobardicum*, 2.

⁹³ *Historiae Patriae Monumenta*, XIII, 432: “Et accepi ego qui supra Arderigo a to qui supra Althecherio Launchild manitias pars uno”. Véase núms. 84 y 421 en el mismo trabajo. Cf. Troya, *Codice diplomatico longobardo*, v. 430, núm. 880, año 767, y núm. 118; Brunner, *op. cit.*, *supra*, nota 85, a vol. I, p. 389.

en los juicios.⁹⁴ Brunner, sin embargo, cree que en los casos en que el amo había ocultado el hecho de que el esclavo había vivido como un hombre libre, se aplicó la ley nacional del amo.⁹⁵ Un capitular interesante de 801 permite la súplica del antiguo esclavo que había gozado de libertad por 30 años para prevalecer contra la súplica contraria de los amos romanos y lombardos, pero no contra el de los amos francos o alamanes.⁹⁶ La razón era que estas últimas leyes no habían aceptado las reglas romanas de prescripción.

Los testigos de los documentos de venta, siempre que sus leyes fueran registradas, pertenecían a la nacionalidad del vendedor. Un capitular añadido a la ley de Salia ordena que cualquiera que deseara disponer de bienes tomara testigos adecuados “o entre los residentes del distrito o entre los que viven bajo la misma ley que él mismo”.⁹⁷ Un documento del siglo XII, originario de Turingia y citado por Loersch y Schröder, muestra esta regla en vigor en la venta de algunas tierras por una mujer noble a la iglesia de San Gregorio. El acto de venta afirma: “los testigos deben ser francos, porque la tierra vendida está situada en un país franco, y porque Matilda está sujeta a la ley de los francos”.⁹⁸ Aquí se observa la tendencia de la ley nacional a mezclarse con un principio territorial.

La ley personal del pupilo determinó la disposición de su propiedad y el arreglo de cualquier asunto legal que pudiera surgir.⁹⁹ De la misma manera, la ley de las tierras de la iglesia bajo la protección de los laicos fue válida contra la del protector.¹⁰⁰ En

⁹⁴ Brunner, *op. cit.*, *supra*, nota 85, a vol. I, p. 392.

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ Cap. I, núm. 98, MGH, p. 206, c. 8.

⁹⁷ Cap. I, núm. 136, MGH, p. 282, c. 6, citado *supra*. Véase también Brunner, *op. cit.*, *supra*, nota 85, vol. I, p. 388, notas 25 y 26.

⁹⁸ Loersch y Schröder, *Urkunden*, núm. 100, p. 76 y 1133-1152.

⁹⁹ Cap. I, núm. 91, MGH, p. 192, c. 5: “...ut viduas et orfanos tutorem habeant iuxta illorum legem, qui illos defensent...”.

¹⁰⁰ *Idem.*

la sucesión testamentaria la ley del testador regía las reglas de sucesión a la propiedad.¹⁰¹

Evidencia interesante de la forma en que el derecho de la parte “principal”, el cual es el de la persona que se obliga a sí mismo o de la propiedad enajenante, incluso si se adquiere indebidamente, recibió el reconocimiento judicial, está contenida en el procedimiento de juicio de los godos, Joshua y el franco Rodesagnus. Una iglesia perteneciente a Joshua había sido tomada por Rodesagnus y éste último prometió su restitución. Tal promesa fue hecha siguiendo un procedimiento familiar a los francos, el *adramitio*.¹⁰²

Una variante curiosa en la norma de que la ley del donante aplicó en transacciones de contrato o venta ocurre en el tratamiento de donaciones hechas a iglesias. Una ley de Liutprando, por favor especial, excusó a las iglesias de dar el *launegild* a cambio de los regalos hechos a ellos por los lombardos.¹⁰³ La inferencia es que el regalo debía hacerse de acuerdo con la ley de Lombardía, en lugar de la ley romana por la cual la iglesia pasó. Esto explica, según Stouff, la característica inusual que se nota en los actos de intercambio realizados en Lombardía entre las iglesias y los individuos.¹⁰⁴ La nacionalidad de los individuos involucrados en la transacción es a menudo citada, como en el acto de intercambio entre el abad del monasterio de San Ambrosio y el sacerdote Adelbert, que se menciona como viviendo bajo la ley lombarda.¹⁰⁵ En los territorios francos los intercambios apropia-

¹⁰¹ *Cap. Ital.*, I, núm. 105, MGH, p. 218, c. 14: “Observamus ut romanus populus successionem eorum iuxta suam legem habeant”. Cf. *Liut. Leg.*, 91.

¹⁰² *Thévenin, Textes*, núm. 114, contiene un relato de este interesante caso, basado en Germer-Durand, *Cartulaire de Notre-Dame de Nîmes*, 8 (898). Cf. También las súplicas en Narbonne, 933, Devic y Vaissete, *Hist. gen. de Languedoc*. v. 57, col. 160. En el *adramitio* o *arramitio* ver Brissaud, *Manuel*, p. 1384.

¹⁰³ *Liut. Leg.*, 73, MGH, 8o. series, p. 113.

¹⁰⁴ Stouff, “Étude”, *Rev. bourg*, 1894, pp. 296 y 297.

¹⁰⁵ *Hist. Patr. Mon.*, XIII, núm. 451 (913); entre Adelbert, Arquidiácono de Bérgamo y Landeric, viviendo conforme a la ley sálica, *Hist. Patr. Mon.*, XIII, núm. 604 (953). Véase también núms. 662, 710 y 786.

dos entre iglesias y francos se hacen a menudo de acuerdo con la ley sálica porque, como Stouff observa de nuevo, estos actos de intercambio se realizan generalmente en beneficio de la iglesia.¹⁰⁶

La ley aplicada a la propiedad de la tierra no varió a menudo. Un capitular de Luis el Piadoso, ya citado, hizo las tierras de la iglesia objeto y concibió las tierras de la iglesia sujetas a la ley del donante original de dichas tierras.¹⁰⁷ Las mujeres casadas¹⁰⁸ y el clero,¹⁰⁹ a pesar de que vivían conforme a otra ley, dispusieron de la propiedad según su ley nacional original. Así, encontramos “la separación de la propiedad de la tierra de la ley tribal de su poseedor ocasional”.¹¹⁰

El principio de la personalidad de la ley es aplicado por el derecho ripuario y varios de los capitulares al campo del procedimiento judicial.¹¹¹ Los juicios entre personas de diferente nacionalidad estaban sujetos a ciertas prescripciones generales: 1) el tribunal habitualmente se conformaba por jueces de la nacionalidad de cada litigante.¹¹² En el juicio de Josué y de Ro-

¹⁰⁶ Stouff, “Etude”, *Rev. bourg.*, 1894, p. 297. Thévenin, *Textes*, núm. 72 (836), intercambio de bienes muebles entre monjes y un sacerdote en Borgoña; *ibidem*, núm. 95 (862-863), intercambio de tierras entre una abadía y un laico en Borgoña; *ibidem*, núm. 169 (1081-1105), intercambio de siervos con una abadía.

¹⁰⁷ Cap. I, núm. 145, MGH, p. 297, c. 3.

¹⁰⁸ *Hist. Patr. Mon.*, I, Charrae, núm. 193 (961). Véase Pertile, *Storia del diritto italiano*, vol. I, 2a. ed., p. 69, nota 22.

¹⁰⁹ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 390, nota 35, cita el caso de la monja Warnhild, que en 856 vendió “iuxta saligam legem” lo que su difunto esposo le dio en su matrimonio “iuxta suam saligam legem”, *Registrum Farfense*, Roma, vol. II, 1881, p. 250. Véase también el caso de Felix, ya citado en un capítulo anterior. Él era un clérigo que dejó tierras a su hija y recibió el *launegild* según la ley lombarda, Kohler, J., *Beiträge zur germanische Privatrechtsgeschichte*, parte 2, núm. 2, p. 7.

¹¹⁰ Brunner, *op. cit.*, *supra*, nota 85, vol. I, p. 389.

¹¹¹ *Lex Ribuarica*, XXXI, 3, Sohm, MGH, p. 224, citado en su capítulo 1: “En iudicio interpellatus, sicut lex loci continet ubi natus fuit, respondeat sic”, cap. ital. Pippini, 790, cap. I, núm. 95, MGH, p. 201, c. 4.

¹¹² Véase *Cap. Miss. Spec.*, c. 48, cap. I, núm. 35, MGH, p. 104, citado en el capítulo 1.

destagnus participaron jueces góticos y salios;¹¹³ 2) se permitió a cada litigante retrasos de acuerdo con las reglas de su propia ley.¹¹⁴ En el juicio a que se hace referencia, los jueces dieron a Rodestagnus un retraso de cuarenta noches, basados en la ley sálica,¹¹⁵ y 3) cada litigante proporcionó pruebas, juramentos y testimonios prescritos por su legislación nacional.¹¹⁶ Los romanos produjeron testigos,¹¹⁷ los bárbaros trajeron ayudantes de juramento o sufrieron el duelo o el juicio de Dios.¹¹⁸ Una excepción a esta regla estaba contenida en el derecho borgoñón, que impuso el enfrentamiento judicial en cualquier caso que involucrara a borgoñones.¹¹⁹

Se necesitan unas cuantas palabras más sobre el tribunal ordinario de la ley franca, el *Mallum*, y su composición. La corte era, como dice Lot, una adaptación de la maquinaria previa a la conquista “a las nuevas necesidades de la administración germánica de la justicia”.¹²⁰ Asoció a romanos y bárbaros en una orga-

¹¹³ Thévenin, *Textes*, núm. 114; Stoff, “Étude”, *Rev. bourg.*, 1894, p. 301.

¹¹⁴ *Expositio*, c. 7, *Ad Lud.* P, 15, MGH, *Leges*, IV, p. 530: “Ceteri vero secundum suam legem, veluti Romanus 20 dies habeant indutias”.

¹¹⁵ Thévenin, *Textes*, núm. 114, p. 168: “Indices decreverunt et iudicium ut in quadraginta noctes suum auctorem presentare faciat”. Véase Pérard, *Recueil de plusieurs Pièces curieuses servant a l'histoire de Bourgogne*, París, 1664, p. 34.

¹¹⁶ Cap. ital., núm. 105, I, MGH, p. 219, c. 14: “...et quando iurant iuxta suam legem, iurent...”, ed. Pist. de 864, c. 20: “...secundum suam legem se inde sacramento idoneum reddat”. Cap. Legi Add. de 816, núm. 134, I, MGH, p. 268, c. 2. Cap. *Legibus Add.* de 818-819, núm. 139, I, MGH, p. 282, c. 6.

¹¹⁷ Muratori, L. V., *Rerum Italicarum Scriptores*, II, 2, 505, en un pleito de la abadía de Farfa. Véase también la noticia de un juicio dado en 870, *Chartes de Cluny*, I, núm. 15, p. 18.

¹¹⁸ Thévenin, *Textes*, núms. 5, 24, 25, 32, 46 (auxiliares de juramento); núms. 49, 102, 125, 160 (prueba por batalla); núm. 146 (*iudicium Dei*), núm. 39 (juicio de la cruz).

¹¹⁹ Agobard, *Adversus Legem Gundobadi*, 4, MGH, *Epistolae Karolini Aevi*: “Si subito contigerit alicui ex ipsis disceptatio in iudiciis, nullum poterit habere testem... eo quod non recipiatur testimonium super Gundobadum”. Agobard, *loc. cit.*, 6, 7 y 9.

¹²⁰ Lot, *Les Invasions germaniques*, p. 211.

nización judicial común. Esto lo hizo por medio de los pretendientes, el *rachimburgi* (i) o *boni homines* seleccionados de las razas principales. Más tarde, cuando el sistema judicial fue reformado bajo Carlomagno, éstos fueron reemplazados por los *scabini*, jueces profesionales o dictaminadores del juicio. Es una suposición razonable que la propia reforma se dictó por las necesidades del régimen de derecho personal, en particular la necesidad de un personal judicial familiarizado con las diversas leyes nacionales.¹²¹ La necesidad se repite más de una vez en los capitulares y se expresa ya en el siglo VII, en la *fórmula* de Marculfo citada en otro lugar.¹²²

A partir de entonces los jueces de diversas nacionalidades aparecen frecuentemente en los registros judiciales, aunque la composición de estos tribunales varía considerablemente en diferentes regiones. En el sur de Francia los documentos revelan el carácter mixto de los tribunales. Éstos ocurren en Marsella, en 844; en un pueblo cerca de Arles, en 845; en Toulouse, en 918; en Nimes, en 898; en Narbonne, en 933, y en Arles, en 968.¹²³ En el norte y el este existe la evidencia de Rabanus Maurus, de que el principio de los tribunales mixtos fue aplicado en Sajonia.

¹²¹ Althoffer, Bernard, *Les Scabins*, París y Nancy, 1938, p. V, encuentra la causa del desarrollo de *scabini* y *rachimburgii* en la personalidad de la ley. Ver especialmente pp. 107 y ss., sobre el papel de los *scabini* en la corte, y pp. 133-138, sobre la forma en que desempeñaron esta función. Véase la pp. 165 y ss. para un catálogo de acciones legales que involucraron a *scabini* en la era carolingia. Flach, J., *Les origines de l'ancienne France*, I, París, 1886, 228-229, también subraya la necesidad de *rachimburgii* y *scabini* pertenecientes a la misma nacionalidad que los litigantes: “qu'en d'autres termes ils fussent des Pares”. Más recientemente sobre el papel de *scabini*, Ganshof, F. L., “The Impact of Charlemagne on the Institutions of the Frankish Realm”, *Speculum*, 1965, XL, 1, pp. 55-57.

¹²² Marculfo, *Formulae*, I, 8; Zeumer, pp. 47 y 48. Sobre los capitulares de 802 (cap. I, núm. 34), y 806 (cap. I, núm. 35, c. 48), véase Ganshof, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

¹²³ Beauchet, L., *Histoire de l'organisation judiciaire en France-Epoque franque*, París, 1886, p. 287. Para ejemplos adicionales véase Cartulaire de Saint-Victor de Marsella, I, 290 (Arles); Perard, *Recueil de pièces servant à l'histoire de Bourgogne*, p. 35 (Autun).

Waitz generaliza esta regla para incluir toda la parte norte del imperio. Para Beauchet, sin embargo, la disposición en un capitular de 817 permite, en ausencia de testigos de la misma nacionalidad, el uso de otros —“vel si illos habere non potuerit, tunc de aliis quales ibi meliores inveniri possunt” (o si no ha podido tenerlas, luego de otras que se pueden encontrar allí entre las mejores)— plantea dudas sobre la aplicación del principio fuera del sur de Francia e Italia.¹²⁴

¿Qué tal la demanda de un gótico o un borgoñón en una región como Austrasia, donde no era probable encontrar *scabini* de la misma nacionalidad que los litigantes? Un capitular de Ansegisus permite la transferencia, bajo ciertas condiciones del caso, de modo que “liceat ei sacramentum in patria sua, id est in legitimo sui sacramenti loco jurandum offerre, et est qui cum eo litigatur, si velit, sequatur illum in patriam suam ad recipiendum illud sacramentum” (se le permitirá hacer el juramento en su propio país, es decir, ofrecer su confesión en el lugar legítimo del juramento, y el que litiga con él, que lo siga en su país con el fin de recibir ese juramento), permite, en otras palabras, un cambio de lugar para permitir al litigante el uso de su “legítimo” modo de prueba en su *patria*.¹²⁵

Un interesante *Capitulare Missorum* de 802, emitido por Carlomagno, ordena a los condes declarar conforme a qué ley viven y juzgar según esa ley.¹²⁶ Los litigantes romanos bajo esta regla

¹²⁴ Beauchet, *op. cit.*, *supra*, nota 123, p. 289. Waitz, G., “Sendrecht der Mainwenden”, *Zeitschrift für deutsches Becht*, XIX, p. 84.

¹²⁵ Beauchet, *op. cit.*, *supra*, nota 123, pp. 289 y 290. Chénon, *Histoire du droit français*, I, p. 240ff, vol. I, p. 268, c. 2, año 816, Boretius, MGH.

¹²⁶ *Capitulare Missorum Item Speciale*, 802, c. 48, vol. 1, MGH p. 104. Bethmann-Hollweg, A. A. v., *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*; Bonn, 1864-1874, vol. V, p. 75, nota 67, enmienda el pasaje en el texto para que diga “Confiteri faciant partes qua”. De esta manera él lo pone en aparente consistencia con Marculfo, Bk. I, núm. 8, antes citado, que no hace ninguna distinción en cuanto al derecho personal del juez. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 388, nota 27, rechaza la emenda y limita su efecto a Neustria. Brunner se opone a Sohm, *Die fränkische Reichsund Rechtsverfassung*, Weimar, 1871, p. 173.

tendrían que aceptar el juicio de jueces francos que declaran la ley franca o demandar un tribunal que contuviera jueces que profesaran ley romana. Aparentemente hubo casos frecuentes de jueces francos que decidieron demandas que involucraron a hombres de otras nacionalidades. La ordenanza habría tenido el efecto, si se observara estrictamente, de prohibir a los jueces que vivían bajo una ley nacional diferente de la de las partes en una demanda. Su aplicación puede haberse limitado a los *iudices*, en sentido estricto, y no a los condes, aunque el texto mismo parece explícito: “Ut comites et iudices confiteantur qua lege vivere debeant et secundum ipsam iudicent” (de manera que lo que cuenta es que los jueces declaren por cuál ley se debe vivir y acorde a esa ley dejarlo juzgar).

Una demanda que involucra a las abadías de San Denis y de Fleury, en el Loira, nos muestra una aplicación práctica. El caso fue interpuesto ante los jueces de la ley sálica, que, como los directores vivían según el derecho romano, estaban obligados a remitir el litigio a Orleans, donde podían encontrarse jueces del derecho romano.¹²⁷

¿Cómo se resolvieron los conflictos de leyes surgidos de los daños o los delitos? En el caso de la comisión de un crimen como el asesinato, se incorporaron dos consideraciones: en primer lugar, el culpable violó su legislación nacional; en segundo lugar,

Quien propuso que el juicio fuera juzgado y proscrito por su propia ley nacional. Brunner subraya acertadamente la autoridad real ejercida por el conde, que le permitió llevar a cabo la prohibición sin tener en cuenta su propia ley nacional, pero tal vez con alguna consideración a la ley nacional de la provincia que gobernó. C. 57 de la *Cap. Miss. Spec.* declara: “Caeteri vero banni, quos comites et iudices faciunt secundum legem uniuscuiusque componantur”; la ley nacional del juez ciertamente no se entiende aquí. Conciliar Marculfo, Bk. I, num. 8 y *Cap. Miss.*, 48, sugiero que el conde presidió en el tribunal en todo momento, pero que en el caso de los litigantes de nacionalidad distinta de la suya, seleccionó iudices o cognitores de las nacionalidades de los litigantes. Véase Brissaud, *Manuel*, p. 54, nota 1.

¹²⁷ *Miracula Benedicti, Acta Sanctorum*, VIII, Bolland, p. 309 (MGH, Scriptorum, XV, 1, p. 490).

el asesino incurrió en la hostilidad de la familia de la víctima, que, bajo la ley teutónica, incluso en una fecha muy tardía bajo los monarcas francos, se podría exigir vengarse de la parte culpable. La influencia del gobierno y de la ley se ejerció tempranamente para inducir a la familia del herido a renunciar a la *faida* o guerra privada y a aceptar un pago equivalente a la magnitud del daño o lesión sufrida. La consecuencia de esta segunda línea de pensamiento fue que era un privilegio de la parte perjudicada determinar la cuantía del daño de conformidad con las disposiciones precisas de su legislación nacional. La primera línea de razonamiento se basó en la concepción fundamental de la responsabilidad de una persona al castigo de acuerdo con los dictados de su ley personal, que se expresa claramente en el derecho ripuario.¹²⁸

La regla de la personalidad se aplicó en ciertos casos. El derecho ripuario establece que un juez salio, un borgoñón, un alamán o un miembro de cualquier otra raza acusada de haber cometido un delito en el país ripuario, no debe ser juzgado según la ley ripuaria, sino según su propia ley, “*sicut lex loci continet ubi natus vigor sic respondeat*” (así como la ley del lugar donde nació lo prescribe, por lo que puede responder).¹²⁹ Un capitular de 782 o aproximado, que trata de las fechorías de los cargos franco y lombardo en Italia, invoca las penas impuestas por la ley lombarda.¹³⁰ El caso de la monja lombarda que con la autorización de su tutor se casó con un franco es de interés porque el principio de personalidad se aplicaba en la medida en que el marido era castigado conforme a la ley franca y la monja y su tutor sujetos a las penas del

¹²⁸ Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 15a. (-14a.) ed., París, R. Genestal, 1930, pp. 85-90. Quien, sin embargo, no enfatiza adecuadamente el crimen público. Los aranceles de composición pueden considerarse como un “prime contre la vengeance” y no como una indemnización o multa, Lot, *Les Invasions germaniques*, pp. 166 y ss.

¹²⁹ *Lex Ribuaría*, XXXI, 3, 4. (XXXV, 3, 4 de la edición de Beyerle y Buchner, 1954).

¹³⁰ Cap. núm. 91, I, MGH, p. 192, c. 7.

derecho lombardo.¹³¹ El principio general aquí observado parece ser que la ley del acusado debe aplicarse en materia penal.

Muy poco a poco la opinión prevaleció en el sentido de que era la condición y el derecho de la víctima el que debía ser consultado en lugar de la ley personal del culpable. Un capitular de Pipin decreta que todo crimen que pueda dar lugar a la venganza privada debe ser resuelto por la escala de un acuerdo establecido determinado por la ley de la víctima.¹³² En Italia el principio así afirmado fue aceptado por completo. Un interesante documento de origen italiano considera la cuestión de acuerdos en el derecho romano. Su autor encuentra antecedentes romanos del acuerdo en la Ley de las Doce Tablas. El robo manifiesto o abierto según las Doce Tablas fue castigado con un pago de cuatro veces el valor del artículo robado. El robo no manifiesto conllevó una doble penalización. Si un romano fue robado por un lombardo, el lombardo, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de las Doce Tablas, pagará al romano una compensación del doble o cuádruple.¹³³ La doctrina aquí aceptada se ajustó a la regla establecida en el capitular de Pipin.¹³⁴ Un capitular italiano declara: “quando componunt, iuxta legem cui malum fecerint componant” (cuando acuerden, de conformidad con la ley con la que ellos han dañado se permite que realicen un acuerdo).¹³⁵ Otro capitular decreta una multa triple por robo y violación de la paz doméstica.¹³⁶

¹³¹ Muratori, *Rerum Italicarum Scriptores*, II b, 942 (circ. 874).

¹³² Pippini, *Capitulare*, núm. 95, I, MGH, p. 201, c. 4, citado *supra*.

¹³³ *Quaestiones ac Monita*, 7.

¹³⁴ Cap., núm. 105, I, MGH, p. 219, c. 14: “Langobardus vel Romanus si evenerit quod causam inter se habeant, observamus, et... quando iurant, iuxta suam legem iurent et, quando componunt iuxta legem, cui malum fuerint, componant...”.

¹³⁵ Además de cap. ital., núm. 105, véase *Cap. Harist* of the year 779, núm. 20, *Forma Langob.*, I, p. 49, c. 11. Véase *Cap. Pip.*, 782-786, núm. 91, I, p. 193, c. 8. Esto aparece en *Liber Leg. Lang. Pip.*, 8, en la forma: “...emendetur iuxta ut eius est lex, cui malum ipsum perpetratum fuerit”.

¹³⁶ Cap. núm. 70, I, MGH, p. 160, c. 2.

Los documentos del siglo IX contienen puntos de vista sobre la naturaleza del acuerdo y de sus incidentes de los dos tipos que acabamos de describir. Luis el Piadoso, en un capitular, prevé que un sajón o un frisón culpable de un delito contra un salio franco era responsable de una compensación fijada por la ley sálica.¹³⁷ El valor del dinero también fue fijado por esta ley, porque en este tiempo el contenido del *solidus* variaba considerablemente de un lugar a otro. Por otra parte, el *Capitulare de Villis* confirmó el antiguo principio de que la ley del culpable determinaba el monto de la compensación.¹³⁸ Ducange, en el artículo *Legem suam componere*, cita algunas cartas de Toulouse, e identificando la violación del contrato con el delito, hace responsable a la persona culpable del incumplimiento del contrato para el pago de una multa determinada por su propia ley personal.¹³⁹

Además de los dos aspectos de la naturaleza del derecho penal recién tratados, aparecen otros dos. La ley aplicada en materia penal en ocasiones es la *lex loci delicti commisi* o ley del lugar del delito.¹⁴⁰ Esta forma de justicia penal se aplica al delito de perjurio por una paráfrasis lombarda.¹⁴¹ La *Lex Saxonum* también decreta el castigo del delincuente sajón por la ley del lugar del crimen.¹⁴² La *lex fori* también aparece como la ley competente en

¹³⁷ *Capitula Legi Addita*, 816, I, núm. 134, MGH, p. 268, c. 3: "...ibi volumus ut quadraginta denariorum quantitatem solidus habeat, quem vel Saxo, vel Frisio ad partem Salici Franci cum eo litigantis solvere debet". El sólido de 12 *denarii* aparece en un capitel de 743, cap. I, MGH, p. 28, c. 2.

¹³⁸ Cap. I, MGH, p. 83, c. 4: "Franci autem qui in fiscis aut villis nostris commenant, quicquid commiserint, secundum legem eorum emendare student".

¹³⁹ Ducange, *Glossarium*, s. v. *Legem suam componere*.

¹⁴⁰ Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 386.

¹⁴¹ *Cap. Haristall.*, 779, *Forma Langobardica*, Capitularia I, MGH, p. 49, c. 10: "...sicut lex loci illius ubi periurium factum est, a longo tempore fuit".

¹⁴² Richthofen, Karl v., *Zur Lex Saxonum*, Berlín, 1868, pp. 2 y ss.; *Lex Saxonum*, c. 36, en MS adiciones al código Spangenberg citado por Brunner, *op. cit.*, *supra*, nota 140, vol. I, p. 386, nota 19: "...Secundum illorum legem ubi factum fuerit". El tribunal competente, como señala Brunner, es el sajón, por lo tanto no hay duda en esta ley de la *lex fori*.

el *Edictum Pistense*.¹⁴³ Esta regla, aunque no totalmente coherente con el principio de la ley personal, es una consecuencia de ella. Un cuarto aspecto en el que aparece la justicia penal es el delito público. Este tema se tratará a continuación.

El tratamiento de la delincuencia durante el periodo de la personalidad de la ley muestra así rastros de doctrinas divergentes sobre la naturaleza de los delitos contra el orden público y los individuos. Estas diferencias atestiguan el carácter heterogéneo de la sociedad y las fuentes legales de la época. Tres influencias distintas de las territoriales pueden ser reconocidas en el periodo franco con relación a la definición del delito: 1) el sistema de composición; 2) el principio de la personalidad del derecho, y 3) la *lex loci delicti commissi* y su variante, la *lex fori*.

Las reglas del régimen de derecho personal para la solución de conflictos, aunque parezcan inconsistentes a veces, revelan claramente el funcionamiento de un principio que guía los asuntos políticos y jurídicos: nadie puede obligarse a sí mismo y nadie puede perder un derecho, salvo mediante el “debido proceso” de la ley personal.

¹⁴³ *Edictum Pistense*, 864, cap. núm. 273, II, MGH, p. 315, c. 13: “In illis autem regionibus in quibus secundum legem Romanam iudicia terminantur, iuxta ipsam legem culpabilis iudicetur”. Véanse también los capítulos 16, 20 y 23. Aquí hay una pista de la *lex fori*. El decreto será tratado más detalladamente en un capítulo posterior.

EL *COMMON LAW* DEL IMPERIO FRANCO

I. DERECHO TERRITORIAL Y DERECHO PERSONAL

Pueden distinguirse dos corrientes que venían transformando el derecho romano y el bárbaro, acercándolos a una unión más estrecha.¹ Una afectó al derecho “público” o administrativo. Consistió en la extensión del poder real sobre el proceso, la *bannitio*, o citación real, reemplazando a menudo la *mannitio*, o “instancia” privada; así como el creciente papel del tribunal en la investigación y el castigo del delito, que a menudo ignoraba el sistema de la composición privada. La concepción del crimen avanzaba así a expensas del agravio, y con ello hacia un procedimiento uniforme.

La otra corriente es más difícil de rastrear, ya que sus efectos deben buscarse en la práctica jurídica y no en las leyes oficiales. Promovió una mezcla de ideas e instituciones del derecho privado y produjo cambios en el procedimiento y el contenido del derecho bárbaro y romano. Si llevaba a los galo-romanos lejos de las concepciones clásicas del *dominium* (propiedad) y del *testamentum* (testamento), socavó las ideas bárbaras tradicionales de la solidaridad familiar, introduciendo la propiedad individual, la sucesión femenina a la propiedad y una mayor influencia de la Iglesia sobre el matrimonio y el derecho de familia.

El *common law* que muestra así la evidencia del desarrollo en este periodo tiene una doble fuente, una en los capitulares, que son de aplicación uniforme, y la otra en las mismas leyes nacionales, a medida que se fusionan y unifican. Dejando el segundo

¹ Imbart de la Tour, P., *Histoire politique, des origines à 1515 (Histoire de la nation française, III)*, París, 1920, pp. 172-176.

sujeto para tratamiento en otro lugar, estudiemos las relaciones de los capitulares y las leyes nacionales. ¿Qué tan extrema era la ley territorial del periodo franco; hasta qué punto personal?

¿La distinción entre derecho territorial y derecho personal corresponde a la diferencia entre derecho público y derecho privado? Como respuesta tenemos que en el periodo franco el derecho público y el privado estaban inextricablemente mezclados, tal como en los primeros tiempos de la historia romana.² La Ley de las Doce Tablas era de derecho privado, en el sentido de que trataba de la constitución de la familia, de la *patria potestas* (la autoridad paternal) y de otras materias que hoy se clasificarían en el derecho civil; era una ley “pública” en el sentido de que la familia compartía con el Estado amplios poderes “políticos”. Sólo con el transcurso del tiempo, por ejemplo, las reglas de sucesión basadas en el principio agnaticio cedieron el paso a reglas en las que el sentimiento familiar, en lugar de la necesidad política, podía prevalecer con el testador.

De la misma manera, el derecho privado del periodo franco se basaba en ciertos principios “políticos”, como la solidaridad de la familia y, cuando esto desapareció, de los grupos sociales que tomaron su lugar. Sólo en ocasiones podemos distinguir una noción de derecho público en las ordenanzas y en las declaraciones de los emperadores franceses. Pero en el mejor de los casos estas declaraciones son teológicas más que políticas.³ El derecho público y el derecho privado están vinculados a todos los efectos.⁴

El proceso legislativo en este periodo sigue siendo predominantemente un proceso judicial que juzga más de jurisprudencia que de legislación.⁵ Incluso cuando se introducen cambios

² Jarriand, Emile, *Histoire de la Nouvelle 118 dans les pays de droit écrit depuis Justinien jusqu'en 1789*, París, 1889, pp. 429-431.

³ Véase Halpen, L., “L’Idée d’état sous les carolingiens”, *Revue historique*, vol. CLXXXV, 1939, pp. 59 y ss.

⁴ Pétrau-Gay, J., *La notion de “lex” dans la coutume salienne et ses transformations dans les capitulaires*, Grenoble, 1920, pp. 4 y 5.

⁵ Pétrau-Gay, J., “La «Laghsaga» salienne”, *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, XIV, 1935, p. 303.

importantes en la ley de la época, el proceso se oculta, por lo que Pétrau-Gay lo denomina acertadamente “prestidigitación jurídica”.⁶ El dogma o la ficción de la inmutabilidad de la ley se mantiene en todas partes, y sólo en asuntos fuera de la esfera de las leyes nacionales, o más bien, a través de otros canales, el real trabajará sin oposición. La legislación en el sentido de la interferencia *declarada* con reglas inmemoriales por un órgano independiente de gobierno que emite reglas *generales* no se desarrolla en el campo del derecho público hasta el siglo XIII, y en el campo del derecho privado, hasta el siglo XVI.⁷ Por lo tanto, no puede ser cuestión de utilizar la distinción entre derecho y costumbre como base para la división entre el derecho territorial y el derecho personal en los sistemas jurídicos del imperio franco.

Finalmente, se plantea la cuestión de hasta qué punto fueron territoriales las leyes nacionales del periodo personal y de los capitulares. Aquí uno se encuentra con la familiar distinción hecha por los estudiosos germanos entre las *volksrechte* (leyes nacionales) y el *reichsrecht* (ley imperial o territorial). De acuerdo con este esquema, las leyes nacionales fueron productos de la actividad orgánica de los grupos nacionales en el imperio franco y sujetos a cambio sólo a través de la iniciativa de los grupos que los emitieron. Los capitulares, a su vez, fueron leyes legisladas de los gobernantes francos que no alteraron las leyes nacionales, a menos que fueran ratificadas por los grupos nacionales a los que estaban destinados. Por lo tanto, el *capitulum legi additum*, o capitular adicional a una ley nacional, trataba de las mismas materias de derecho privado que la ley a la que estaba adscrita. Pero el *capitulum per se scribendum* (capitular emitido únicamente por el rey), así como el *capitulum missorum*, no destinados a la combinación con la ley personal, trataban únicamente de asuntos administrativos

⁶ *Idem.*

⁷ *Ibidem*, p. 305. Para un enfoque similar véase McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West*, p. 189.

o “políticos” del imperio. Esto en breve es la visión de la ley capitular de Boecio (menos por Seeliger), y otros.⁸

Estas teorías fueron desafiadas de forma sorprendente por Fustel de Coulanges, quien negó el carácter popular de las leyes nacionales e insistió en el origen real de toda la legislación en la época franca, así como las tradiciones romanas que la inspiraron.⁹ Aunque tenía mucho de verdad, la posición de Fustel de Coulanges fue demasiado extrema. Lo mismo se puede decir de las opiniones de Simón Stein, que también representan una reacción contra las concepciones de Boecio y los germanistas. Fustel de Coulanges no consideró adecuadamente el carácter consuetudinario de la ley del periodo, mientras que Stein no observó diferencias indudables entre el *capitulum legi additum* y el *capitulum per se scribendum*.¹⁰

El equilibrio entre estas opiniones ha sido logrado por Pétrau-Gay, cuyas ideas pueden resumirse como sigue: Hay una diferencia entre el *capitulum legi additum* y el *capitulum per se scribendum*, pero principalmente en la forma de emisión.¹¹ En el primero, el rey es el sucesor de la *laghsaga* o legislador de la costumbre alema-

⁸ Boretius, A., *Beiträge zur Kapitularienkritik*, Leipzig, 1874; Seeliger, G., *Die Kapitularien der Karolinger*, Múnich, 1893; Thévenin, M., *Lex et capitules* (Bibliothèque de l'Ecole des Hautes Études, fascículo 35), París, 1878, pp. 37 y ss. Seeliger es menos extremo y su estudio sigue siendo valioso. Para los juicios sobre esta literatura véase, sobre todo, Ganshof, F. L., *Recherches sur les capitulaires*, cap. 1. Una obra fundamental es Mayer-Homburg, E., *Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter*, vol. I: “Die fränkischen Volksrechte und das Reichsrecht”, Weimar, 1912, especialmente pp. 1-54, 425 y ss. Para el carácter oral del capitular véase el importante estudio de Dumas, Auguste, “La parole et l'écrit dans les capitulaires carolingiens”, *Melanges d'histoire du Moyen Age*, dedicado a la memoria de Louis Halphen, París, 1951.

⁹ Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, 2a. ed., pp. 63-135, 304-378 y 598-648, y *Les transformations de la royauté pendant l'époque carolingienne*, 2a. ed., pp. 356-411 y 453-500.

¹⁰ Stein, Simon, “Lex und Capitula”, *Mitteilungen des öster Institut für Geschichtsforschung*, Innsbruck, vol. 41, 1927, pp. 301 y ss.

¹¹ Pétrau-Gay, J., *La notion de “lex”*, pp. 295 y ss., y “La laghsaga”, *op. cit.*, *supra*, nota 5, en 288.

na; el *capitulum legi additum* es, por lo tanto, igual en autoridad a la *lex* que enmienda. El *capitulum per se scribendum* es emitido por el rey en virtud del *bannum* (autoridad coercitiva) poseído por el gobernante germánico y, también, en virtud de su autoridad como sucesor de los emperadores romanos; su duración está, por lo tanto, limitada sólo a la vida del rey.¹² Además, no hay diferencia de *contenido* entre los dos tipos de capitular; ambos tratan de los mismos asuntos, incluso del derecho privado.¹³

Lo que emerge de estas observaciones es que es difícil clasificar un grupo de fuentes de derecho como territorial y otro como personal. Los capitulares eran ordenanzas personales y territoriales. Las leyes nacionales (las *leges*), aunque predominantemente personales, también eran territoriales en ciertos aspectos.

Para algunas materias las leyes germánicas establecieron la uniformidad en el procedimiento legal, que anuló el principio del derecho personal y formó una reserva de principios legales territoriales en este periodo. Los visigodos emplearon el método romano de investigación judicial contra visigodos y romanos.¹⁴ La ley sálica impuso una exculpación a los romanos: “Si un romano es acusado de haber despojado a un franco, y no hay ninguna prueba segura, este romano deberá negar la acusación de veinticinco juramentadores”.¹⁵ El derecho ripuario prescribe la exculpación para romano, como a ripuario.¹⁶ El derecho Borgo-

¹² *Ibidem*, pp. 303 y 304, y “La Laghsaga’ salienne”, *op. cit.*, *supra*, nota 5, pp. 293 y ss.

¹³ *Ibidem*, pp. 252-254, e *ibidem*, en 288. El *Edictum Pistense*, cap., II, MGH, p. 315, establece normas de derecho privado, así como de derecho “público”, para todas las personas que viven fuera de las “regiones donde prevalece el derecho romano”. No se hace distinción alguna en cuanto a la nacionalidad. El edicto no es, ciertamente, un *capitulum legi additum*, aunque tiene algunas de las características de un *capitulum legibus additum*, o capitular adicional a todas las leyes nacionales. Para Pétrau-Gay la aparición de este segundo tipo de capitular marca el declive, o al menos, la transformación del sistema de derecho personal.

¹⁴ *Leges Visigothorum*, VI, I, 2, MGH, 8o. series, p. 176.

¹⁵ *Lex Salica*, XIV, 2, Hessel, cod. 2, col. 83.

¹⁶ *Lex Ribuaria*, LXVI, 2, MGH, p. 255.

ñón dice: “Si un hombre libre, bárbaro o romano, es acusado de un crimen, que jure con su mujer, sus hijos y sus parientes hasta el número de doce”.¹⁷

Como resultado del funcionamiento mutuo de las leyes nacionales y de los capitulares hubo cierta confusión en cuanto a sus respectivas esferas de aplicación. Hincmaro de Reims describe un “vuelo a los capitulares” en una de sus cartas: “Quando enim sperant aliquid lucrari, ad legem se convertunt: quando vero per legem non aestimant acquirere, ad Capitula confugiunt: sicque interdum fit, ut nec Capitula pleniter conserventur, sed pro nihilo habeantur, nec lex...”¹⁸

A consecuencia de la misma dificultad, un jurista lombardo trató de definir con más detalle los dos campos del derecho capitular y del derecho nacional.¹⁹ Bajo esta división, las leyes personales de los lombardos y los romanos cubrían sucesiones, contratos, juramentos y composición. “Con respecto a todos los demás asuntos, vivamos de acuerdo con el *common law*, que el más excelente maestro Carlos, el rey de los francos y los lombardos, ha añadido al edicto [lombardo]”. Como señala Stouff, el “criterio es exacto pero incompleto”, e intenta completarlo distinguiendo entre el derecho público y el privado, el primero dominado por la territorialidad, el segundo por el principio de la personalidad.²⁰ Pero además de ser demasiado preciso, esta distinción no nos ayuda a clasificar el contenido de la *communi lege* (*common law*). El pasaje sugiere realmente lo que se ha señalado anteriormente: que es imposible clasificar los capitulares como derecho público y las leyes nacionales, o *leges mundanae*, como derecho privado. La diferencia entre el derecho privado y el derecho público, aunque reconocido en el derecho franco, ciertamente no

¹⁷ *Leges Burgundionum*, VIII, 1, De Salis, MGH, p. 49.

¹⁸ Hincmar, *Opera Omnia*, París, Sirmond, 1645, pp. 217-225, Selección XV, titulada *Ad Episcopos Regni, Admonitio Altera pro Carlomaño Rege apud Sparnacum Facta*.

¹⁹ *Capitula Italica*, I, núm. 105, MGH, p. 219, c. 14.

²⁰ Stouff, “Étude”, p. 29.

se corresponde con ninguna clasificación de las fuentes legales. Savigny se esfuerza por desmentir esta declaración, que hace de las capitulares fuentes de derecho privado.²¹ Pero es cierto que los capitulares “adicionales a las leyes nacionales” incluyen lo que hoy podemos llamar el derecho privado. Por “derecho consuetudinario”, tal como se utiliza en el pasaje, por lo tanto, deben entenderse doctrinas, prácticas o procedimientos legales, de derecho público o privado, originados en el derecho popular o la voluntad real, que se hicieron comunes al imperio por los capitulares.

Un capitular de Luis el Piadoso, emitido en 821 d. C., es también importante para la distinción entre los capitulares y la ley nacional, que se expresa en sus palabras finales: “pero no sólo se les llama ley, sino que se han de considerar como ley”.²² Esto transforma ciertos *capitula per se scribenda* en *capitula legi addita*.

No encontramos en el periodo franco la clara articulación entre las diversas esferas de la ley que algunos estudiosos modernos imaginan para nosotros. Teniendo esto en mente, examinemos las ramas del derecho a las que estaban sujetos los principios territoriales.

Las mismas autoridades se impusieron en los diversos distritos sobre los miembros de todas las nacionalidades.²³ Marculfo proporcionó una fórmula, mencionada en el capítulo anterior, que contiene el acto de nominación de un conde en la monarquía merovingia, que gobierna en nombre del rey a “hombres de todas las razas, francos, borgoñones, romanos”.²⁴ El sistema judicial o la organización judicial, aunque adaptado a las necesi-

²¹ Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. I, p. 174.

²² *Capitularia*, num. 143, Boretius and Krause, MGH, c. 5: “Generaliter omnes admonemus ut capitula quae praeterito auctoris legis salicae per omnium consensum addenda esse consumimus, iam non ulterius capitula sed tantum lex dicantur, immo pro lege teneantur”. La importancia de esta afirmación para el crecimiento de la jurisprudencia está indicada por Pétrau-Gay, “La Laghsaga”, *op. cit.*, *supra*, nota 5, pp. 281 y ss. *Cf.*, Thévenin, *Lex et capitula*, pp. 139 y 140. Ver especialmente Ganshof, *Recherches sur les capitulaires*, pp. 74-78.

²³ Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, pp. 274 y ss.

²⁴ Marculfo, I, 8, discutido *supra*, cap. 2, nota 126.

dades del régimen de derecho personal, tal como se ha explicado anteriormente, se organizó, sin embargo, de manera territorial y unitaria.²⁵

El procedimiento también fue regido, en muchos aspectos, por principios territoriales. Los reyes francos habían heredado de los romanos los avanzados procesos judiciales de investigación por parte del juez y las leyes de la evidencia, y de la tradición bárbara el sistema de composición y autoayuda individual.²⁶ Ambos sistemas se fusionaron en el procedimiento dominante del periodo franco, de modo que los romanos aceptaron el principio de composición individual y los bárbaros se adaptaron al procedimiento judicial e inquisitorial.²⁷ Los capitulares convirtieron estas prácticas en derecho consuetudinario.

En el derecho penal hay cierta duda acerca de hasta qué punto la ley personal se aplicó. Esta cuestión se plantea en otros lugares con relación a los conflictos de leyes, pero parece claro que se debe hacer una distinción entre composiciones por delitos privados debidos a particulares y violaciones al interés público que no están sujetos a los sistemas del derecho nacional. Las siguientes afirmaciones ilustran el funcionamiento de la ley “pública”.

²⁵ Stouff, “Étude sur le principe de la personnalité des lois depuis les invasions barbares jusqu’au XII siècle”, *Revue Bourguignonne de L’enseignement Supérieur*, vol. IV, 1894, p. 31. Los documentos que revelan la organización judicial basada en fundaciones territoriales existen en gran número. Los siguientes se incluyen en Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques mérovingienne et carolingienne*, parte I, *Institutions privées*, núms. 32, 36, 41, 80, 85, 100, 100 bis, 100 ter, 102, 104, 107, 108, 115, 123, 128 y 131 (todos ellos relacionados con el público *mallum*); núms. 37, 39, 62, 89, 94, 101 y 133 (sobre otros motivos).

²⁶ Esmein, *Histoire du droit français*, pp. 85-90.

²⁷ Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, pp. 418 y 419. El monasterio de san Denis presentó una demanda contra una abadía en 692. A pesar de que ambas partes parecen haber sido bajo el derecho romano, el acusado fue juramentado por tres ayudantes de juramento, que no cumplió y perdió el caso. Pardessus, J. M., *Diplomata*, París, II, núm 424, 1843. Véase Wetter, P. Van, *Droit romain et droit germanique*, I, p. 15, nota 2, para esto, así como otros ejemplos de territorialidad.

Indudablemente, el sistema de derecho penal romano gozó de la aprobación de los monarcas francos. Childeberto II, en su decreto del año 596, concedió a los tribunales el poder de la vida y la muerte sobre sus súbditos y les ordenó que colgaran a los asesinos en caso de ser detenidos en *flagrante delicto* (en la comisión de un delito). Los *rachimburgi* (demandantes) no tendrían parte en este procedimiento: “El hombre que ha sabido matar debe aprender a morir, no deseamos que se redima ni componga”.²⁸

Los capitulares a menudo no hacen ninguna distinción de raza en materia de derecho penal. La mayoría de los textos de capitulares que prescriben una pena comienzan con las palabras *si quis* o *si quis ingenuus, si quis servus*, expresiones generales que implican que, en ciertos aspectos al menos, el derecho penal era uniforme.²⁹ El cuarto artículo de la Constitución de Clotario ofrece primero a los nativos el beneficio del derecho romano, pero sólo para sus asuntos privados; permanece en silencio con respecto a los crímenes.³⁰ Gregorio de Tours no parece hacer ninguna distinción entre los romanos y los bárbaros con respecto al derecho penal. El mismo castigo que recogemos de sus cuentas se aplica a todos.³¹

²⁸ *Childeberti II Regis Decretio*, 596 (?), c. 5, *Capitularia*, I, MGH, pp. 15 y 16.

²⁹ Véase, por ejemplo, el *Edictum Pistense*, núm. 273, MGH, II, pp. 312 y ss. La evidencia de un sistema unitario es organizada por Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, cap. XIII, pp. 406 y ss., y *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 2a. ed., pp. 359 y ss. Asimismo, Combes, L. de, “L’Invasion des barbares, l’église et le statut personnel”, *Revue Catholique des Institutions et du Droit*, vol. 22, 1899, p. 419.

³⁰ Cap. I, MGH, p. 18, c. 4, citado *supra*, cap. III.

³¹ Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, pp. 468-471. Sin embargo, la historia de Vigilius, el archidiacono de Marsella, grabado por Gregorio de Tours, *Historia Francorum*, R. Poupardin, IV, 43, tiende a mostrar el principio de la personalidad de la ley en funcionamiento. Aunque liberado del pago de una multa de 4,000 *solidi*, Vigilius obtuvo contra Albinus la imposición de una multa del cuádruple, de acuerdo con la ley romana. Esto es explicado por De Combes, *op. cit.*, *supra*, nota 29, en 421, como un caso excepcional, debido a la posición especial de la Provenza, que en la época conservaba parte de su

La naturaleza de la Constitución del imperio franco es una cuestión de disputa.³² Las fuentes del derecho muestran al gobernante en varias posiciones. Aunque las leyes nacionales de algunos de los pueblos bárbaros son declaraciones de costumbre y el poder legislativo del rey revela prácticamente una nulidad, otros códigos, como los de los borgoñones y de los visigodos, son leyes casi legislativas en nuestro sentido del término.³³ Es en los capitulares, sin embargo, el poder legislativo del rey, como sucesor de los césares romanos, se hace más acentuado.

Parece seguro concluir que porciones importantes de las leyes y capitulares de la era franca muestran características territoriales y personales. No obstante, la distinción entre personalidad y territorialidad se debe buscar en disposiciones específicas de las leyes, más que en cualquier clasificación de las fuentes de derecho.

II. LA FUSIÓN DE LEYES EN EL PERIODO FRANCO

Las leyes personales se tomaban prestadas libremente unas de otras. Los capitulares y los cánones de los concilios eclesiásticos contribuyeron con su parte al acervo común de las instituciones. El resultado del proceso de fusión fue el establecimiento de un

independencia en el imperio. El relato completo de este episodio es poco claro y no puede ser aducido en defensa de los principios personales o territoriales.

³² Esmein, *Histoire de droit français*, p. 57.

³³ *Ibidem*, *supra*, nota 32, pp. 65, 99 y 100. Esmein, *Histoire*, p. 677, enfatiza la prioridad de la ley escrita sobre la costumbre en el imperio franco. Este último, afirma, no puede ser invocado salvo en ausencia de un texto escrito. A este autor le parece que Esmein subestima el carácter acostumbrado de la mayoría de las *leges barbarorum*. Esto a pesar de los capitulares de Pipino, cap. Ital. 790, c. X, Boretius, cap. I, 201: “Ubi lex est, praeceat consuetudinem et nulla consuetudo superponatur legi”, y de Carlomagno (802), Boretius, cap. I, 96: “Ut iudices secundum scriptam legem justo iudicente, secundum arbitrium suum”. La *lex* sigue siendo sólo una parte de la costumbre, la parte escrita.

common law, o a veces de varias leyes comunes, que sobrepasaban la diversidad de las leyes personales, e incluso de las costumbres regionales. Los ingredientes que entraron en la síntesis estaban bastante bien difundidos, pero el derecho romano gozó de una preponderancia marcada en el sur de Francia y en muchas partes de Italia, mientras que los códigos bárbaros, recién fusionados en varias leyes territoriales, predominaban en el norte de Francia, Alemania y, por un tiempo, parte del norte de Italia. Si el imperio carolingio hubiera sobrevivido, Europa Occidental habría podido lograr, sobre la base de esta síntesis parcial, lo que Inglaterra más tarde hizo: un sistema de *common law* y administración legal.³⁴

No quedaría dentro del alcance de este estudio realizar un estudio sistemático de los resultados de las síntesis jurídicas que se estaban produciendo en los siglos IX, X y XI. Un breve resumen, que está en peligro de convertirse en un mero catálogo, es todo lo que se puede intentar aquí.

En ningún campo los efectos de esta fusión se marcaron más que en las leyes que tratan de la condición de las personas. Las leyes romana y germánica adoptaron diferentes puntos de vista con respecto a la entrega de la libertad personal. El derecho germánico permitió tal enajenación,³⁵ el derecho romano lo prohibió.³⁶ Los *romanii* a menudo terminaban aceptando la regla germánica y dándole un tegumento románico.

Había varios métodos de manumisión, algunos romanos y algunos bárbaros.³⁷ El método franco consistía en liberar esclavos

³⁴ Smith, *The development of European law* 20 (Nueva York, 1928).

³⁵ Tacitus, *Germania*, 24: "Venire se et alligari patitur".

³⁶ Digest, XL, 12, 10; Just. cod. VII, 16, 10. Varias de las *formulae* se refieren a la venta de la libertad, *Formulae Andecavenses*, 19 (Zeumer, *Formulas*, MGH, pp. 10 y 11, De Roziere, *Formules*, núm. 45). Cf. *Formulae Andecavenses*, 25 (Zeumer, MGH, p. 12, De Roziere, *Formules*, núm. 46); *Formulae Tironenses vel Sirmondicae*, 10 (Zeumer, MGH, pp. 140 y 141, De Roziere, *Formules*, núm. 44). *Recueil des Chartes de l'Abbaye de Cluny*, Bernard y Bruel, I, 30 (887). *Sententiae*, Paul, Haenel, II, 19, 1, p. 366.

³⁷ Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2a. ed., pp. 297-302. Chénon, *Histoire de droit français*, I, pp. 355-361.

por *denario* (por compra ficticia). El método romano de manumisión era por testamento, por carta o por *ecclesiam* (en la iglesia).³⁸ Sin embargo, los francos y los lombardos liberaron a sus esclavos por el método romano, con la consecuencia de dotar a los libertos de la ley personal correspondiente a la forma de emancipación.³⁹

Las formalidades y las donaciones relacionadas con el matrimonio pertenecían al ámbito del derecho personal. Las leyes germánicas tomaron una opinión diferente de estas materias de la del derecho romano.⁴⁰ Los regalos matrimoniales en la ley germánica se originaron con el cónyuge (por ejemplo, el *morgengabe*), en el derecho romano con la familia de la novia (por ejemplo, la *dos*). Entre otros cambios que ocurrieron, los *dos* romanos casi desaparecieron para dar paso a los *dos ex marito*, una institución híbrida que se aproximaba al *morgengabe*.⁴¹

Las reglas de la capacidad jurídica experimentaron una unificación generalizada durante el periodo de la personalidad de la ley. La síntesis de las leyes bárbaras y romanas de la capacidad⁴² llevó a la aceptación por algunos de los bárbaros del principio romano de tutela en interés del pupilo, y, por parte de los romanos, a la resurrección de la antigua *tutela perpetua*, o tutela perpetua

³⁸ *Lex Salica*, XXVI, 1, 2, Behrend, pp. 45 y 46; *Lex Ribuaría*, LVIII, 1; LXI, 3; LXII, 2; LIV, 2. Thévenin, *Textes*, núms. 11, 20, 27 y 34.

³⁹ *Liutprandi Leges*, 9, MGH, 8a. series, p. 89. *Lex Ribuaría*, LXI, 1, MGH, p. 252: “Si quis servum suum libertum fecerit, et civem Romanum portasque apertas conscripserit”.

⁴⁰ Viollet, *op. cit.*, *supra*, nota 37, p. 774. Chénon, *Histoire du droit français I*, 381 y ss.; Thévenin, E. g., *Textes*, núm. 42; Van Wetter, *Droit romain et droit germanique*, parte I, pp. 66 y 67, nota 4.

⁴¹ Tacitus, *Germania*, 18: “Dotem non uxormarito, sed uxori maritus offerit”. Para *morgengabe* véase Thévenin, *Textes*, núms. 48 y 78. La cónyuge, sin embargo, trajo al marido bajo el nombre de los bienes de *faderfio* que administró, pero parte de la cual, probablemente, fue tratada como su propiedad, *Leges Longobardorum, Rotharis*, 182, 201; Brissaud, *Manuel*, pp. 1640 y ss.; Chénon, *Histoire du droit français I*, 403 y 404. La confusión es evidente en varios documentos de *Chartes de Cluny*, Bernard y Bruel, pp. 7, 88, 105, 189 y 358 (Thévenin, *Textes*, núms. 175, 176, 177, 178 y 179).

⁴² Brissaud, *Manuel*, pp. 1143-1147 y 1159.

de las mujeres, de conformidad con los principios jurídicos bárbaros.⁴³ En otras palabras, los romanos adquirieron el *mundium* (autoridad paterna y marital) sobre las mujeres.

Las reglas bárbaras de prescripción dieron lugar, gradualmente, a los principios romanos de prescripción adquisitiva de 20 años y prescripción extintiva de 30 años.⁴⁴ El dominio de los principios romanos estaba asegurado, aunque la prescripción se trataba en uno de los capitulares de Carlomagno como dentro del dominio de la personalidad.⁴⁵

El tema de los acuerdos o convenios legales, aunque basados en el principio de la personalidad, revelan una fusión de principios germánicos y romanos, pero con las ideas romanas que se convirtieron en dominantes.⁴⁶ El derecho germánico no tuvo una noción claramente definida de contrato en el periodo de las invasiones. Los códigos bárbaros parecían confundir contratos y medios de transporte de la misma manera que lo hizo el derecho romano inicial en el Código de las Doce Tablas.⁴⁷ En general, bajo la influencia del derecho romano los bárbaros desarrollaron una apreciación más aguda de los elementos esenciales de un contra-

⁴³ Stouff, "Étude", *Rev. bourg.*, 1894, p. 42. ¿Se instituyó la patria potestas romana a favor de los padres? ¿Se estableció el *mundium* de la ley germánica a favor de los dependientes? Wetter, P. van, *Droit romain et droit germanique dans la monarchie franque*, parte I, París, 1899, pp. 37-57. Heusler, A., *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Leipzig, núm. 156, 431, 1886.; Chénon, *Histoire*, I, 380 y 393. La venta de niños era común y estaba regulada por el *Edictum Pistense*, 864, MGH, *Capitularia*, vol. II, núm 273, do. 34. Véase Thévenin, *Textes*, núm. 156, para una venta típica de este tipo, y Loersch y Schröder, *Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechts*, 2a. ed., núm. 87, para la venta de la cónyuge y de los niños alrededor del año 1100. Para la venta del *mundium* sobre una esposa véase MGH, *Leges*, IV, p. 461 (Thévenin, *Textes*, núm. 47).

⁴⁴ Brissaud, *Manuel*, pp. 1271 y 1272; Viollet, *Histoire du droit civil français*, pp. 570-573. Chénon, *Histoire*, I, 440-443.

⁴⁵ Capitularia, I, 98, MGH, p. 206, c. 8.

⁴⁶ Brissaud, *Manuel*, pp. 1377 y ss; Viollet, *Histoire du droit civil français*, pp. 594-603; Stouff, *op. cit.*, *supra*, nota 43 a 46 y ss.; Chénon *Histoire*, I, 436-440.

⁴⁷ Van Wetter, *Droit romain et droit germanique*, parte II, p. 10; Stouff, *op. cit.*, *supra*, nota 43-46.

to, especialmente el “compromiso mental”. Bajo la influencia del derecho romano adquirieron la costumbre de usar la escritura para celebrar un contrato. Viceversa, los romanos se retiraron de las ideas jurisprudenciales avanzadas del imperio y recurrieron a un uso mayor de formalidades, tales como las condiciones (*stipulations*). Luego dieron un paso más allá y añadieron a los elementos típicamente romanos del contrato las formalidades bárbaras del *launegild*, del *wadium* y del *handelanc* (mano o guante).⁴⁸ Los germanos hicieron uso de ambos factores. El resultado fue la existencia de un *common law* de contrato, principalmente romano en su origen, empleado igualmente por romanos y bárbaros.⁴⁹

El tratamiento de la voluntad y la sucesión testamentaria en el periodo de la personalidad de la ley muestra tendencias hacia la unidad y la territorialidad del derecho.⁵⁰ Los propios germanos carecían de testamento en la época de Tácito,⁵¹ e incluso en el momento de las invasiones, pero pronto tomaron prestada la institución de los romanos.⁵² Esto a pesar de que los germanos, como los romanos de los primeros tiempos republicanos, poseían una voluntad que tenía las características de una *donatio inter vivos* (donación entre vivos).⁵³ La antigua *familiae emptor romana* (com-

⁴⁸ E. g. *Hist. Pat.*, Mon., XIII, núm. 681: 964. Ego... Zachan... qui habitare videor infra civitate Brixiam, ...tibi vero Andreverga dilecta plurimum sponsa mea promisi tibi dare ipso die quando to sponsavi, in qua etiam per wadium firmavi, terciam porcionem secundum lego mea romana; quod tibi promisi, adimplere desidero. Proinde pro dotis donationem titulum et propter nuptias dare hac tradero videor... tibi iam dicta... uncias quattuor, quod est porcio tercia ex universam omnem meam substantiam.

⁴⁹ Stouff, “Étude”, *Rev. Bourg.*, p. 54. Lemarignier, M., “Les Actes de droit privé merovingien et carolingien de l’abbaye de Saint-Bertin”, *Revue du Nord*, t. XXIX, 1947, pp. 271 y 272, señala la confusión en los documentos entre los actos de venta y los regalos.

⁵⁰ Brissaud, *Manuel*, pp. 1578 y ss.; Viollet, *Histoire du droit civil français*, pp. 862-864 y 890-891; Chénou, *Histoire*, I, pp. 454 y ss.

⁵¹ Tacitus, *Germania*, 20.

⁵² Chénou, *op. cit.*, *supra*, nota 50, I, pp. 457 y 458.

⁵³ Brissaud, *Manuel*, pp. 1583-1584 y 1596-1598; Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2a. ed., pp. 890 y 891.

prador ficticio de bienes) tenía su contrapartida en el *salmann* germánico (fideicomisario).⁵⁴

La sucesión intestada, aunque técnicamente un asunto para la determinación de las leyes nacionales, se sometió a las reglas del *common law*, cuyo desarrollo se ha descrito.⁵⁵ El derecho romano difería del derecho germánico en la igualdad que reconocía entre ambos sexos y también en los derechos de sucesión concedidos a los hijos de un padre fallecido. Las leyes germánicas excluyeron, en gran medida, a la mujer de los herederos en la testamentaria y también excluyeron a los nietos que eran hijos de un hijo o hija previamente fallecidos.⁵⁶ Las prácticas romanas y bárbaras se fusionaron y, si los romanos aceptaron menos frecuentemente el gobierno romano con respecto a la igualdad de herencia, los bárbaros aceptaron no menos rara vez su propio gobierno con respecto a la inferioridad de la hembra en la sucesión intestada.

La sucesión de nietos por representación en línea directa, tanto entre los romanos como entre los bárbaros, sufrió un cambio.⁵⁷ En general, la sucesión de los nietos a la herencia de la madre estuvo ausente en algunas de las leyes bárbaras y limitada en el código teodosiano,⁵⁸ produciendo un progreso.

Las leyes comunes que se estaban incrementando en varias partes del imperio franco nos muestran sus ingredientes de origen germánico y romano. Del derecho germánico surgió el sis-

⁵⁴ Van Wetter, *Droit romain et droit germanique*, parte II, pp. 13 y 14. Thévenin, *Textes*, núms. 35, 78, 82 y 132, contienen ejemplos de donaciones; núms. 18, 73, 76 y 99, contienen testamentos. Aubenas, M., *Testamento en Provenza*, Aix-en-Provence, 1927, p. 18, señala que la mayoría de los actos del siglo XI descritos como testamentos son, en realidad, donaciones entre vivos.

⁵⁵ Brissaud, *Manuel*, pp. 1525 y ss.; Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2a. ed., pp. 817 y ss.; Chénon, *Histoire*, I, pp. 443-451.

⁵⁶ Stouff, "Étude", *Rev. Bourg.*, pp. 273 y 274.

⁵⁷ Brissaud, *Manuel*, p. 1538; Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2a. ed., pp. 832 y ss.

⁵⁸ *Cod. Theod.*, V, 1, 4 (*De Leg. Her.*). *Grimwaldi Leges*, 5, MGH, 8a. serie, p. 75. *Capitularia*, I, núm. 7, MGH, c. 2; Chénon, *Histoire*, I, pp. 444 y ss.

tema de composición, el método de prueba por juramento y por compurgadores, la tutela perpetua de las mujeres, la noción de autoridad familiar contenida en la palabra *mundium*, la posibilidad de libertad, la sustitución de la dote al lado del hombre y nuevas formas de testamento o sucesión.

Del derecho romano también llegaron elementos importantes del nuevo derecho consuetudinario. Tales fueron algunas de las formas de manumisión, los tipos de contrato, las donaciones en el matrimonio, algunos tipos de tutela, las reglas de la larga prescripción, las cláusulas de las convenciones y los testamentos, las formas de sucesión intestada y la división equitativa de la propiedad entre hijos e hijas. Es difícil evaluar esta influencia romana y declarar definitivamente que el derecho romano fue la influencia dominante en la ley mixta del periodo franco posterior, como Stoff afirma.⁵⁹ Es más seguro tratar el ingrediente romano en términos de nomenclatura que de sustancia. Cuando toda la ley se convirtió en costumbre, la única influencia permanente que sobrevivió fue el recuerdo del apego al derecho romano, como Montesquieu lo había señalado con tanta claridad.⁶⁰ Estos recuerdos del derecho romano ayudarán a darse cuenta de la recepción de la ley de Justiniano más adelante, en el *pays de droit écrit* (país de derecho escrito).

⁵⁹ Stoff, “Étude”, *Rev. Bourg.*, p. 278. En este asunto Stoff, sin duda, se inclina hacia los puntos de vista romanistas de Fustel de Coulanges, Blondel, G., *Nouv. Rdo. Hist. de franc franc et etran.*, 1895, p. 120. Un tratamiento filológico de las leyes germánicas desde el mismo punto de vista es Wiener, Leo, *Commentary to the Germanic Laws and Medieval Documents*, Cambridge, Mass., 1915, especialmente las palabras *Fredum, Faída, Testibus Idoneis*. Para una visión equilibrada, Halban, A. von, *Das römische recht im den germanischen Volksstaaten*, II, pp. 313 y ss. Para una revisión del trabajo de Von Halban, Rintelen, M., *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, XXIX, Germ. Abt., pp. 383-387.

⁶⁰ *Spirit of the Laws*, Bk. XXVIII, cap. 12.

EL DECLIVE DE LAS LEYES PERSONALES

I. DECLINACIÓN DEL SISTEMA DE DERECHO PERSONAL: GENERALIDADES

La decadencia de las leyes nacionales se produjo entre los siglos IX y XI, y en Italia el proceso de cambio es más fácil de seguir que en Francia. En primer lugar, las leyes personales sobrevivieron durante un periodo más largo aquí que en otros lugares. En el siglo X, cuando la mención de las leyes nacionales en otros lugares casi desapareció, en Italia las leyes lombarda y romana continuaron practicándose una al lado de la otra. Los documentos italianos de los siglos X y XI abundan en profesiones de derecho.¹ El centro para el estudio de la ley lombarda fue Pavía, donde se originó la organización sistemática del Edicto lombardo, conocido como la *Lombarda*.² Mientras el estudio del derecho romano cobraba ímpetu en Bolonia y en otros lugares, las escuelas lombardas revisaban y analizaban los contenidos del Edicto, y a principios del siglo XIII la *Lombarda* tuvo su gran comentarista en Carolus de Tocco.³ Aunque las leyes lombardas sufrieron una considerable influencia romana como resultado de este tratamiento, su carác-

¹ Las siguientes profesiones ocurrieron a comienzos del siglo: *Historiae Patriae Monumenta*, XIII, anno 1000, núm. 986 (factura de venta): Johannes..., qui professo sum lege vivere langobardorum, *idem*, anno 1000, núm. 987 (intercambio de bienes). No hay duda en estos documentos de puro derecho lombardo. Las influencias romanas, así como otras, se manifiestan en algunas de las disposiciones.

² Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 563.

³ Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. V, pp. 174-183. No hace falta decir que Carolus era un romanista entrenando así como un lombardista.

ter distintivo sobrevivió de alguna manera, incluso después de la recepción del derecho de Justiniano comenzó a inclinar la balanza en su contra.⁴ En 1038, si pudiésemos dar crédito a la fecha, el emperador Conrado II, por edicto, hizo de nuevo al derecho romano la única ley en los territorios romanos.⁵

La supervivencia del derecho lombardo al lado del derecho romano en Italia, mucho después de que las leyes nacionales hubieran dejado de ser citadas en Francia, es un fenómeno curioso. Somos testigos de una lucha comparable aunque distinta, de similares en Francia y Alemania, entre la costumbre nativa y la ley “aprendida” basada principalmente en el estudio reavivado de los libros de derecho de Justiniano.⁶ Tanto si el conflicto estaba entre los *moderni* y los *antiqui* de Pavía, o más tarde entre los lombardos de Pavía y los romanistas de Bolonia,⁷ o aún más tarde entre los *mos italicus* que representaban la adaptación bartolista de la ley romana y nativa, y el *mos gallicus* de Cujas y los exponentes de una jurisprudencia romana purificada,⁸ vemos una alternancia de antagonismo inflexible entre ellos (como con Lucas de Penna) y el ajuste mutuo (como con Carolus de Tocco).⁹ De hecho, “hasta la introducción de los códigos franceses, en el periodo legislativo de la década de 1800, se pudo decir que la ley lombarda perdió por completo su vida independiente”.¹⁰

⁴ El derecho lombardo se convirtió en *faex* en contraposición a la ley o *lex* romana. Véase, en general, Neumeyer, K., *Die gemeinrechtliche Entwicklung des Internationales Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, parte I, *Die Geltung der Stammesrechts in Italien*, pp. 217-223. Para la expresión *faex, non lex*, p. 61, nota 7.

⁵ *Cambridge Medieval History*, III (1926), p. 267. Véase, no obstante, cap. 2 y nota 66, *supra*.

⁶ Para Francia, Meynial, E., *Mélanges Chabaneau*, Erlangen, 1906, pp. 557-584; para Alemania, Stintzing, en general, *Survey of Events, Sources, Persons and Movements in Continental Legal History by Various European Authors*, Boston, 1912, pp. 361 y ss.; para Italia, Calisse, *op. cit.*, pp. 97 y ss., y Calasso, F., *Medio evo del diritto*, I, Milán, Le Fonti, 1954, pp. 453 y ss., 503 y ss.

⁷ Calisse, *op. cit.*, pp. 99 y 100.

⁸ *Ibidem*, p. 142.

⁹ *Ibidem*, pp. 111-113.

¹⁰ *Idem*.

Las causas de esta longevidad singular de la ley lombarda se pueden encontrar no sólo en la persistencia obvia del sentimiento nacional lombardo, sino, lo que es más importante, en el desarrollo de una tradición jurídica promovida por las escuelas, los tratados y una práctica diaria ordenada. Como fue el caso en Inglaterra, la “ley enseñada” resultó ser “una ley dura”.¹¹ Además, el derecho feudal lombardo encontró un alojamiento seguro en Bolonia con el *Libri Feudorum*, auxiliando a las instituciones e ideas jurídicas lombardas a sobrevivir.¹²

En Francia el proceso de transición de la personalidad a la territorialidad es más difícil de seguir. El significado del derecho, sin duda, sufrió un cambio durante el periodo oscuro entre el colapso del imperio carolingio y el surgimiento de la monarquía de los Capetos. Hasta antes del siglo X las leyes practicadas por los miembros de las diversas naciones estaban, en parte, al menos basadas en recopilaciones oficiales válidas para los miembros de las naciones en todo el imperio. Incluso el Breviario de Alarico, probablemente, tuvo una validación oficial bajo Carlomagno y sus sucesores.¹³ Pero después del siglo IX todas estas leyes se con-

¹¹ *Ibidem*, pp. 95-107.

¹² *Ibidem*, p. 112.

¹³ ¿Hubo una confirmación oficial del Breviario en el reinado de Carlomagno? Un manuscrito de Cujas, perdido hoy, lleva la siguiente leyenda inmediatamente después del *commonitorium*: *Recognovimus. Dat sub die IV Non. Feb., anno XXII. Alarici regis, Tolosae (506) —Et iterum anno XX. Regnante Karolo, rege Francorum et Longobardorum, et patricio Romanorum. Si esta afirmación fuera meramente la anotación del copista habría aparecido al final del código. Evidencias en apoyo de esta opinión son: 1) que muchos MSS de la ley aparecen después de 788; 2) las diferencias en las disposiciones entre un Estado miembro y otro sugieren retoques oficiales. Esto se encuadra con lo que sabemos sobre el interés de Carlomagno por la revisión de las leyes nacionales. El *Epitome Aegidii* del siglo VIII, basado en el Breviario, por ejemplo, contiene algunos cambios del código, y 3) el Concilio de Troyes de 878 recibió una petición del obispo de Narbona para introducir en el derecho romano una disposición más severa con respecto al sacrilegio; el Papa Juan VIII, después de examinar las leyes de Justiniano y Carlomagno, ordenó que se añadiera al Breviario una constitución de Justiniano: “...Et praecipimus ut in fine codicis ley*

virtieron en costumbres simples, conservando solamente en nombre el carácter de las leyes nacionales. Sólo el derecho romano mantuvo más ampliamente su posición como código legislativo.

M. Jarriand formula una distinción demasiado acentuada entre la ley y la costumbre, al afirmar que antes del siglo IX las leyes nacionales eran *leges* y que después de ese tiempo se transformaron en *mos* o costumbres.¹⁴ *Lex* y *mos* son demasiado paralelas para distinguirse inclusive en el periodo anterior.¹⁵ Lo que se puede afirmar, sin embargo, es que el carácter legislativo implicado hasta cierto punto en todas las *leges* del periodo carolingio dio paso en el siglo X a una forma de ley en la que predominó la característica “consuetudinaria” sobre la legislativa.

Los documentos muestran el funcionamiento del sistema de derecho personal durante los siglos X y XI. Son de diferentes variedades. Existen informes de procesos judiciales o súplicas que indican, con mayor o menor precisión, si el sistema de derecho personal sigue vigente. También hay documentos que acreditan actos de venta, regalos y testamentos que a menudo indican la ley nacional por la que se cumplen las formalidades. Aún otros instrumentos jurídicos del siglo X contienen lo que, obviamente, son fórmulas tomadas de los formularios del periodo franco, y en su caso hay alguna duda sobre las pruebas que ofrecen para la supervivencia del sistema de derecho personal.

mundanae scribatur haec lex”. Véase Jarriand, *Histoire de la Novelle 118 dans les pays de droit écrit*, p. 102. En el mismo sentido, Haenel, *Lex Romana Visigothorum*, pp. XXII-XXIII; Tardif, *Histoire des sources du droit franvais. Origines romaines*, pp. 135 y 136; Van Wetter, *Le Droit romain y droit germanique dans à franque monarchique*, parte II, pp. 58-60, nota 3. Contra, Savigny, *Röm. Recht im Mittelalter*, II, artículo 57; Glasson, *Histoire des institutions et du droit de la France*, vol. II, p. 154.

¹⁴ Jarriand, *op. cit.*, *supra*, nota 13, pp. 176 y 180. El autor sugiere también que la costumbre tomará posesión de ciertos campos del derecho más rápidamente que otros; por ejemplo, el campo administrativo y también las formalidades que acompañan a ciertos actos. La distinción es engañosa. Las doctrinas de las leyes nacionales estaban sujetas a modificaciones por la costumbre.

¹⁵ Jenks, E., *Law & Pourses in the Middle Ages*, 8 (2a. ed., 1919), véase cap. 3, nota 33, *supra*.

Tales son las súplicas en Nimes (898, 902);¹⁶ Ausson (918);¹⁷ Narbona (933);¹⁸ la venta de bienes “en el país de Lyon” (905);¹⁹ la creación de una dote de tierra en el “país de Lyon y el país de Viena” (905);²⁰ la concesión de la propiedad terrena a una novia futura (909);²¹ la creación de un *morgengabe* en el país borgoñón (912);²² la transferencia de bienes a una congregación “en el distrito salesiano” (957);²³ el regalo de bienes “en el país de Viena” al monasterio de Cluny (967),²⁴ y el aviso de abandono de una reclamación en Arles (967).²⁵

Las *formulae* en las cartas de los años 1000, 1015 y 1047 todavía hablan de las leyes personales.²⁶ Otras referencias a las leyes nacionales concebidas en una misma línea aparecen en documentos hasta 1095.²⁷ Sin embargo, es probable que estas referencias sean expresiones convencionales que no guardan relación alguna con las leyes nacionales, principalmente en lo que se refiere al contenido de estas leyes. En el siglo XI las doctrinas de la ley sálica ya no se practicaban.

Lo que es cierto de las *formulae* mencionadas también se aplica a varias cartas del siglo XII originarias de Brabante, en una de las cuales (1152) se hace un juicio *iudicio principum et maxime*

¹⁶ *Cartulaire, Notre-Dame de Nimes*, E. Germer-Durand, núm. VIII (Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques mérovingiennes et carolingiennes*, Institutions Privées, núm. 114, pp. 167 y 168), cart. de Nimes, anno 902; Jarriand, *Histoire de la Nouvelle*, 118, p. 177.

¹⁷ Devic and Vaissète, *Histoire générale de Languedoc*, vol. V, col. 137, núm. 43 (XLII).

¹⁸ *Ibidem*, vol. V, col. 161, núm. 57.

¹⁹ *Chartes de Cluny*, núm. 90 (Thévenin, *Textes*, núm. 117).

²⁰ *Chartes de Cluny*, núm. 88 (Thévenin, *Textes*, núm. 176).

²¹ *Chartes de Cluny*, núm. 105 (Thévenin, *Textes*, núm. 177).

²² *Chartes de Cluny*, núm. 189 (Thévenin, *Textes*, núm. 178).

²³ Thévenin, *Textes*, núm. 132.

²⁴ *Ibidem*, núm. 136.

²⁵ *Ibidem*, núm. 137 (*Cartulaire de Saint Victor de Marseille*, núm. 290).

²⁶ Jarriand, *Histoire de la Nouvelle*, 118, p. 179.

²⁷ *Ibidem*, p. 179.

salicorum,²⁸ y en la otra (1151) un legado a una abadía *observata salicae legis omni cautela*.²⁹ En el primero de estos documentos, la mera referencia a los “príncipes salios” no prueba en modo alguno la supervivencia de la ley sálica. En los Países Bajos los *franci homines*, por ejemplo, eran miembros de una clase social en lugar de los franco-salios.³⁰

La segunda de las cartas citadas, un “legado celebrado de acuerdo con la *Lex Salica*”, es sospechosa por varios motivos, pero principalmente porque el *Lex Salica* no prevé legados ni tampoco ninguna forma de voluntad.³¹ No obstante, existe la posibilidad de que la costumbre original de *Salica* haya sufrido cambios en esta región. Varios documentos invocan la ley visigoda, especialmente la disposición que hace regalos a las iglesias en forma irrevocable.³² El derecho borgoñón se cita en una carta en 912,³³ y la autoridad de la ley franca reconoció al mismo tiempo la ley romana en los documentos de 1083 y 1096: “...scripta est testatio huius scripti per paginam et testamentum, secundum sanxita legum Romanorum et Francorum” (la escritura de este documento

²⁸ Miraeus, Aubert, *Opera diplomatica et historica*, Louvain, vol. I, 1723-1748, p. 698. Defacqz, Eugene, *Ancien droit belge. Précis analytique des lois et coutumes observées en Belgique avant le code civil*, Bruselas, vol. I, 1846, p. 133. Véase también Van Wetter, *Le droit romain et le droit germanique dans la monarchie franque*, parte I, p. 19.

²⁹ Miraeus, Aubert, *op. cit.*, *supra*, nota 28, a vol. I, p. 700; Defacqz, *op. cit.*, *supra*, nota 28, a 133; Van Wetter, *op. cit.*, *supra*, nota 28, a parte I, p. 19. Las referencias a la ley sálica continúan en documentos hasta el siglo XIV. La exclusión de la línea femenina del trono de Francia en el siglo XIV se basó en una interpretación incorrecta de la ley sálica algún tiempo después del evento.

³⁰ Meijers, “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen age,” *Recueil des cours*, p. 570.

³¹ Van Wetter, *op. cit.*, *supra*, nota 28, a la Parte I, p. 19.

³² Una donación hecha por Adelaida, hija de Pierre-Raimond, Conde de Carcasona al Conde de Barcelona, utiliza las siguientes palabras (Devic y Vaisé, *Hist. Gén. De Languedoc*, V, col. 579, núm. 295, anno 1070): “Lex Gothorum praecipit in libro V eiusdem legis, titulo II, capitulo VI, “ut res donatae si in praesenti traditae sint, nullo modo repetantur a donatore...”.

³³ *Chartes de Cluny*, núm. 189 (Thévenin, *Textes*, núm. 178): “...secundum lege mea Gonbada in mergingiva ad integrum tibi dono...”.

fue escrito como testamento acorde a lo prescrito por *las leyes romana y franca*).³⁴

Pero nuevamente esto parece ser una fórmula sin referencia específica a las leyes nacionales. En el siglo X las doctrinas sobre estas leyes no pueden ser reconocidas directamente en las prácticas de la época.

Cuando se habla del derecho romano en el periodo franco, invariablemente se refiere a la ley incluida en el Breviario. Savigny fue, indudablemente, exitoso al demostrar que el derecho Justiniano era al menos conocido en el sur de Francia e Italia a partir del siglo VI. Pero es seguro decir que en general no penetró en la práctica legal de la época.³⁵

Las referencias al derecho romano, a diferencia de las leyes bárbaras, tienen una afinidad más estrecha con sus fuentes. Los actos de venta, regalos y testamentos al menos sugieren familiaridad con las doctrinas del derecho romano. *Formulae* como *auctoritas enim iubet ecclesiastica y lex consistit romana ut quisicumque rem suam alicui transfundere voluerit...* (para las órdenes de la autoridad eclesiástica y el derecho romano se prescribe que cada persona debe estar dispuesta a transferir bienes a otro) *legum romanarum sanctorum auctoritate renovimus...* (hemos renovado por la sagrada autoridad de las leyes romanas...), no dejan duda sobre la influencia de los términos del derecho romano.³⁶ Pero más que esto es imposible hacer la afirmación. La ley del Breviario no puede ser reconocida en documentos de los siglos X y XI. El derecho romano, como el derecho germánico, se ha convertido en costumbre en un sentido hasta ahora desconocido.

³⁴ Cartulaire, *Saint-Honorat de Lerins*, París, H. Moris y E. Blanc, 1883, pp. 92 y 215, citado por Jarriand, *op. cit., supra*, nota 26, en 194.

³⁵ Savigny, *Röm, Recht im Mittelalter*, II, secciones 37-55. También Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, p. 562. Jarriand, *op. cit., supra*, nota 26 a 78 y ss. Para un resumen de la controversia Fitting, H., *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*, Berlín y Leipzig, 1888, *passim*; Vinogradoff, P., *Roman Law in Medieval Europe*, 2a. ed., pp. 37-41. Sobre todo la encuesta magistral de Koschaker, Paul, *Europa y das romische Recht*, Múnich, 1947. Véase la nota 96, *infra*.

³⁶ Jarriand, *op. cit., supra*, nota 26, p. 197.

La conclusión que inevitablemente surge del estudio de los documentos de los siglos X y XI es que las leyes nacionales basadas en los siglos VIII y IX, en la promulgación oficial y la validación, se han convertido en costumbres locales, conservando sólo ocasionalmente los nombres nacionales. El derecho romano se repite en los documentos del sur de Francia, aunque el derecho visigodo tiene alguna retención en el suroeste.³⁷ Los documentos originarios del norte de Francia y el resto del imperio franco muestran el dominio de las leyes bárbaras,³⁸ o más bien, de una amalgama de leyes nacionales en las que la influencia romana es muy pequeña.

¿Por qué este declive del sistema de derecho personal? La respuesta tiene muchos lados: 1) la asimilación racial explica el declive hasta cierto punto; 2) el debilitamiento del poder central explica el colapso del experimento carolingio con el derecho internacional privado, y 3) las propias leyes nacionales quedaron sumergidas en una serie de leyes locales que representaban una mezcla de elementos romanos y bárbaros. Dos razones ofrecidas para el descenso no se aplican en Francia: 1) el renacimiento jurídico afectó el sistema de derecho personal sólo en Italia, y 2) la influencia de publicistas y eclesiásticos como Agobardo de Lyon, que favoreció un sistema jurídico unificado, pero ineficaz.

Para trazar la desintegración del principio de derecho personal y la transformación de la ley en ley territorial, será útil examinar el pensamiento de un publicista, Agobardo, y ver por qué

³⁷ *Ibidem*, p. 292. Para la geografía de las 700 costumbres francesas extrañas, Chénon, *Histoire*, I, pp. 500 y ss.

³⁸ Las costumbres del norte de Francia se han dividido en tres grupos geográficos. Al norte y al este de la frontera lingüística reinaba una costumbre germánica más o menos pura con su propiedad comunitaria, su solidaridad familiar y su ausencia de representación. Una segunda región fue la de Picardía y las áreas vecinas del habla romántica (al menos después del siglo VI), donde la influencia legal franca era fuerte, pero no sin allear. La región alrededor de París muestra una costumbre germánica muy infundida con elementos romanos. Véase Yser, “Los dos grupos de coutumes du nord”, *Revue du nord*, 1953.

su defensa de la unidad legal no tuvo éxito. Entonces se seguiría normalmente un estudio de la decadencia del sistema bajo dos aspectos: 1) la conversión de las leyes personales en *droit écrit* y *droit coutumier* en Francia, y 2) la absorción de principios de derecho personal por el feudalismo de los siglos X y XI y el surgimiento de un nuevo tipo de derecho territorial. Sólo aquí se examinará el primero de estos temas; el segundo debe dejarse para su tratamiento en otra parte.

II. AGOBARDO DE LYON Y EL SISTEMA DE LEYES PERSONALES

Agobardo de Lyon tuvo una visión de unidad legislativa que hace de su carta a Luis el Piadoso, escrita en el año 817, un escrito importante para el estudio del pensamiento y procedimiento político y jurídico de la época.³⁹ De interés también, y a modo de comparación, es el ataque de Agobardo contra las pruebas.⁴⁰ En la medida en que su pensamiento se puede extraer de estos documentos, Agobardo parece oponerse: 1) al sistema de la prueba y el juicio por batalla; 2) a la existencia separada del derecho borgoñón, la obra de un gobernante arriano, en el imperio franco, y 3) a todo el sistema de la personalidad del derecho. Insiste en que la ley franca del emperador se aplique a todos sus súbditos. Algunas de estas ideas, Agobardo pudo haberlas traído consigo de España, su tierra natal, la cual abandonó después de las invasiones sarracenas.⁴¹

³⁹ *Epistolae Karolini Aevi, III, Epistolae*, V, Berlín, MGH, 1899, pp. 158-164: *Agobardus Lugdunensis archiepiscopus de unitate legis Christi praefatus Ludovicum imperatorem exhortatur, ut, lege Gundobadi haeretici propter iudicia Dei perniciose sublata, Burgundiones ad legem Francorum transferat*. Texto también en *Patrologia Latina*, CIV, col. 113, 126.

⁴⁰ *Par. Lat.*, CIV, col. 249-268. Liber de divinis sententiis digestus cum brevissimis adnotationibus contra damnabilem opinionem putantium, divini iudicii veritatem igne vel aquis vel confictu armorum patefieri.

⁴¹ Grelewski, S., *La Réaction contre les ordalies en France depuis le IX^e siècle jusqu'au Decret de Gratien-Agobard de Lyon et Yves de Chartres*, Rennes, 1924, p. 23 y notas. Véa-

En España el sistema de leyes personales había cedido el derecho territorial en el siglo VII y Agobardo, en la tradición del gran Isidoro, pudo haber buscado el establecimiento de una comunidad más unida en Francia (tierra franca).

Con el fin de sacar a la luz el pensamiento de Agobardo sobre estas cuestiones, puede ser conveniente resumir su carta a Luis el Piadoso:

La diversidad de leyes en cada país, ciudad e incluso en casa, contradice la unidad y obra de Dios. “Cuántas veces sucede que cinco hombres andan o están sentados juntos y que ninguno tiene la misma ley que otro de sus hermanos...”. Aunque los testigos de otra manera eran confiables, el testimonio de estos hombres cristianos no es válido en una acción legal que involucra a una persona sujeta al derecho borgoñón, “así llamado desde el nombre de su autor, un gran enemigo de los católicos, De los cuales sólo quedan unos raros partidarios entre ustedes”.⁴²

Sería deseable que el emperador transfiriera a los borgoñones a la ley de los francos. Esto eliminaría la práctica del combate judicial que es parte del derecho borgoñón y que es una “perversión de todo orden”. “Que ningún alma fiel llegue a creer, por lo tanto, que Dios revele en la tierra las acciones secretas de los hombres por medio de [la prueba del] agua caliente o hierro y mucho menos en combates sangrientos”.⁴³ Perjurio y sobornos pervierten la justicia entre “los sujetos de la ley borgoñona, entre los cuales los casos no se resuelven por discusión y testimonio veraz, sino por

se también Mgr. Bressolles, Saint Agobard, Eviq̄ue de Lyon (760-840) (L’Eglise et l’etat au moyen âge, IX), París, 1949, pp. 87 y ss. Una revisión de la obra anterior por Lemarignier, J., *Revue historique de droit français et étranger*, núm. 4, 1951, pp. 594-596, también se detiene en la carta a Louis.

⁴² MGH, *op. cit.*, *supra*, nota 39, a cap. 4, p. 159: “Nam plerumque contingit, ut simul eant aut sedeant quinque homines, et nullus eorum communes legem cum altero habeat exterius in rebus transitoriis...”, cap. 5, p. 160; cap. 6, p. 160: “...cuius auctor extitit homo hereticus et fidei catholicae vehementer inimicus-cuius legis homines sunt perpauci-non possit super illum testificari alter etiam bonus christianus”.

⁴³ *Ibidem*, cap. 7, pp. 160 y 161; cap. 9, pp. 161 y 162.

el recurso de las armas, que impide que los débiles se atrevan a retener los bienes que se les exigen o buscan los bienes que les son arrebatados...”.⁴⁴

Que una ley uniforme gobernara todos los súbditos del Imperio. “Pero porque esta es una gran empresa y tal vez imposible para el hombre, por lo menos puede esta ley única, de la que acabamos de hablar, ser removida de nuestro medio no sólo como inútil, sino también como perjudicial”.⁴⁵

Agobardo expresó opiniones similares en otra de sus obras dedicadas a las pruebas⁴⁶ que, en conjunto, no añaden nada a la famosa carta a Luis el Piadoso que acabamos de resumir.

Si la argumentación procurada por Agobardo en su tratado puede sonar teológica a los oídos modernos, es porque el sistema de las pruebas está estrechamente vinculado con la actividad eclesiástica. Los *ordines iudiciorum Dei*, o las *formulae* empleadas en las pruebas judiciales contienen oraciones recitadas por el clero con los participantes. Los precedentes bíblicos se invocan constantemente para probar la eficacia del sistema.⁴⁷

De hecho, la oposición de Agobardo a las pruebas no fue desafiada entre el clero. La opinión de Hincmaro de Reims se oponía directamente a las opiniones de Agobardo. En su tratado *De Divortio Lotharii et Têtberge*, Hincmaro adoptó la causa de la prueba y citó ejemplos bíblicos a su favor.⁴⁸ La iglesia en este asunto decidió seguir a Hincmaro y el Consejo de Trebur (895) declaró contra las opiniones de Agobardo.⁴⁹ En este asunto, así

⁴⁴ *Ibidem*, cap. 10, p. 162.

⁴⁵ *Ibidem*, cap. 14, p. 164.

⁴⁶ *Patr. Lat., op. cit., supra*, nota 40, a CIV, col. 249-268.

⁴⁷ *Formulae Merovinginci et Karolini Aevi*, Hanover, K. Zeumer, MGH, Legum Sectio V, 1886, pp. 715, 604, 605, 614, 617, 619, 623, 629, 632, 633 y 638. Grelewski, *op. cit., supra*, nota 41, p. 37.

⁴⁸ Hincmar, *Opera Omnia, Patr. Lat.*, CXXV, col. 625-772, Especialmente *Interrogationes*, IX, X (*Opera Omnia*, Sirmond, vol. I, pp. 561 y ss.).

⁴⁹ *Concilia Aevi Karolini*, Hanover y Leipzig, Werminghoff, MGH, *Legum, Sectio III*, 2, 1906-1908, c. 15, C. II.

como en su oposición a la personalidad de la ley, Agobardo obviamente estaba adelantado a su tiempo, y pasó mucho tiempo antes de que la iglesia tomara una postura definitiva contra todo el sistema de *iudicia Dei* (juicios de Dios).⁵⁰

En su oposición al sistema de pruebas, como en otros asuntos, Agobardo muy probablemente estaba inspirado en las ideas romanas. En el sistema romano la prueba era una carga para el demandante, como lo es en la jurisprudencia madura.⁵¹ En la ley medieval inicial, no sólo bárbara, sino hasta cierto punto en la ley romana degradada que creció en la Edad Media también, la prueba se consideró un privilegio y una obligación del demandado.⁵² Los arreglos legales bárbaros diferían en detalle en cuanto al sistema, como en la aceptación del juicio por batalla,⁵³ sin embargo, en lo general, muestran una uniformidad esencial.

La oposición de Agobardo bien pudo haber estado basada en su conocimiento del sistema legal romano. Su oposición a los métodos bárbaros también tenía un amplio precedente en la legislación visigoda que no permitía el juicio por batalla y sólo permitía la prueba por agua caliente.⁵⁴ Agobardo tenía un precursor real

⁵⁰ Grelewski, *op. cit.*, *supra*, nota 47, pp. 54, 55 y ss.

⁵¹ *Digest*, XXII, 3, 2, *De probationibus et praesumptionibus*.

⁵² Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 15a. ed., p. 88. Pero *cf.* Wetter, P. van, *Droit romain et droit germanique*, parte II, p. 35.

⁵³ Montesquieu, *Spirit of the laws*, libro XXVIII, caps. 13 y 14, tiene interesantes observaciones sobre estas diferencias y sus consecuencias, no estrictamente correctas. ¿La obligación impuesta por la mayoría de los códigos bárbaros sobre el acusado de jurar o purgarse de culpa es una carga para el acusado? Van Wetter señala que este procedimiento constituía un privilegio para el demandado, así como una obligación, *op. cit.*, *supra*, nota 28, p. 35. Además, la ley sálica parece haber puesto la carga del juramento sobre el acusador, aunque más tarde este rasgo fue abandonado. Para puntos de vista contradictorios véase Van Wetter, *op. cit.*, *supra*, nota 28 a 32-34. Véase también Esmein, *Histoire du droit français*, p. 91 y notas.

⁵⁴ *Leges Visigothorum*, Ant. II, I, 21, MGH, 8a. series, p. 52 (Hanover, K. Zeumer, MGH, 4o. series, 1902, p. 250); Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, 2a. ed., sección 48; Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, pp. 81 y 82.

en Liutprando, el gobernante lombardo, que admitió su incapacidad para abolir el sistema entre los lombardos.⁵⁵

Las leyes borgoñonas hicieron amplio uso de las pruebas.⁵⁶ Pero las mismas leyes también permitieron el uso de testigos, y uno se puede preguntar si Agobardo no estaba exagerando la frecuencia de los combates judiciales.⁵⁷ Además, contrariamente a la inferencia que uno puede extraer de una lectura de los tratados de Agobardo, fueron las leyes francas las que hicieron popular el uso de la prueba.⁵⁸

Montesquieu había deducido de la carta de Agobardo que la ley sálica no permitía el juicio por batalla. Sin embargo, no hay duda alguna de que el juicio por batalla se practicaba bajo la ley sálica.⁵⁹ Si ese fue el caso, ¿por qué Agobardo abogó por la adopción de la ley franca entre los borgoñones? ¿Ignoraba el procedimiento legal franco? No parece así, porque en su carta contra los judíos, Agobardo, citando anteriores decretos francos sobre el tema, muestra cierto conocimiento de esta última ley.⁶⁰

La respuesta dada por Grelewski a la pregunta de por qué Agobardo estaba a favor de un cambio en el sistema legal franco fue que, aunque Agobardo sabía que este último permitía el juicio por batalla, sentía que la introducción de la ley franca ayudaría a simplificar el procedimiento y permitiría la extensión de

⁵⁵ *Leges Longobardorum*, MGH, *Liutprandi Leges*, c. 56, p. 129 (p. 106, MGH, 8o. series); c. 71, p. 136 (p. 112, MGH, 8a. series); c. 118, p. 156 (p. 130, MGH, 8o. series).

⁵⁶ *Leges Burgundionum*, MGH, R. De Salis, VIII, XLV, LXXX.

⁵⁷ *Leg. Burgund.*, II, VIII, XVII, XIX, XXXIII, XLII, XLV, LXXX y XCIX; Grelewski, *op. cit.*, *supra*, nota 41, p. 45.

⁵⁸ Déclareuil, J., "Les Preuves judiciaires dans le droit franc, du Ve au VIIIe siècle", *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1898, p. 472.

⁵⁹ *Spirit of the laws*, libro XXVIII, caps. 13 y 19. Mayer, E., *Geschworenengericht and Inquisitionsprozess*, Múnich, 1916, pp. 37 y ss.

⁶⁰ *Epistolae Karolini Aevi*, MGH, V, pp. 185-199. También muestra el conocimiento del trabajo sobre la ley franca de un predecesor en Lyons, Leidradus. Ceillier, Remy (ed.), *Histoire des auteurs sacrés et ecclésiastique*, vol. 12, París, 1862, pp. 366 y 367. Blumenkranz, B., *Les Auteurs chrétiens latins du Moyen Age sur les Juifs et le Judaïsme*, París, 1963, pp. 152-168.

pruebas por testigos en todo el imperio. Agobardo sentía que el derecho borgoñón en su insistencia en la *iudicia Dei*, era el gran obstáculo para este paso.⁶¹

El derecho Borgoñón era diferente de otras leyes bárbaras, ya que establecía los conflictos entre romanos y borgoñones con más frecuencia sobre la base de la ley de Borgoña que sobre la base de la regla de la personalidad. En algunos aspectos la ley de Borgoña era, por lo tanto, territorial.⁶² ¿Hasta qué punto esta aplicación territorial de la ley, especialmente en los casos de los borgoñones y otros bárbaros, existía aún en el siglo IX, cuando los reyes de Borgoña solo quedaban en el recuerdo? No se puede responder categóricamente. Como el antiguo reino borgoñón conservó cierta identidad y algo de autonomía, es probable que la disposición en cuestión se siguiera observando. La diatriba de Agobardo contra ella sería incomprensible si se le diera otro sentido. Aunque la cuestión de qué ley se aplicaría en un concurso entre un franco, por ejemplo, y un borgoñón, sigue siendo difícil de responder, sin embargo, en los casos prescritos en la ley, de los concursos entre romanos y borgoñones, es seguro decir que la ley de Borgoña fue aplicada. En tales casos no se hizo diferencia alguna, ya que se diferenció en las otras leyes nacionales qué era el demandado o el demandante, o si el ladrón fue capturado en el acto. La ley de Borgoña se habría debido aplicar si una de las partes implicadas fuera un borgoñón.

Fue esta excéntrica característica de la legislación borgoño-na vinculada al engorroso procedimiento testimonial la que hizo

⁶¹ Grelewski, *op. cit.*, *supra*, nota 41, p. 45.

⁶² *Leges Burgundionum, Prima Constitutio*, 3, MGH, p. 31. Para disposiciones vinculantes tanto de borgoñones como de romanos véase también VIII, 1; IX, X, 1; XIII; XV, 1; XXVIII, 1; 7, CXXVIII, 10. Stouff, "Etude sur le principe de la personnalité des lois depuis les invasions barbares jusqu'au XIIe siècle", *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, IV, 1894, pp. 289 y 290. Véase el cap. 1, *supra*. Todas las leyes bárbaras poseen rasgos territoriales en mayor o menor grado. La territorialidad de la ley borgoño-na debe ser entendida con esto en mente. Véase especialmente Coville, A., *Recherches sur l'histoire de Lyon*, pp. 196 y ss.

que Agobardo lo atacara, aunque estuvo plenamente consciente de que la ley franca permitía el duelo judicial.

El número de leyes que se practicaban en esta época en Lyon era, probablemente, considerable. ¿Hay alguna significación en el uso de Agobardo del número cinco cuando describe la diversa situación legal en el conocido pasaje sobre el número de leyes en Lyon?⁶³ Como el Imperio contenía mucho más de cinco sistemas jurídicos nacionales, se sugirió que el número cinco representaba todas las leyes personales practicadas en Lyon, después de la *Divisio Imperii* de 817.⁶⁴ Esto se apoya en el supuesto de que con cada partición del imperio se redujo automáticamente el número de leyes practicadas en cada parte. Así, hay dos objeciones a esta opinión: 1) la carta de Agobardo fue escrita en el año 817, que es el año del *Divisio Imperii*, cuando Lotario, hijo del emperador Luis, recibió una parte del dominio del imperio, y no después de este último evento, como dice De Combes, y 2) en segundo lugar, cabe dudar de si las divisiones del imperio afectaron el número de sistemas de derecho personal reconocidos. Aunque el reino lombardo fue siempre tratado aparte del resto del imperio carolingio, la unidad teórica del resto del imperio sobrevivió a todas las divisiones.⁶⁵ Además, los hechos y *formulae* que muestran la aplicación de las diversas leyes personales en el imperio no muestran ninguna relación con las divisiones políticas de este periodo.⁶⁶ Las leyes del imperio

⁶³ *Adversus Legem Gundobadi*, MGH, c. 4, p. 159, citado anteriormente en la nota 42, *supra*.

⁶⁴ Combes, L. de, "L'Invasion des barbares, l'église et le statut personnel", *Revue catholique des institutions et du droit*, vol. 22, 1899, p. 417.

⁶⁵ Brissaud, *Manuel*, p. 526. Véase también Flach, *Les Origines de l'ancienne France*, París, vol. IV, pp. 1, 5 y ss. En las particiones merovingias, Brunner, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. II, 2a. ed. Por Cl. Von Schwerin, Múnich y Leipzig, 1928, p. 33.

⁶⁶ Este hecho surgiría de un examen de los documentos del epígrafe "Personalidad", en Thévenin, *Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques mérovingiennes et carolingiennes. Institutions privées*, y en Loersch y Schröder, *Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechtes*.

eran todavía las leyes de los pueblos, más que las leyes de los territorios, y serían, por lo tanto, poco afectadas por la división del imperio. La localización de una ley seguramente avanzaba, como hemos visto, y a veces es difícil distinguir la costumbre local de la ley personal nacional, como en el *Edictum Pistense*, pero los sistemas de derecho privado del imperio todavía eran, en gran medida, personales en el siglo IX. Entonces el uso del número cinco por Agobardo fue, por tanto, probablemente accidental.

La petición de Agobardo de que el derecho borgoñón se eliminara no fue atendida, pues su permanencia quedó garantizada por los documentos legales y por una declaración de Hincmaro (fallecido en 882) en este sentido.⁶⁷ El intento de Agobardo en la carta al emperador de levantar el espectro del arrianismo contra la ley de Gundorbado no parece haber tenido éxito. Tal esfuerzo habría sido más oportuno tres siglos antes de su época, cuando los borgoñones eran arrianos y la población galo-romana se opuso a ellos por esta razón, si no por otra.

La propia Galia, durante las particiones del siglo IX, mostró la aparición de distintas regiones, cada una de las cuales desarrolló un sentimiento seccional e incluso nacional. Durante siglos nombres como Gothia (Septimania), Provenza, Aquitania, Borgoña, Neustria y Austrasia, dieron testimonio de la perdurabilidad de este sentimiento local.⁶⁸ El crecimiento de las grandes regiones ha recibido la atención de los historiadores desde los tiempos de Thierry, y Jacques Flach dedicó tercer y cuarto volú-

⁶⁷ Hincmar, *Opera Omnia*, Sirmond, II, p. 234 (*Patr. Lat.*, vol. CXXV, col. 1026), *Communi episcoporum nomine ad regem de coercendo et extirpando raptu viduarum puellrum ac sanctimonialium*: cap. XII. Defendant se quantum volunt qui huiusmodi sunt, sive per leges, si ullae sunt, mundanas, sive per consuetudines humanas, tamen si Christiani sunt, sciant se in die iudicii nec Romanis, nec Sands, nec Gundobadis, sed divinis et Apostolidis legibus iudicandos.

⁶⁸ Klimrath, H., *Travaux sur l'histoire du droit français*, vol. I, pp. 306 y 307. Véase, en general, Sestan, E., *Stato e nazione nell'alto Medioevo: ricerche sulle origini nazionali in Francia, Italia, Germania, Naples*, 1952.

menes de sus *Origines de l'ancienne France* al movimiento.⁶⁹ Partiendo de la práctica de algunos predecesores, Flach hizo hincapié en la importancia de los *elementos étnicos y nacionales* en la vida de estos principados.⁷⁰ Al hacerlo, indudablemente subestimó el papel del vínculo vasálico,⁷¹ pero su posición básica es sostenida por un historiador reciente de la época, Dhondt, que coincide en ver un elemento nacional en la fundación de los principados territoriales en los siglos IX y X.⁷² Borgoña, en particular, esa región que cambia constantemente de límites a lo largo de la historia, ha conservado el nombre y tal vez la huella de sus conquistadores del siglo V.⁷³ La supervivencia del sentimiento nacional borgoñón es curiosa en vista de la declaración de Agobardo sobre el pequeño número de personas sujetas al derecho borgoñón.⁷⁴ Por otro lado, cuadra bien con la influencia atribuida a la ley borgoñona por J. Ficker en sus notables investigaciones sobre los sistemas jurídicos de la Europa medieval.⁷⁵ Su incidencia en el tema se indicará a continuación.

⁶⁹ Vol. III, París, 1909; vol. IV, París, 1917.

⁷⁰ Flach, *op. cit.*, *supra*, nota 65, a vol. IV, pp. 319 y ss. Las entidades primarias que conforman la Francia de hoy son reconocidas como Aquitania, Borgoña y Francia (la región de París).

⁷¹ Lot, *Fideles ou vassaux*, París, 1903. Esmein, *Histoire*, p. 310, n. 2. Flach también, vol. III, p. 161, insiste en la preeminencia de la raza franca en Francia sobre los otros territorios. Véase Esmein, *op. cit. supra*, en 331, nota 1, para una crítica.

⁷² Dhondt, J., *Etude sur to naissance des Principautés territoriales en France (IXe-X6 siècle)*, Bruges, 1948, p. 247.

⁷³ Freeman, E., *Historical Geography of Europe*, vol. I, Londres, 1882, pp. 93 y 94; Lot, F., *Les Invasions germaniques*, París, 1935, pp. 175-177.

⁷⁴ Agobard, *loc. cit.*, c. 6, p. 160: "...cuius legis homines sunt perpau...". Cf. Chaume, M., "Le Sentiment national bourguignon de Gondebaud a Charles le Temeraire", *Mem. Acad. Sciences*, Dijon, 1922.

⁷⁵ Ficker, J., *Untersuchungen zur Erbfolge der ostgermanischen Rechte*, Innsbruck, 1891-1909, I-V, VI (posthumous), núms. 1341 y 1342. Mi propio conocimiento de estos puntos de vista, en lo que respecta a Francia, se basa en Caillemer, R., "La Formation du droit français médiéval et les travaux de Julius Ficker", en los *Annales des Facultés de Droit et des Lettres d'Aix*, 1 (vol. II) 1906, pp. 33-58; y *Annales*

En vista de la fuerza de esta corriente nacionalista en la región de Lyon, no es extraño que Agobardo no haya tenido éxito en su intento de derrocar la legislación de Gundobardo. Así, Agobardo se oponía a dos fuerzas de la época, al nacionalismo regional y al principio de la personalidad del derecho. Sus ideas estaban basadas probablemente en concepciones romanas de la soberanía universal, y estas ideas, aunque proporcionaron una fachada para el imperio de los francos después de Carlomagno, no estaban profundamente arraigadas.⁷⁶ ¿Estuvo Agobardo consciente de este sentimiento? Aparentemente no, porque reconoce la imposibilidad de poner fin al régimen de la personalidad de la ley.⁷⁷

III. EL *EDICTUM PISTENSE* Y LA TRANSICIÓN A LA TERRITORIALIDAD EN LOS *PAIS* *DE DROIT ÉCRIT ET COUTUMIER*

El principio de la personalidad exigía dos condiciones que resultaron difíciles de cumplir en el periodo de la decadencia del imperio franco. En primer lugar, la raza del acusado tenía que ser determinada, lo cual fue difícil debido a una mezcla de pueblos; en segundo lugar, los jueces debían tener conocimiento de las leyes de los litigantes. Este conocimiento se convirtió en algo raro.⁷⁸ La ley fue gradualmente localizada, unida a las regiones. Pero durante los siglos IX y X, este cambio de la personalidad a la territorialidad

de la Faculté de Droit d'Aix, vol. I, pp. 1 y ss., 207 y ss. Véase especialmente pp. 6-20 en el último número.

⁷⁶ Jenks, *Law and Politics in the Middle Ages*, 2a. ed., p. 17. Cf. Halphen, "L'Idée detat sous les Carolingiens", *Rev. hist.*, CLXXXV, 1939, pp. 59 y ss. (citado en otro lugar).

⁷⁷ Agobard, *Adversus Legem Gundobadi*, MGH, c. 14, p. 164: "...Sed quia hoc grande est et forsitan homini impossibile". Sin embargo, su súplica puede no haber caído completamente en suelo rocoso, como señala Halphen, L., *Charlemagne et l'empire carolingien*, París, 1949, pp. 239-241.

⁷⁸ Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 15a. ed., p. 679.

fue sólo parcial. Las leyes de las regiones todavía eran conocidas por la designación nacional original de la mayoría de los habitantes. Las viejas leyes nacionales fueron citadas por su nombre, pero su contenido había sufrido grandes cambios.⁷⁹ Esto no es extraño, pues debemos recordar que las viejas leyes nacionales no eran más que costumbres, costumbres declaradas de manera judicial por la *lagsaga* o su sucesor real.⁸⁰ En los siglos IX y X las leyes nacionales continuaron desarrollándose de una manera judicial.⁸¹

La transición a la territorialidad aparece de manera curiosa en el siglo IX, y el primer documento en el que se puede estudiar es el *Edictum Pistense*.⁸² El *Edictum*, emitido en el año 864 por Carlos el Calvo, por primera vez y en cualquier documento, plantea la distinción, principalmente en el derecho penal, entre regiones en las que el derecho romano es válido y, en otras partes del imperio, en las que los capitulares determinan las penas por delito.⁸³ A continuación se analizan las partes relevantes del edicto.

En el edicto el delito y el derecho penal se basan, en gran medida, en los capitulares, pero se prevén frecuentemente “juicios según el derecho romano en aquellas regiones en que se siguen tales juicios”. Es notable la afirmación en el capítulo 20 de que

⁷⁹ Thévenin, *Textes relatifs aux institutions Privées et publiques, aux époques mero-vingienne et carolingienne*, Institutions privées, p. 241, nota 1; p. 202, nota 2; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, 2a. ed., p. 505.

⁸⁰ Petrau-Gay, J., “La Lagsaga Saliene”, *Revue historique de droit français et étranger*, XIV, 1935, pp. 77-85.

⁸¹ Este punto se desarrollará más a fondo a continuación.

⁸² La literatura sobre el país de derecho no es tan grande como el tema merece. Esmein, *op. cit.*, *supra*, nota 78 a 680 y 681; Tardif, *Histoire des sources de droit français. Origines romaines*, pp. 267-280. La división entre las dos regiones fue elaborada por Berriat-Saint-Prix, Felix, *Histoire du droit romain*, y reproducida por Klimrath, *Travaux sur histoire du droit français*, vol. II, pp. 170 y ss., 220 y ss. Véase también Jarriand, E., *Histoire de la Nouvelle 118 dans les pays de droit écrit depuis Justinien jusqu'en 1789*, caps. XII y XIII.

⁸³ *Capitularia*, MGH, Boretius y Krause, II, núm. 273, pp. 310-328. El edicto ha sido analizado desde el punto de vista de la autoridad legislativa real por Fustel de Coulanges, *Les transformaciones de la royauté pendant l'époque carolingienne*, 2a. ed., pp. 480 y ss.

“en la supererogación de esa ley [la romana] o en derogación de la misma ni nosotros ni nuestros predecesores han hecho ordenanzas o determinaciones”,⁸⁴ Aunque la ley capitular es en gran medida territorial en su efecto, el derecho romano sigue apareciendo para ser considerado una ley personal si juzgamos por las palabras del capítulo 28: “De illis autem, que secundum legem Romanam vivunt...” (en cuanto a las personas que además viven según el derecho romano).⁸⁵ En los capítulos 13, 16, 20, 23 y 31 la ley romana está confinada a ciertas “regiones”.⁸⁶ Del mismo modo, las otras leyes personales germánicas, incluidas bajo el título de *leges mundanae*, están permitidas por el capítulo nueve, para determinar las penas por perjurio. La confusión se produce, sin embargo, basando esta concesión en los capitulares y, a continuación, prescribiendo una penitencia eclesiástica para la ofensa.⁸⁷ El capítulo 20 también castiga el perjurio “tal como se indica en... los capitulares”.⁸⁸ Los capítulos seis (citado), 17 (acuñación), 25 (traición) y 27 (evasión del deber militar), por otro lado, no hacen distinción por región o por ley nacional.⁸⁹ Como

⁸⁴ MGH, II, *op. cit.*, *supra*, nota 83, p. 319: quia super illam legem vel contra ipsam legem nec antecessores nostri quodcumque capitulum statuerunt nec nos aliquid constituiimus.

⁸⁵ MGH, II, *op. cit.*, *supra*, nota 83, p. 322.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 315, 316, 317, 319, 320 y 324. Los fugitivos de la invasión normanda al establecerse en el reino y contraer matrimonio debían seguir la vieja costumbre de la tierra y los niños seguir la condición de la madre. Es difícil ver cómo esta disposición, y lo que implica para las relaciones de derecho privado, son compatibles con el principio de la personalidad del derecho. Estamos tratando, en este caso, con la ley territorial. Está claro que el poder real de la legislación, basado en la institución germánica de la *laghsaga* y en las ideas imperiales romanas, podría regular las relaciones tanto del derecho privado como del derecho público. Cf. Fustel de Coulanges, *Les Transformations*, 483.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 314.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 319.

⁸⁹ MGH, II, *op. cit.*, *supra*, nota 83, pp. 313, 317, 321 y 322, cap. 6 prevé un juramento: “Quia non habent domos, ad quas secundum legem manniri et banniri possint, dicunt quod de mannitione vel bannitione legibus comprobari

el capítulo seis sobre el procedimiento, y el capítulo 28, sobre los regalos a la iglesia y las deudas de la corona, y el capítulo 31, sobre el efecto de los matrimonios entre normandos y francos, hacen la distinción usual entre las regiones sujetas a capitular y las sujetas al derecho romano.⁹⁰

El *Edictum Pistense* revela la transición de la personalidad a la territorialidad del derecho y también la relación de un capitular con la ley nacional. La ley sigue siendo personal en el edicto, especialmente el derecho romano, pero su práctica se limita a ciertas regiones. Así pues, el derecho penal no se aplica ya a un gran número de miembros de diversos sistemas nacionales, sino que se aplica en dos regiones. En la región de *droit coutumier*, el edicto prescribe específicamente sanciones; por ejemplo, el falsificador está condenado a perder su mano derecha de acuerdo con la prescripción en el trigésimo tercer capítulo del cuarto libro de los Capitulares (de Ansegisus), que a su vez reproduce la sección 19 de un capitular de Luis el Piadoso de 818 o 819.⁹¹ En este, y en otros casos, el edicto no presta atención al principio de la personalidad de la ley. Un salio franco, bajo la estricta regla de la personalidad, no habría estado sujeto a una pena diferente a la pres-

et legaliter iudicari non possunt”. Por lo tanto, parece que el juramento que ahora se exige de los *franci homines* es una violación del antiguo procedimiento. Para justificar esta innovación, el edicto procede a explicar “quoniam lex consensu populi fit et constitutione regis”. El significado de esta célebre frase es que la ley tiene un origen doble, popular (o más bien, judicial, la obra de la *lachsaga*) y real. El populismo de consenso es descrito por Petrau-Gay, *La noción de lex*, pp. 221 y ss., como una supervivencia en el período carolingio de sanción anterior o protección de la ley por el pueblo. Véase Fustel de Coulanges, *Les Transformations*, pp. 488 y 489.

⁹⁰ Todas citadas.

⁹¹ *Capitularia*, MGH, I, p. 285. Sin embargo, la ley así reconocida no es una ley territorial, sino una ley personal practicada por la mayoría de los habitantes de un distrito, se desprende de los siguientes fragmentos: regionibus... secundum legem Romanam; ...in terra... in qua secundum legem Romanam; ...in regionibus in quibus secundum legem Romanam; ...De illis qui secundum legem Romanam vivunt; ...secundum legem nostram infantes matrem sequantur; ...salva constitutione legis Romanae in eis qui secundum illam vivunt...

crita en la ley sálica. Por supuesto, la falsificación era una ofensa contra el rey y, como tal, era una cuestión de derecho “público” y, por lo tanto, la regla de la personalidad, en este caso, daría lugar a la de la territorialidad. Sin embargo, la facilidad con la que Carlos el Calvo prescribe las penas indicaría una afinidad entre la ley capitular y la ley sálica, así como otros sistemas legales germánicos, e implicaría el gran poder real en la modificación de las disposiciones de las *leges barbarorum*. Tal poder, aparentemente, no existía con respecto al derecho romano.⁹²

Las conclusiones hasta ahora alcanzadas pueden ser establecidas como sigue: 1) El derecho penal de las naciones germánicas está dominado por los capitulares. 2) Las leyes civiles de las naciones germánicas, los *leges mundanae*, están abiertas a la modificación por los capitulares. 3) El derecho romano aparece en el siglo IX como la ley personal principal. 4) El derecho romano aprecia al delito como una aplicación civil al menos para los romanos. 5) El derecho romano es también una ley cuasi territorial, una *lex fori*, en el sur de Francia. 6) Los capitulares forman una ley territorial tanto civil como penal en el norte de Francia. De la unión de las diversas leyes bárbaras y de los capitulares en esta región se desarrolló un tipo de ley común que, como veremos, se conocía como la ley “sálica”.⁹³

El edicto refleja, a lo largo de una dualidad en la ley, que es, tal vez, la contrapartida de la dualidad de funciones del rey

⁹² MGH, cap. II, 319, c. 20, *op. cit.*, *supra*, nota 84. Es imposible, como bien afirma Petrau-Gay, distinguir el *capitulum legi additum*, e incluso la *lex nacional*, del *capitulum per se scribendum* en su contenido. Cubren el mismo tema. Sólo en forma de emisión surge la diferencia. El *Edictum Pistense* es, indudablemente, un capitular *per se scribendum*. Petrau-Gay, *La noción de “lex” dans la coutume salienne et ses transformations dans les capitulaires*, p. 254; Contra, Boretius, *Beitrag zur Kapitularienkritik*, pp. 36-53. Véase especialmente Ganshof, *Recherches sur les capitulaires*, pp. 96 y 101: la ley de la familia, de la propiedad y de la prueba fue anexada a los capitulares después de 803.

⁹³ Tardif, *Histoire des sources de droit français. Origines romaines*, pp. 269 y 270. El capitular de Aquitania contrasta así: “Tam Romani quam et Salici” (MGH, I, 43, c. 10). Véase cap. I, *supra*, y discusión abajo.

germánico. No es simplemente el expositor de la jurisprudencia, la *laghsaga* de sus seguidores germanos y el poseedor del antiguo *bannum* germánico, sino también el sucesor de los emperadores romanos. Una cierta confusión resulta de esta posición múltiple.⁹⁴

La existencia de *pays de droit écrit* y *pays de droit coutumier* es reconocida en el siglo XI por las *Excepciones petri*, que describe las diferencias de procedimiento entre las regiones en lo que respecta a la recaudación de deudas. El proceso de condena judicial sólo era necesario en el país de ley escrita, en las regiones en que el derecho romano no se aplicaba era suficiente ofrecer el capital al acreedor en presencia de testigos.⁹⁵

La historia posterior de estas regiones está fuera del alcance de este documento, pero en el momento del resurgimiento del derecho de Justiniano las regiones del sur podían presumir una larga asociación con el derecho “consuetudinario” romano que fue de gran importancia para allanar el camino para la introducción de la ley “aprendida” del siglo XIII.⁹⁶ El proceso por el

⁹⁴ Es lamentable que Petraou-Gay, en sus luminosos estudios, no haya considerado apropiado describir las relaciones del poder real con la ley nacional romana. Es posible que la corona imperial adquirida por Carlomagno le diera al gobernante todos los derechos de la legislación de los emperadores, pero el *Edictum Pistense* no revela este hecho claramente. Las dos funciones, una judicial, otra legislativa, eran distintas bajo los merovingios. El *laghsaga*, o ley sayer, ejerció el primero; el rey ejerció el segundo. Las *leges barbarorum* eran declaraciones de costumbre, la función de la *laghsaga*. Bajo los carolingios, como el capitular citado *supra*, MGH, núm. 143, c. 5, “Generaliter omnes admonemus...”, deja claro: el gobernante combinó en sí las dos funciones de *laghsaga* y el legislador, Petraou-Gay, “La Laghsaga salienne”, *op. cit.*, pp. 280-285.

⁹⁵ Libro II, c. 31 (Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. II, p. 363). La edición mas reciente es de Mor, *Scritti giuridici preirneriani*, vol. II, de la colección *Orbis Romanus*, núm. 10, Milán, 1938. Para la discusión véase Naber, J. C., “De Petri Exceptionum patria et annis”, *Melanges Paul Fournier*, París, 1929, pp. 573-585; Kantorowicz, H., *Studies in the Glossators of Roman Law*, Cambridge, cap. 6, 1938, pp. 112-121, y Calasso, F., *Medio evo del diritto*, I, *Le Fonti*, Milán, 1954, pp. 297 y ss.

⁹⁶ Calasso, *Medio evo del diritto*, pp. 181 y ss., 607 y ss.; Chénon, *Histoire*, I, pp. 502-510, 513 y ss.; véase Olivier Martin, *La Coutume de Paris*, París, 1925, pp. 5-13. Véase Jarriand, *Histoire de la Nouvelle 118 dans les pays de droit écrit*, pp. 204 y ss., para

cual el derecho de Justiniano fue sustituido por el derecho teodosiano, incluyendo el Breviario y el *Papian*, y por el cual penetró la práctica y la instrucción legal, es algo que necesita más aclaración de la que ha recibido. Cuando estas sustituciones ocurrieron fueron tratadas por los *parlamentos* del sur como alteraciones o redefiniciones de la costumbre establecida.⁹⁷ “Era como si un país que había perdido sus códigos los hubiera vivido durante algunos siglos en su memoria y los hubiera redescubierto un día”.⁹⁸ Sin embargo, cuando algunos de los juristas hablaron del derecho romano como una ley común, no se abandonó la teoría, pues se trataba de un derecho consuetudinario enunciado y definido por los tribunales reales, no promulgado por los emperadores anteriores.⁹⁹

¿Cuál es la explicación para el desarrollo de dos sistemas jurídicos en el norte y el sur de Francia? No fue, como sugirió Montesquieu, el resultado de una elección consciente por parte de los habitantes en lo individual, ya que no existía la libre elección de la ley, ni de la acción legislativa para el *Edictum Pistense*, legislado con anterioridad. Tampoco los puntos de vista romanistas de Fustel de Coulanges, con su insistencia en la supervivencia de las instituciones romanas, explican el predominio del derecho germánico en el norte.¹⁰⁰ Si los elementos francos tendían a predo-

un panorama de la extrema diversidad entre las costumbres del sur de Francia. Lyons era pagador del *droit écrit* en el siglo XIV, pero estaba bajo el *droit coutumier* en los siglos XII y XIII, Caillemer, R., “Les Idees coutumieres et la renaissance du droit romain dans le sud-est de la France”, *Essays in Legal History*, Oxford, 1915, pp. 175, 200. Esto demuestra la falta de continuidad en algunas regiones y también la facilidad con que se combinan la “costumbre” y el “derecho romano”.

⁹⁷ Brissaud, *A General Survey of Events, Sources, Persons*, p. 206. Cf. Chénon, *Histoire du droit français*, I, p. 488; Olivier Martin, *Histoire du droit français*, París, 1951, p. 122.

⁹⁸ Esmein, *Histoire*, p. 682.

⁹⁹ Para la aplicación exacta de estos términos véase Esmein, *op. cit.*, *supra*, nota 98 a 683-688, y la literatura citada en las notas. El modo de aplicación del derecho romano en los *pays de coutume* and the *pays de droit écrit* fue muy discutido. Véase también Tardif, *op. cit.*, *supra*, nota 93, pp. 278 y ss.

¹⁰⁰ Fustel de Coulanges, *L’Invasion germanique*, p. 549; *Recherches sur quelques problèmes d’histoire*, 2a. ed., p. 402, y *Nouvelles recherches sur quelques problèmes d’histoire*,

minar en el norte de Francia, no fue debido a ninguna imposición forzada de su ley por los conquistadores. Se debía, más bien, a una transformación gradual de la ley de la mayoría o de la parte más influyente de una población en la ley del territorio. Este proceso se revela en el *Edictum Pistense*.

Sin embargo, la supuesta persistencia de determinados sistemas jurídicos nacionales en diversas regiones ha dado lugar a varias cuestiones. De la existencia continua del derecho romano en el sur de Francia y en Italia no puede haber duda. De la supervivencia de la ley lombarda tampoco hay duda, ya que no hay ninguna mezcla de elementos nacionales en todas partes. Pero ¿qué leyes o leyes nacionales sobrevivieron o predominaron en el norte de Francia y en Alemania, especialmente en el *pays de droit coutumier*?

La teoría que ha ejercido la más amplia influencia, y que se ajusta más completamente a la terminología de las leyes y costumbres, es la de Sohm. Según Sohm,¹⁰¹ la ley que adquirió el predominio en el norte de Francia y en Europa occidental, en general, fue la ley sálica. El crecimiento de esta ley, que había comenzado con Clodoveo, continuó bajo los gobernantes carolingios. La ley sálica gradualmente suplantó a las otras leyes nacionales germánicas,¹⁰² incluso la ley de los capitulares se basaba en la costumbre sálica. Las únicas leyes nacionales que quedaron después del siglo IX fueron la ley romana y la ley lombarda. La ley de la antigua Francia, por tanto, era predominantemente sáli-

pp. 361-398, especialmente pp. 382 y 396-398. Fustel de Coulanges admite la existencia de grupos nacionales en el imperio franco, pero les niega la posición racial; eran grupos territoriales. Un ripuario era residente del *pagus ribuarius*. Si entraba en una región borgoñona estaba sujeto, sin embargo, a la ley riparia. Las leyes nacionales ya no designaban grupos nacionales. Nouv. 378, 379 y nota 1. El erudito autor anticipa el advenimiento de la territorialidad, pero su tesis es válida para finales del siglo IX, aunque no sostiene una interpretación romanista de los datos.

¹⁰¹ Sohm, R., "Frankisches Recht and romisches Recht", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Germ. Abt.*, I, pp. 1 y ss.

¹⁰² Sohm, *op. cit.*, *supra*, nota 101, p. 17.

ca, pero con la yuxtaposición del derecho romano en el sur.¹⁰³ La única ley nacional de origen germánico que resistió el dominio de la ley sálica fue la sajona, pero, por lo demás, Sohm encontró la influencia de la ley franca dominante en todo el campo del “derecho público” y en la ley de los feudos. Todos los grandes movimientos e ideas de la Edad Media se dieron en el país de los francos salios y la reforma de Cluny y las cruzadas se originaron en esta región media.¹⁰⁴

La teoría de Sohm ha sido ampliamente aceptada, pero también criticada y modificada en detalle. Brunner ha seguido a Sohm aceptando la influencia de la ley sálica en Francia y algunas partes de Alemania, pero ha limitado el alcance de la influencia en Sajonia.¹⁰⁵ Schröder, aunque está de acuerdo con Sohm, se inclina a poner más énfasis en la influencia del derecho ripuario.¹⁰⁶ Félix Dahn criticó la parte de la teoría de Sohm que establecía una distinción entre *Reichsrecht* (ley del rey) y *Völkrecht* (ley popular), y negaba la validez de estas diferencias.¹⁰⁷ No obstante, un examen de los documentos de los siglos X y XI tiende a confirmar en el sistema de Sohm un aspecto: en muchos documentos germanos se les identifica como *Salici* viviendo bajo la ley sálica.¹⁰⁸

Si la tesis de Sohm es esencialmente correcta desde el punto de vista de la terminología del derecho nacional, ha sufrido, sin embargo, una revisión en busca del lado doctrinal. Esta revisión ha sido la obra de Julius Ficker.¹⁰⁹ Éste último ha enfatizado la importancia de las leyes de los germanos orientales, y no de los

¹⁰³ *Ibidem*, p. 64.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 69.

¹⁰⁵ Brunner, H., *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, 2a. ed., 1903, pp. 32 y 95.

¹⁰⁶ Schröder, R., *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 5a. ed., p. 638.

¹⁰⁷ Dahn, *Die Könige der Germanen*, Leipzig, VII, 2, 1894, pp. 34 y ss.; VIII, 3, 1899, pp. 29 y ss.

¹⁰⁸ Véase sección A, *supra*.

¹⁰⁹ Ficker, J., *Untersuchungen zur Erbfolge der ostgermanischen Rechte*, Innsbruck, 1891-1904.

germanos occidentales, en la determinación de las características legales dominantes de la Edad Media. Ha examinado el contenido de las distintas leyes germánicas, destacando lo que él consideraba elementos fundamentales y estables en cada una, y ha reclasificado las costumbres legales de la Edad Media sobre esta base. Ha encontrado este elemento estable en la ley de la familia y del matrimonio, y de hecho, según Caillemer, se ha exagerado el alcance de la estabilidad.¹¹⁰

Según Ficker, la familia original de la ley germánica, tanto entre los germanos occidentales como entre los germanos orientales, era la familia matriarcal más que la patriarcal.¹¹¹ Las tribus de Alemania Occidental, en su ley, estaban más cerca de este sistema matriarcal original que las tribus de Alemania Oriental.¹¹² Utilizando el criterio del derecho familiar, Ficker reconoció tres sistemas jurídicos entre los francos, además de la tradicional división entre la ley sálica y la ripuaria, incluyó una nueva clasificación llamada Ley de Lorena.¹¹³ La Ley de Lorena compartió con la ley sálica —llamada por Ficker la ley franca del Oeste— la dominación del *pays de droit coutumier* del norte de Francia. La característica principal de la ley franca del oeste fue la ausencia de un lazo legal entre el padre y la descendencia ilegítima. Se trataba de una supervivencia del antiguo sistema materno que posteriormente fue superpuesto con instituciones patriarcales.¹¹⁴ La Ley de Lorena fue más variada, pero se caracterizaba, en muchos casos, por la costumbre de la devolución. Este es un derecho de los niños a la propiedad en caso de muerte de uno de los padres, pues el derecho de disposición del padre sobreviviente era limita-

¹¹⁰ Caillemer, R., “La Formation du droit français médiéval et les travaux de Julius Ficker”, *Annales des Facultés de Droit et des Lettres d’Aix*, II, 1906, pp. 38 y 39.

¹¹¹ Ficker, *op. cit.*, *supra*, nota 109, al núm. 949; Caillemer, *op. cit.*, *supra*, nota 110, p. 41.

¹¹² Caillemer, *op. cit.*, *supra*, nota 110, al 40; Ficker, *op. cit.*, *supra*, nota 109, al V, parte una, sobre el derecho del este de Alemania.

¹¹³ Ficker *op. cit.*, *supra*, nota 110, a núms. 810 y 811.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 834 y ss., 855, 885 y ss. y 908.

do.¹¹⁵ Así, el *pays de droit coutumier* se distinguía por los elementos jurídicos de un sistema materno temprano.

A la vieja ley visigoda Ficker no le admitió mayor influencia en Francia, aunque su importancia en España fue reconocida. Las características de la vieja legislación visigoda, tales como la igualdad de los sexos y la ausencia en el Código de Eurico de una reserva de la propiedad en favor de los niños, se atribuyeron a viejas tradiciones legales de Alemania del Este más que a las influencias del derecho romano, como comúnmente se presume. Aunque el sur de Francia era una región de derecho romano, Ficker reconoció la influencia del derecho visigodo en Septimania y en Gascuña. En estos casos, sin embargo, la influencia de la ley visigoda se mezcló con el derecho de Lorena.¹¹⁶

En el caso del derecho borgoñón existe amplia controversia. Para Sohm la ley borgoñona en la Alta Edad Media había sucumbido enteramente a la ley sálica.¹¹⁷ En opinión de Ficker, por otro lado, la ley de Borgoña ejerció la influencia más decisiva en Francia. Después de la derrota de los visigodos en 507, la ley visigoda, según esta teoría, fue reemplazada por la ley borgoñona, que compartió con el derecho romano una parte vital en la formación de las costumbres del sur de Francia.¹¹⁸ Un atributo principal de la ley de la región dominada por la influencia borgoñona fue la ausencia de una comunidad de bienes entre marido y mujer.¹¹⁹ La difusión de algunas doctrinas del derecho romano en el sur de Francia, especialmente la *Cuarta Falsidia*, fue atribuida por Zeumer a la recepción del *Lex Romana Burgundionum* en el valle del Garona.¹²⁰ Ficker extendió esta influencia de los borgo-

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 739 y 835.

¹¹⁶ *Ibidem*, núms. 1059 y 1355; Caillemer, *op. cit.*, *supra*, nota 110, 1907, p. 4.

¹¹⁷ Sohm, *op. cit.*, *supra*, nota 101, pp. 16, 27.

¹¹⁸ Ficker, *op. cit.*, *supra*, nota 109, a núm. 1342; Caillemer, *op. cit.*, *supra*, nota 110, 1907.

¹¹⁹ Ficker, *op. cit.*, *supra*, nota 109, a núm. 1305; Caillemer, *op. cit.*, *supra*, nota 110, 1907, 8.

¹²⁰ Zeumer, K., *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Ger. Ab., IX, 1888, p. 26.

ñones y trató al *pays de droit écrit* como idénticos a los *pays de droit Burgonde* (país de derecho borgoñón).¹²¹

En todas estas teorías, como Caillemer ha señalado,¹²² hay mucha exageración. La clasificación de las leyes germánicas sobre la base de las doctrinas del derecho de familia y de las supervivencias de un sistema materno es útil para comprender las semejanzas y las diferencias entre las diversas leyes, pero difícilmente puede soportar la superestructura histórica que se ha erigido sobre su fundamento. No obstante, llama la atención sobre el hecho de que las viejas leyes nacionales dejaron de existir en el siglo XI como derecho de las tribus. Las leyes nacionales se adaptaron a las regiones indígenas y muchas de sus doctrinas se fusionaron en los sistemas jurídicos regionales. Si el principio de la personalidad de la ley se busca en el siglo X, se encuentra en nuevas formas de justicia feudal.

¹²¹ Ficker, *op. cit.*, *supra*, nota 109, a núm. 1341; Caillemer, *op. cit.*, *supra*, nota 110, pp 19 y 20.

¹²² Caillemer, *op. cit.*, *supra*, nota 110, 1906, pp. 37-39, 1906.

CONCLUSIÓN

Parece deseable concluir con una sumatoria y orientarla a un contexto histórico y jurídico. Al hacer lo anterior dos hechos destacan: un principio, el de la personalidad del derecho; y una historia, la de la aplicación y extensión de la personalidad. Si lo primero es una posesión tribal arraigada en concepciones religiosas, lo segundo es un fenómeno complejo, que consistió en el injerto en el régimen mundial del derecho romano de varios sistemas del derecho racial germánico, y de la sustitución de un sistema de legislación, uno de jurisprudencia consuetudinaria. Lo que hemos trazado es más que el despliegue de un principio primitivo; es, en muchos aspectos, un desarrollo nuevo, o más bien, una serie de nuevos desarrollos.

Cuando tratamos de situar la personalidad de la ley en la perspectiva del desarrollo jurídico y constitucional europeo, observamos, en primer lugar, su importancia para el derecho internacional. Una historia de derecho internacional privado debería abarcar al menos cuatro periodos o etapas: 1) el régimen de derecho personal; 2) la territorialidad de la ley feudal; 3) la época de los estatutos, italiano y francés, y 4) el derecho internacional privado moderno. Un estudio de cualquiera de estas etapas requiere que se preste atención a los anteriores y siguientes, ya que cada uno incorpora algunos elementos de los sistemas anteriores.¹

Como el derecho internacional público aceptó el principio básico de la territorialidad² del feudalismo, el derecho internacional privado desde el siglo XIV enfatizó cada vez más el papel de la personalidad. Esto lo hizo distinguiendo entre estatutos perso-

¹ Brissaud, J., *A General Survey of Events, Sources, Persons & Movements in Continental Legal History*, 213-216 (Boston, 1912) (*Manuel*, pp. 239 y ss.).

² Laurent, F., *Le droit civil international*, I, París, núm. 198, 1880, p. 272.

nales, reales y luego mixtos. Esta fue la obra principal de Bártolo y sus estudiantes franceses e italianos.³ No fue sólo resultado de la jurisprudencia, de *droit savant*, que nos lleva al siglo XII, fue un producto de la costumbre y de la práctica, y esto nos remonta a la Edad Media temprana. La continuidad negada por Laine ha sido sostenida por Meijers;⁴ como señala este último, en Francia e Inglaterra la sucesión de bienes inmuebles se rige por la ley de su situación, la sucesión de bienes personales por el domicilio del fallecido. La primera regla se remonta al sistema de derecho personal, la segunda al régimen feudal.⁵

La doble herencia de la tradición occidental, la personalidad “germánica” y la territorialidad feudal se recuerdan en diversas concepciones del derecho público moderno, como *ius sanguinis* (derecho basado en la ascendencia), el *ius soli* (derecho basado en el domicilio o territorio)⁶ y en una distinción hecha en el derecho francés moderno entre sujetos bajo soberanía territorial y ciudadanos que comparten la soberanía nacional.⁷

³ Gutzwiller, M., “Le Developpement historique du droit international privé”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International*, t. 29, IV, París, 1929, pp. 395 y ss.

⁴ Laine, A., *Introduction au droit international privé*, vol. I, París, 1888, pp. 54-74. Meijers, “Principes fondamentaux”, *Recueil des cours, op. cit., supra*, nota 3 a 50 y ss. La continuidad parece también ser sostenida por Laurent, *op. cit., supra*, nota 2, en I, núm. 168.

⁵ Meijers, *ibidem*, p. 672.

⁶ Brissaud, J., *Manuel d’histoire generale du droit français public et privé*, París, 1903, pp. 1755-1757. Mervyn Jones, J., *British Nationality Law*, rev. ed., Oxford, 1956, pp. 16, 51, 57 y *passim*. La fragmentación feudal oscureció durante mucho tiempo la idea de la nacionalidad. De esta etapa de desarrollo surgió la noción de *ius soli*. La nacionalidad dependía del lugar de nacimiento: un francés era definido como cualquier persona nacida en suelo francés. La ley inglesa quizá fue más lejos en esta dirección. A excepción de la naturalización ocasional, bastaba el nacimiento en suelo inglés. La nacionalidad inglesa no podía ser rendida sino con el consentimiento del soberano. No fue hasta el siglo XVIII cuando el principio del *ius sanguinis* llegó a aplicarse en Francia, Brissaud, *idem*. En 1756. El derecho inglés siguió adhiriéndose más estrechamente al *ius soli*.

⁷ Esmein, A., *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, vol. 1, 7a. ed., París, 1921, p. 2.

La importancia que se concede a la práctica jurídica, más que a la doctrina, al vincular la ley personal y los periodos feudales, tiene importantes implicaciones para la teoría de la *supervivencia del derecho romano*.⁸ No hay duda alguna de que fue como costumbre y no como jurisprudencia que el derecho romano sobrevivió en el sur de Francia, cualquiera que fuera el caso en Italia. “*Le fait triomphe y l'emporte sur le droit*”.⁹ Más tarde, los reyes franceses que insistieron en considerar el derecho romano en estas regiones como costumbre, más que como legislación, estaban históricamente en terreno sólido, aunque sus motivos eran políticos, porque temían la implicación de lo contrario, fue posible que el sacro emperador romano pudiera legislar en sus dominios.¹⁰ La capacidad del derecho romano en la Alta Edad Media, para poner una cáscara personal y habitual, y luego para romperla, es tan notable como su posterior¹¹ combinación con la costumbre territorial para lograr un resultado similar.¹²

La admisión de extranjeros o de conquistados en los derechos legales y políticos se logró históricamente por medio de varios métodos: personalidad, territorialidad, derecho común de las naciones (*ius gentium*) y sistema de estatutos. Así como Roma hizo el esfuerzo más ambicioso para utilizar el tercero de estos métodos, los francos aplicaron el principio de la personalidad de forma más extensa. Una historia del derecho internacional privado es también una historia de los triunfos y contratiempos del liberalismo y del constitucionalismo.¹³ La edad más antigua de la personalidad colocó los *derechos* en una posición casi desconocida en nuestros días, porque insistió en el origen divino y la sanción

⁸ McIlwain, *The growth of political thought in the west*, p. 169.

⁹ Flach, J., “Le Droit romain dans les chartes du IXe au XIe siècle en France”, *Mélanges Fitting*, I, p. 418.

¹⁰ McIlwain, *op. cit.*, *supra*, nota 8, pp. 267 y 293.

¹¹ Kern, F., *Law and Constitution in the Middle Ages*, Kingship & law in the middle ages, 77 (S. B. Chrimes trad. Oxford, 1948).

¹² Stoff, “Étude”, *Rev. Bowg.*, 279.

¹³ Dekkers, R., *Le Droit privé des peuples*, Bruselas, 1953, pp. 406 y ss.

popular de toda ley, y la ley ha sido portadora y salvaguardia de los derechos individuales al paso del tiempo.

Si nos centramos en las concepciones modernas del constitucionalismo, es obvio que se deben mucho a los dos factores de la personalidad y la territorialidad. La carta magna es un documento feudal, pero la edad temprana de la personalidad también colocó los derechos en una posición privilegiada, pues no los apoyó en vínculos territoriales y contractuales, sino en el nacimiento y la “nacionalidad”.¹⁴ En todo caso, la personalidad del derecho ha sido considerada por algunos juristas modernos como un fundamento más seguro de los derechos individuales que la territorialidad. Uno de los estudios preparatorios para el *Código Iuris Canonici* (Código de Derecho Canónico) aportado por un futuro Papa contiene un argumento para su papel más amplio en el derecho de la iglesia.¹⁵ Considerando lo mucho que la supervivencia del derecho romano, a través del derecho canónico —para *ecclesia lege romana vivit* (la iglesia vive por la ley romana)—, debe al principio de derecho personal, esta actitud es comprensible. Pero también es un reconocimiento de la afirmación de que el principio de la personalidad es un fundamento sólido de un orden justo en las relaciones humanas.

Tal vez el papel principal de la personalidad ha sido el de un portador de tradición antigua.¹⁶ Ya sea que la tradición fuera apego a un lejano pasado romano o germánico, o más concretamente, a las reglas del derecho familiar y de la sucesión, el

¹⁴ McIlwain, C. H., *The English Common Law, Barrier against Absolutism*, Au. Hist. Rev. 25 (Oct., 1943).

¹⁵ Pacelli, E., *La Personalité et la territorialité des lois, particulièrement dans le droit canon-Etude historique-juridique*, Roma, 1945 (publicado originalmente en 1912, en una versión italiana). Ver especialmente las notas introductorias III y ss. Tomando su señal de Santo Tomás de Aquino, Mons. Pacelli escribió en 1912, III: “La idea del territorio no entra como elemento necesario en la noción de ley... Varias comunidades perfectas, es decir, aquellas capaces de recibir leyes, son puramente personales”.

¹⁶ Meijers, “Principes Fondamentaux,” *op. cit.*, *supra*, nota. 4 a 672 y 673.

principio de la personalidad ha permitido a las costumbres de las culturas sometidas afirmar una nueva influencia en el desarrollo social.¹⁷

¹⁷ Meijers, E. M., “Le Droit medieval, source auxiliaire de recherche pour etude de la diffusion des groupements ethniques en Europe occidentale”, *Études d’histoire du droit*, I, Leiden, R. Feenstra and H. J. W. D. Fischer, 1956, pp. 15-18 (Resume), y “La Realite et la personnalité dans le droit du Nord de la France et dans le droit anglais”, Meijers, *op. cit., supra*, I, pp. 228-246. Meijers considera la distinción entre “real” y “personal” como pre feudal en Francia y en Inglaterra, y remonta su origen a una organización de la familia “qui se perd en un passe lointain”, *ibidem*, pp. 244 y 245.



SIMEON LEONARD GUTERMAN

Nació el 25 de diciembre de 1907 en Nueva York y falleció el 4 de marzo de 1997, a la edad de 89 años. Fue hijo del matrimonio entre el rabino Henry Guterman y Lena Guterman, quienes tuvieron cinco hijos más. Se casó con Bette Guterman (ya fallecida).

Guterman se graduó de la Ferkauf School of Humanities and Social Sciences, en la Yeshiva University de Nueva York, donde posteriormente fue profesor de Historia y decano; recibió los grados A. B. (1930), A. M. (1932) y ph. D. (1944) por la Universidad de Harvard. En 1944 presentó su tesis doctoral, abordando temas relacionados con las características del derecho en los inicios de la Edad Media, bajo la dirección de C. H. McIlwain.

Autor de varios libros y artículos en su campo —historia medieval y moderna europea—, con especial referencia a las instituciones políticas y su interacción con el derecho, la religión y la sociedad. Asimismo, fue miembro del Consejo de Administración del Museo Judío Americano de Arte y Cultura, donde trabajó arduamente por mejorar las relaciones entre los grupos a través de la exposición de las aportaciones culturales del pueblo judío.

Entre las obras principales del profesor Guterman encontramos las siguientes:

- *Religious Toleration and Persecution in Ancient Rome* (libro, 1951).
- “Social Democracy and the Traditions of Western Constitutionalism” (artículo, 1960).
- “The First Age of European Law: The Origin and Character of the Conflict of Law in the Early Middle Age” (artículo, 1961).
- “The Interaction of Religion, Law, and Politics in Western Society: Its Historical Character and Influence” (artículo, 1963).
- “Western Legal Development in its Cultural Context” (artículo, 1963).
- “The Principle of the Personality of Law in the Early Middle Ages: A Chapter in the Evolution of Western Legal Institutions and Ideas” (artículo, 1966).
- *From Personal to Territorial Law: Aspects of the History and Structure of the Western Legal-Constitutional Tradition* (libro, 1972).
- “The Transition from Personality to Territoriality of Law in Feudalism” (artículo, 1972).
- *The Principle of the Personality of Law in the Germanic Kingdoms of Western Europe from the Fifth to the Eleventh Century* (libro, 1990).

Aunque quizá su obra más conocida es el libro *Religious Toleration and Persecution in Ancient Rome*. Según la introducción de la misma obra, tiene como fin dar respuesta a tres principales preguntas: 1) ¿por qué a veces se toleraban los cultos paganos extranjeros en la República romana y a veces eran suprimidos?; 2) ¿por qué el cristianismo fue perseguido, al principio de manera esporádica, y luego sistemáticamente?, y 3) ¿por qué el judaísmo fue, generalmente, tolerado? Para responder a estas interrogantes se basó en las teorías de Mommsen, quien afirmaba que los cultos paganos fueron ocasionalmente reprimidos porque eran desordenados e inmorales y no por el hecho de ser extranjeros.

De igual modo, otra obra importante es el libro *From Personal to Territorial Law: Aspects of the History and Structure of the Western Legal-Constitutional Tradition*, una colección de ocho estudios publicados en 1960 en diversas revistas, como la *New York Law Forum*, *The University of Miami Law Review* y *The American Bar Association Journal*, entre otras. Estos estudios abordan temas relativos a la relación entre el derecho y la historia. Particularmente, uno de estos textos (“Law and History in the Making of European Unity”) hace un llamamiento a un Estado de derecho internacional moderno, basado en el estudio de la historia jurídica.

En el año 1972 el profesor Guterman publicó su famoso artículo “Western Legal Development in its Cultural Context”, en el que señala que el derecho occidental es resultado de la mezcla de culturas romanas y teutónicas que siguieron a las invasiones del Imperio romano. Fuera de esta mezcla se produjeron dos grandes sistemas jurídicos —el derecho civil y el *common law*— de los cuales somos herederos. Sin embargo, el profesor afirma que en tiempos recientes ha habido una tendencia marcada hacia el abandono de estos sistemas tradicionales en favor de un *volksgeist* recurrente como base de la vida jurídica.

Sin duda alguna, la obra de Guterman es muy vasta y significa una gran aportación tanto al área de la historia como a la historia del derecho, donde converge el análisis de cómo la ley se modifica o atiende a las ideas o necesidades de una sociedad en una época en particular.

ACERCA DE LOS TRADUCTORES

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN

Es doctora en derecho por la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla); PRIDE nivel “D”; SNI nivel III; consejera externa de la Secretaría de Relaciones Exteriores; mediadora privada certificada; directora del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, además de Premio Universidad Nacional Jóvenes Académicos en Ciencias Sociales (2008) y visitante académica en la Stanford Law School (2012-2016).

JORGE ALBERTO SILVA

Es doctor en derecho por la UNAM; SNI nivel III; consejero externo de la Secretaría de Relaciones Exteriores; panelista TLCAN y Expert witness of law en Estados Unidos, además de presidente de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado y profesor emérito UACJ.

Fecha: / /

No olvidar..



A large rectangular area for writing, bounded by a solid top line and a solid left line. The interior is filled with horizontal dotted lines, providing a guide for letter height. The bottom boundary is also a dotted line.



Fecha: / /

No olvidar..



A large rectangular area for writing, bounded by a solid top line and a solid left line. The interior is filled with horizontal dotted lines, providing a guide for letter height. The bottom boundary is also a dotted line.



El principio de la personalidad del derecho en los inicios de la Edad Media: un capítulo en la evolución de las instituciones e ideas jurídicas occidentales, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 22 de abril de 2019 en los talleres de MGM, Consultoría Gráfica, S. A. de C. V., Fuentes Brotantes 43-1, colonia Portales Oriente, alcaldía Benito Juárez, 03570, Ciudad de México, tel. 5243 9110. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* 57 x 87 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 100 ejemplares (impresión digital).

La presente obra escudriña en el origen, el crecimiento y el funcionamiento de las instituciones asociadas con el régimen de derecho personal a partir de la caída del Imperio romano de Occidente hasta el año mil, tema histórico raramente conocido. La llamada *personalidad de las leyes*, fruto de los pueblos germanos, precede al surgimiento de las universidades, las teorías estatutarias y el feudalismo, siendo de necesidad forzosa su conocimiento para los romanistas y los *ius* internacional privatistas. De acuerdo con el autor, el investigador no debe dudar en utilizar el enfoque jurídico ni olvidar que el sistema de derecho personal estuvo históricamente condicionado. A pesar de un enfoque "difícil de rastrear", destaca la importancia que tuvo la práctica jurídica, sobre todo al vincular la ley personal con los periodos feudales. Ello —dice— tiene implicaciones relevantes para la teoría de la supervivencia del derecho romano.

El lector tiene en sus manos una obra que le presentará el clásico tema de la personalidad y la territorialidad de las leyes, mismo que, seguramente, le pasionará.

