

## 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.<sup>1</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> El derecho público y el derecho privado están vinculados a todos los efectos.<sup>4</sup>

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

---

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

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

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

<sup>5</sup> 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”.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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

---

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> *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.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> 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*.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup> En el primero, el rey es el sucesor de la *laghsaga* o legislador de la costumbre alema-

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

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

<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> Además, no hay diferencia de *contenido* entre los dos tipos de capitular; ambos tratan de los mismos asuntos, incluso del derecho privado.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> 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”.<sup>15</sup> El derecho ripuario prescribe la exculpación para romano, como a ripuario.<sup>16</sup> El derecho Borgo-

---

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

<sup>13</sup> *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.

<sup>14</sup> *Leges Visigothorum*, VI, I, 2, MGH, 8o. series, p. 176.

<sup>15</sup> *Lex Salica*, XIV, 2, Hessels, cod. 2, col. 83.

<sup>16</sup> *Lex Ribuaría*, 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”.<sup>17</sup>

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...”<sup>18</sup>

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.<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> 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

<sup>17</sup> *Leges Burgundionum*, VIII, 1, De Salis, MGH, p. 49.

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

<sup>19</sup> *Capitula Italica*, I, núm. 105, MGH, p. 219, c. 14.

<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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”.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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”.<sup>24</sup> El sistema judicial o la organización judicial, aunque adaptado a las necesi-

---

<sup>21</sup> Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. I, p. 174.

<sup>22</sup> *Capitularia*, num. 143, Boretius and Krause, MGH, c. 5: “Generaliter omnes admonemus ut capitula quae praeterito año legis salicae per omnium consensum addenda esse consumimus, iam non ulterius capitula sed tantum lex dicantur, immo pro lege tencantur”. 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.

<sup>23</sup> Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, pp. 274 y ss.

<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup>

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.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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”.

---

<sup>25</sup> 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).

<sup>26</sup> Esmein, *Histoire du droit français*, pp. 85-90.

<sup>27</sup> 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”.<sup>28</sup>

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.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

---

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

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Cap. I, MGH, p. 18, c. 4, citado *supra*, cap. III.

<sup>31</sup> Fustel de Coulanges, *La monarchie franque*, pp. 468-471. Sin embargo, la historia de Vigilius, el archidiácono 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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.

<sup>32</sup> Esmein, *Histoire de droit français*, p. 57.

<sup>33</sup> *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.<sup>34</sup>

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,<sup>35</sup> el derecho romano lo prohibió.<sup>36</sup> Los *romanii* a menudo terminaban aceptando la regla germánica y dándole un tegumento románico.

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

---

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

<sup>35</sup> Tacitus, *Germania*, 24: "Venire se et alligari patitur".

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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).<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup>

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.<sup>40</sup> 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*.<sup>41</sup>

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 capacidad<sup>42</sup> 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

---

<sup>38</sup> *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.

<sup>39</sup> *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”.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> 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).

<sup>42</sup> Brissaud, *Manuel*, pp. 1143-1147 y 1159.

de las mujeres, de conformidad con los principios jurídicos bárbaros.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup>

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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> En general, bajo la influencia del derecho romano los bárbaros desarrollaron una apreciación más aguda de los elementos esenciales de un contra-

---

<sup>43</sup> 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).

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

<sup>45</sup> Capitularia, I, 98, MGH, p. 206, c. 8.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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).<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup>

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.<sup>50</sup> Los propios germanos carecían de testamento en la época de Tácito,<sup>51</sup> e incluso en el momento de las invasiones, pero pronto tomaron prestada la institución de los romanos.<sup>52</sup> 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).<sup>53</sup> La antigua *familiae emptor romana* (com-

---

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> Tacitus, *Germania*, 20.

<sup>52</sup> Chénou, *op. cit.*, *supra*, nota 50, I, pp. 457 y 458.

<sup>53</sup> 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).<sup>54</sup>

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.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup> 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,<sup>58</sup> 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-

---

<sup>54</sup> 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.

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

<sup>56</sup> Stouff, "Étude", *Rev. Bourg.*, pp. 273 y 274.

<sup>57</sup> Brissaud, *Manuel*, p. 1538; Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2a. ed., pp. 832 y ss.

<sup>58</sup> *Cod. Theod.*, V, 1, 4 (*De Leg. Her.*). *Grimualdi 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.<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup> 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).

---

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> *Spirit of the Laws*, Bk. XXVIII, cap. 12.