

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 Merovingici 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 la 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 de l'état 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 Petrau-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, Petrau-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 más 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.