NOTAS SOBRE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL MAS ANTIGUO

El BARÓN v. SCHWERIN destaca entre los germanistas más jóvenes hasta el punto de indicarse su nombre como el del presunto sucesor de v. Amira, su maestro, en Munich. Hoy profesa en Friburgo y con anterioridad en Estrasburgo; habiendo rechazado propuestas de Leiden y de Colonia. Hace años le fué encomendada la nueva edición que se prepara de la magistral historia de Brunner. Sus trabajos son numerosos *). Este inédito que publicamos es un análisis sagaz de las fuentes y de la recepción en el Código de Eurico, con puntos de vista interesantes y originales sobre el problema.

La investigación históricojurídica tiene por conocimiento indiscutido, desde hace mucho tiempo, que el documento más antiguo, de los conservados, del derecho germánicoespañol es una amplia legislación del rey visigodo Eurico (466-485). Por desgracia, sólo tenemos fragmentos de ella en un palimpsesto de la Biblioteca Nacional de París. Unos los llaman *Codex Eurici;* otros [1], *Statuta Legum.* La edición clásica de los mismos la publicó, en 1902, K. ZEUMER [2].

Repetidas veces se ha ocupado la literatura de estas leyes. Prescindiendo de autores más antiguos, en particular, K. ZEU-

*) Estos son los principales: *Altergermanische Hundertschaft* (1908). *Deutsche Rechtsgeschichte,* 2.ª ed., 1915. *Zur altschwedischen Eidhilfe,* 1921. *Einführung in das Studium der germanischen Rechtsgeschichte,* 1921. En la edición pequeña de los *Monumenta Germaniae historica* ha publicado los textos de las *Leges Saxonum* y la *Lex Thuringorum.*

1 UREÑA, *La legislación gótico-hispana,* pág. 238.

2 *Monumenta Germaniae historica,* Sectio legum. Tomus I.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

MER [1], H. BRUNNEN [2], y, sobre todo, con profundidad, UREÑA [3]. Algo utilizable se encuentra también en F. C. v. SAVIGNY [4], y más moderadamente, en A. v. HALBAN [5].

Con todo, hasta ahora, no ha podido ser estimada en su vasta amplitud la importancia de estos fragmentos para la historia del derecho en Occidente, en general, y para la historia del derecho germánico, más especialmente aún. El C. E. no sólo merece la fama de ser el Código germánico más antiguo; su significación histórica descansa, ante todo, en representar el lazo de unión entre el derecho del mundo antiguo y el de la Edad Media. Destaca como jalón importante en la historia de la recepción del derecho romano en el Imperio y forma un puente entre el derecho de Occidente y el de Oriente.

Este hecho no ha dejado de ser percibido por la literatura. Se ha dicho que el C. E. como, en general, toda la legislación visigoda está bajo la influencia del derecho romano. También se ha confirmado que el C. E. dejó impresa su huella en la *Lex Baiwariorum* y, precisamente hace poco, se ha investigado qué acción ha tenido el derecho visigótico sobre otras ramas del derecho alemán, de un modo especial, sobre la *Lex Sálica*. Pero carecemos, hasta la fecha, de una exposición que poniendo en el centro al C. E. haga de él asunto de una investigación de la historia de las recepciones. Sólo ella pondría de manifiesto su lugar histórico en un cuadro completo de los elementos de la historia del derecho europeo. No puede ser la finalidad de estas líneas resolver un tema semejante. Han de reducirse, en lo esencial, a plantear problemas, insinuar soluciones —con reservas —y a poner ejemplos. Aspiran a estimular una investigación ulterior mostrando el camino. Soluciones definitivas —en cuanto puede hablarse de algo definitivo en los conocimientos científicos— sólo pueden pretenderse en una exposición más

1 *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichts-kunde.* Band XXIII, XXIV, XXVI.

2 *Deutsche Rechtsgeschichte* I² (1906), pás. 482 y sigts.

3 Obra cit., págs. 238-296.

4 *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter,* I² (1834), págs. 64 y siguientes.

5 *Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten,* I (1899), páginas 151-237.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ampliamente planeada. Sólo podrán lograrse, además, mediante un trabajo de conjunto que domine, igualmente, la historia del derecho antiguo y la del germánico por suponer un completo dominio de ambos campos, lo que no es peculio de un romanista ni de un germanista, exclusivamente.

La significación del antiguo derecho visigótico para la historia jurídica se apoya, en última instancia, en los destinos políticos del pueblo godo, en alto grado favorable a la más extensa aceptación del derecho antiguo. Desde el primer tercio del siglo III fueron los godos vecinos del Imperio romano. Establecidos al Norte del Mar Negro y del Danubio, limitaban con las provincias romanas: Moesia, Dacia y Panonia. En 376, gracias a un tratado con el Imperio, se establecen en la provincia de Tracia; en 389 aparecen como federados de los romanos en la baja Moesia. Bajo Alarico avanzan a través de Tesalónica y el Atica, hasta Esparta. Diez años más tarde llega a ser Alarico lugarteniente de Ilírica; su pueblo coloniza en Epiro, donde permanece hasta 408. De allí, atravesando Italia, se traslada a Francia, fundando el Imperio de Tolosa.

Para llegar a medir la influencia de la cultura antigua, sobre los visigodos, antes del reinado de Eurico, conviene tener presente estos hechos. Aunque hubiese sido moderada mientras los godos fueron vecinos, tan sólo, de los romanos, la acción de esta cultura tuvo que acentuarse desde 376, después de haber convivido durante cerca de cien años, hasta Eurico, en medio de las Provincias del Imperio. Entraron a formar parte de un orden económico de estructura capitalista, cuyo centro, en Oriente, eran el comercio y la industria, mientras la economía agraria languidecía y la ciudad acaparaba la población de los campos que, en grandes zonas, quedaron desiertos. Estuvieron rodeados de una vida económica que recibía su impulso de una numerosa masa de esclavos y de libertos; mientras que los ingenuos sólo de una manera mediata participaban en ella como empresarios. Al mismo tiempo estuvieron envueltos en las luchas entre Paganismo y Cristianismo, ingresando, más tarde, en número creciente, en la Cristiandad. Todo ello constituía un nuevo tipo de vida, y así como lo recibieron ya concluído y se vieron cogidos en él, así también

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

tuvieron que adoptar las normas jurídicas dominantes. No pudo darse en estas circunstancias una evolución orgánica de las propiedades nativas o heredadas; sólo fué posible una adaptación. Es, además, natural que con estas innovaciones en el tipo de vida haya que contar también la acción de otros elementos jurídicos extraños.

Es ciertamente sabido que, en el nuevo ambiente en que los visigodos se movieron, el derecho vigente era el del Imperio Romano tal y como se manifiesta en las Constituciones de los Emperadores y en los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano; junto a esto no hay que olvidar que, precisamente, en la mitad oriental del Imperio, tenía validez un derecho nacional floreciente, distinto en muchos puntos del derecho Imperial, aun después de la Constitución de Caracalla de 212 (*Constitutio, Antonina*), mediante la que, a todos los habitantes *in orbo Romano,* se les concedía la ciudadanía y el derecho romano. El territorio, dentro del Imperio en el que primero se establecieron los godos, estaba enclavado en la jurisdicción del derecho común griego, derecho que en los tiempos de los Diádocos tuvo fuerza para conquistar todo el Oriente y afirmar la hegemonía jurídica griega; con posterioridad opuso resistencia victoriosa al derecho romano, así es comprensible que no pudiese escapar a su influencia el derecho visigodo. No puede por esto ser ajeno a una investigación sobre las raíces del derecho de los godos el rastro que en él dejara el derecho helenístico. Precisamente este aspecto del problema ha sido, hasta ahora, de los menos atendidos. Que, finalmente, también la huella del derecho canónico tiene que ser perseguida, apenas necesita indicarse. Los visigodos son arrianos desde el siglo IV, y como siguen siéndolo en tiempo de Eurico, el derecho de la Iglesia arriana de la primera mitad del siglo V tiene que ser tomado en cuenta en el C. E. De paso hay que anotar lo justificado de rechazar toda conexión entre el C. E., fragmento 306, y el Concilio de Toledo III [1]. Por el contrario, existen relaciones claras entre el fragmento 335 y el *Cod. Theod.*, V,

1 BRUNNER, obra cit., pág. 485; v. también, UREÑA, obra cit., pág. 267.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

3, 1. Ciertamente se trata aquí de una disposición procedente del anastasianismo y cabe preguntar si este fragmento ha pertenecido, desde un principio, al C. E.

De ambos campos jurídicos, del romano y del helenístico, han recogido elementos los visigodos en el siglo v. En los tiempos que siguieron a Eurico, mientras los visigodos colonizaban en la mitad occidental del Imperio, se continuó la recepción del derecho romano; pero bien clara aparece en el mismo Código de Justiniano la gran influencia recibida de Bizancio. Por lo menos en dos círculos jurídicos penetra posteriormente, a su vez, el derecho visigótico.

De una manera manifiesta en la *Lex Baiwariorum*. Con toda firmeza puede asegurarse que esta ley recoge numerosos pasajes del C. E., aunque, hasta donde se deja comprobar, no sin modificaciones ocasionales. Debe decirse, sin embargo, que todavía varios problemas esperan ser resueltos. No es, por ejemplo, nada seguro que el autor de la *Lex Baiw.* haya tenido a la vista el mismo texto del C. E., que nosotros conservamos. Tampoco sabemos si el C. E. fué la única fuente de derecho antiguo que se incorporó al derecho bávaro. Ni tenemos una representación clara de la forma en que las disposiciones tomadas por la *Lex Baiw.*, de esta fuente visigótica, influenciaron el derecho bávaro posterior, y todo esto, previamente, tendría que averiguarse para estimar la importancia del C. E. en este sector de la historia jurídica.

Menos clara es la influencia del C. E. sobre otros derechos del Imperio de los francos, especialmente sobre la *Ley Sálica*. Pudiera creerse que la investigación más reciente ha exagerado esta influencia concediendo demasiado peso a la correspondencia literal de los textos y no habiéndose preocupado bastante de analizar el contenido de las disposiciones. No puede, sin embargo, dudarse que la legislación franca no estuvo libre de contacto con la visigótica.

Todas estas manifestaciones de la recepción activa y pasiva, cuyo punto central es el C. E., se podrían reunir en un cuadro de conjunto y permitirían, con una visión penetrante, dar las leyes de la recepción misma, si se conservase íntegro el C. E. No disponiendo más que de pocos fragmentos, la inves-

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

tigación tiene que descansar sobre conocimientos incompletos. Por lo mismo no se debe prescindir del problema referente a saber si los fragmentos del C. E. pueden completarse con otras fuentes. Gracias a las investigaciones de diferentes autores, queda fuera de duda que los pasajes de la *Lex Visigothorum* designados en ella de *Antiqua,* pertenecen a la legislación visigoda hasta Recaredo I (586-601). Mediante una comparación de las "*Leges*" francas, de la *Lex Burgundionum, Baiwariorum* y *Sálica* se puede, además, sacar de estos *Antiquae* un grupo de disposiciones que acaso perteneciesen al C. E. y que de él pasaron a estas leyes [1]. Fuera de esto K. ZEUMER, en su edición antes citada, ha restituído 15 disposiciones de la *Lex Baiwariorum,* como peculio originario del C. E. Como complemento, obsérvese que la conformidad casi literal de la *Lex Baiw.,* I, 13, y del *C. Theod.,* XVI, 2, 44, podría, igualmente, proceder del C. E.

Sería equivocado emprender la tarea de completar los fragmentos del palimpsesto de París sobre estas posibilidades, tan sólo; así es que, en este trabajo, serán únicamente estudiados los fragmentos mismos, para no perder de vista en las consideraciones que se hagan, la única base firme de interpretación y crítica. Llevar la investigación a los restaurados presupondría un examen de la cuestión de saber hasta qué punto puede la ciencia, legítimamente, llenar las lagunas que ofrecen, y en qué medida es esto posible. Exigiría, por consiguiente, una reconstitución de la parte perdida del C. E., lo que en este marco no tiene cabida. Pues no debe tampoco olvidarse que la comparación de las leyes francas antes citadas no aporta enseñanzas incuestionables. Entre la fecha verosímil de nacimiento del C. E. y el de la *Lex Sálica* y de la *Lex Burgundionum* media un período de unos treinta años. En este tiempo reinaba Alarico II (483-507) que, como es sabido, dió el encargo de redactar, para los romanos, en sus dominios, la *Lex Romana Visigothorum.* Lo mas verosímil es que también hiciera completar y mejorar el C. E. En este caso la comparación tiene que llevarse a cabo, con grandes probabilidades, sobre el texto modificado por Ala-

1 V. sobre esto: HALBAN, obra cit., pág. 197.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

rico. Es, además, conocido que las leyes francas ofrecen, comparadas con la *Antiqua*, pasajes análogos; pero debe decirse que ninguno idéntico. A lo sumo puede puntualizarse sobre qué problemas llegó a adoptar resoluciones el C. E.; pero no su contenido exacto. De más rendimiento es siempre la comparación de la *Antiqua* con la *Lex Baiw.*, ya que de ella se desprende, mediante la comparación de la ley con los fragmentos, que ha tenido lugar una utilización inmediata de textos, con una aportación literal muy acusada.

Hasta qué punto la decisión en cada caso puede ofrecer dudas, lo pone de manifiesto el ejemplo siguiente: ZEUMER ha concordado la disposición IX, 5, de la *Lex Baiw.*, que no pena la muerte del ladrón nocturno, cogido en flagrante delito, con otra de la *Lex Visig.*, que no pena la muerte del ladrón que se defiende (VII, 2, 15). Ambas disposiciones podrían positivamente estar incluídas en el C. E. Las dos contienen antiguo derecho germánico; hasta derecho ario, inclusive. Que de hecho hayan pertenecido al C. E. es ya otra cuestión. Habría que preguntarse por qué la *L. Baiw.* sólo tomó la disposición sobre la muerte del ladrón nocturno, si la otra, sobre el *fur, qui se defensare voluit* estaba también en el C. E. Esta puede muy bien ser una adición de la *Lex Visig.* También sería interesante averiguar por qué dice, al final del pasaje del C. E.: *nulla ex hoc homicidii querela nascatur,* lo mismo que en la *L. Baiw.*, y no: *mors eius nullo modo vindicatur,* como la *L. V.*, VII, 2, 16.

Esta redacción de la *L. V.* se corresponde, en absoluto, con los términos propios de las otras fuentes germánicas: *er liege unvergolten;* y más bien es de creer que una forma, tan castizamente germánica, como ésta fuese trasplantada del C. E. a la *L. Vis.*, y no que naciere con esta misma Ley.

Con independencia de este ejemplo, en el mismo C. E., además de las cuestiones propias de la recepción, queda mucho que investigar en el terreno puro de historia de las fuentes. Por lo pronto en cuanto a la época de su aparición. La doctrina dominante[1] la señala entre los años 469-481. ¿No podría acortarse este plazo? Lo creo posible, fundándome en la conside-

1 BRUNNER, obra cit., pág. 488.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ración siguiente: El fragmento 277 determina que no pueden darse litigios entre godos y romanos sobre lotes de terrenos, cuando la posesión no hubiera sido impugnada durante cincuenta años. Igualmente, esclavos fugitivos que en cincuenta años no hubieran sido hallados no se deberán *ad servitium revocare*. El plazo es muy singular. Su aplicación no es conocida en el derecho romano, ni en el germánico y, además, el mismo fragmento adopta en otra cuestión el plazo de treinta años, peculiar del derecho romano y tomado de él. Este enigma de los cincuenta años acaso pueda descifrarse así. La *Lex Burg.* establece como plazo para conclusión de los procesos el año de la pugna Mauriacensis, que tuvo lugar en 451. ¿No podría también el fragmento 277 apoyarse en un acontecimiento histórico semejante? Y ¿no podría ser éste el comienzo del reinado de Teodorico, o sea el año 419? Aceptado así se tendría como punto de partida para el fragmento 277 el año 469, es decir, precisamente el *terminus a quo*, que la doctrina dominante establece para el C. E. Esta hipótesis, no tan sólo explicaría el término de los cincuenta años —inexplicable en otro caso—, sino que, además, concordarían los dos pasajes: la frase final del fragmento 277 y el de la *Lex Burgundionum* nacida de aquél, al adoptar para remate de los procesos el final del reinado de Teodorico, que tuvo lugar en la batalla de los campos catalúnicos. Otro sentido interno ganaría este plazo de cincuenta años. En 418 se adjudicaron tierras en la provincia de Aquitania segunda a los visigodos; de aquí parte la división de tierras entre godos y romanos, cuyo reparto originario corresponde, precisamente, al comienzo del reinado de Teodorico. De este modo el fragmento 277 adquiere sentido propio proponiéndose rematar, para siempre, las contiendas sobre la primera distribución de tierras.

Asintiendo a estas conjeturas, queda el año 469 como fecha del fragmento 277. ¿Pero cuál es la de los restantes? Esta pregunta plantea un nuevo problema. La ciencia ha tenido hasta ahora al C. E. como una obra de codificación nacida de una vez. ¿Lo es, en efecto? Los fragmentos conservados —atendiendo a sus caracteres paleográficos— fueron escritos en el siglo VI, en el monasterio de Corbie, es decir, en el Nor-

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

te de Francia. No son, por consiguiente, del manuscrito original. ¿Qué seguridad puede tenerse de que sean una copia exacta del mismo? En realidad, ninguna. Por el contrario, como ya ha observado UREÑA[1] pequeñas incongruencias, despiertan sospechas considerables. Así, por ejemplo, en el fragmento 280, el giro: *se quasi auxilium praebiturus ingresserit,* mientras que la *L., Vis.,* V, 5, 3 y la *L. Baiw.,* XV, 3, escriben "*ingesserit.*" También el *sedendo* del fragmento 279, a pesar de su repetición en la *L. Vis.,* V, 5, 2, pudiera haber nacido de un *caedendo,* originario. Se encuentran, por último, faltas aisladas en la escritura, que ha señalado ZEUMER en su edición. Habrá que contar también, en el texto conservado, con adiciones posteriores y con interpolaciones. A manera de ejemplo es de advertir que la primera frase del fragmento 282 despierta grandes sospechas de que haya podido ser interpolada. Las palabras *et de ruina aut incendio vel (!) hostilitatis naufragio seu quolibet simili casu,* contienen, es lo más verosímil, una interpolación. También las palabras *vel commodata* las tendría yo por interpoladas. El texto originario diría, probablemente: *Qui commendata susceperit et (de ruina vel?) hostilitatis naufragio sua omnia liberaverit...* Me inclino a ver en el fragmento una disposición sobre *commenda* en derecho marítimo, que primeramente sólo alejaba el riesgo de naufragio y en la que, más tarde, acaso fuese interpolado el resto, bajo la influencia de PAULO, *Sent.* II, I. En otro pasaje, fragmento 279, sorprende el comodato de un *jumentum* y, en cambio, la restitución de un *caballus.* La *L. Vis.* ha sustituído, también, *caballus;* pero con *animal,* lo que concuerda mejor con *jumentum.* El *mortuum* de la misma frase corresponde a *jumentum,* no a *caballus;* así como, por el contrario, en la siguiente *idem, praestitus, eum* se sobreentiende *caballus.* En el fragmento 280 se ha dictado: *sacramentum, nihil exinde profuisse suis compendiis,* lo que fácilmente puede referirse a la *res traditae vendendae;* pero, apenas puede unirse al *res custodiendae.*

Atendiendo a razones de coherencia y de terminología tendría por intercalado el fragmento 279; también los fragmentos 299 y 300 merecen atención, en este sentido. Después del,

1 Obra cit., 248.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ya antes citado, fragmento 335, los 289 y 290 no pueden haber estado juntos en el texto originario, ya que, en lo referente a la indemnización del *emptor,* el uno prescribe el reintegro del precio, el otro el pago del *duplum.*

La investigación sobre el C. E. no puede limitarse a estudiar los injertos e interpolaciones, sino que ha de aspirar también a la reconstrucción del texto llenando las lagunas que aparecen en el manuscrito. En esta labor se ha distinguido ZEUMER sirviéndose de la *L. Baiw.* y de la *L. Visig.* Para sacar partido de sus resultados sería, ante todo, preciso, en diferentes pasajes, encontrar el modelo de los párrafos corrompidos, ya que las partes conservadas son tan verdaderamente escasas, que sólo partiendo de un modelo es posible la reconstitución. Unicamente las dos pequeñas lagunas del fragmento 298 podría, desde luego, proponerse llenarlas poniendo *fisco* en el primer hueco y *emptor* en el segundo. Debe además observarse que la *L. Vis.,* V, 4, 12, que sigue exactamente el texto de los fragmentos, prescindiendo aquí de excepciones sin importancia, ni tiene estos huecos, ni otras palabras en ellos. Sería posible, por tanto, que en el fragmento 298 no se tratase de huecos del texto, sino de pasajes intencionalmente no escritos.

En lo concerniente a los fragmentos conservados, su redacción da lugar a toda una serie de observaciones. En general repetidas veces se ha observado [1] que el estilo de los fragmentos es sencillo y transparente, a diferencia del lenguaje recargado de las leyes visigóticas posteriores. Pero quedan muchas más cosas por decir.

Al comienzo del primer fragmento, 274, aparece la expresión *ingenuus,* típica revelación de la influencia romana en la terminología. El mismo derecho longobardo, que no carece de aleación romana, llama *liber* al ingenuo; igualmente, se le llama *liber* en el alto y bajo derecho alemán. La palabra *ingenuus* sólo se encuentra —de entre los textos del Occidente germánico— en los pasajes de la *Lex Baiw.,* tomados del C. E., y en los de la *Ley Sálica,* también dependientes del C. E. Por el contrario, el derecho visigótico, y, del ostrogodo, el *Edictum Theodorici,*

1 ZEUMER, obra cit., XXIII, pág. 452; UREÑA, ídem íd., 248.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

hablan, casi exclusivamente de *ingenuus*. Pero tanto más tiene que anotar la crítica de estos textos, que en el C. E. aparece dos veces, a saber, en el fragmento 276 y en el 300, la palabra *liber*. En el fragmento 300 precisamente junto a *ingenuus*, lo que robustece la impresión de que la frase final de este fragmento es una glosa. Tan sorprendente es la palabra *praestare* del fragmento 279 en la acepción de prestar. En este sentido no se usa en las fuentes clásicas romanas; sí, en cambio, en la *Interpretatio* al *C. Theod.*, II, 31, y II, 33, 4, en PAULO, el visigodo, V, 7, 8; y, con frecuencia, en las fuentes germánicas, así, por ejemplo, en el *Edictus Rotari*, 307, 327; en LIUTPRAND, 137; en la *Lex Sálica*, 52, y en la *Lex Fris. Add, Sap.* X, 2. Pero lo mismo que en el uso de *liber*, se trata aquí de un empleo excepcional. Efectivamente, en otros pasajes, usualmente, se emplea *commendare* así en el fragmento 278, y merece observarse que en la *Interpretatio* del *C. Theod.*, II, 31, se sustituye *praestare* por *commodare*. La excepción permite reconocer que se trata, en el fragmento 279, como se ha dicho, de algo añadido. Si se preguntase por la procedencia de la acepción de prestar en *praestare*, no debería olvidarse que el griego χρᾶν, como el latín *praestare*, tienen, en general, la acepción de dar, procurar; pero en griego χρῆσις es la expresión técnica de préstamo.

Sorprendente es también el uso de *commendare* en el sentido de *deponere*, así en el fragmento 278, que es, puede decirse, desconocida para el lenguaje romano de las fuentes posteriores. Este usa siempre *deponere* y *depositum*, mientras la total legislación visigoda, no sólo el C. E., no conoce *deponere* en el sentido de depositar. Cierto que se encuentra, ocasionalmente, la expresión *commendare* en PAULO [1], ULPIANO [2] y MODESTINO [3]. Vistos estos pasajes más de cerca, se descubre que, en parte, hablan de depósito en sentido impropio, a saber, en el caso de custodia de un cadáver; en parte, para explicar una palabra que, aparentemente, no era ya entendida. Ante todo debe observarse, sin embargo que, de ordinario

1 *Sent.* II, 31, 21; *Coll.* X, 7, 4; *Dig.* 16, 3, 26, pr.
2 *Dig.* 9, 7, 14, 4; 40, 15, 186.
3 *Coll.* X, 2, 1.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

también en estos escritos del tiempo clásico se emplea *deponere,* así en PAULO, *Sent.* II, 12, donde se trata del depósito *ex officio;* en el *Coll.* X, en el Gregoriano [1], también en el visigodo PAULO, mientras que el Hermogeniano [2] alterna entre *deponere* y *commendare.* Por consiguiente, el C. E. mantuvo e impuso la palabra *commendare,* que en el latín jurídico oficial, ya desde el siglo III, comienza a desaparecer. En la Edad Media se encuentra a menudo, mientras que *deponere* queda casi exclusivamente reducido a designar la destitución (*regem, clericum deponere*). Sin embargo, el lenguaje del C. E. no se mantiene firme en sus preferencias, así, por ejemplo, muestra el fragmento 285 cómo alternan *commodare* y *commendare,* mientras la *L. Vis.,* V, 5, 8, emplea por regla general *commodare.*

Corriente en las fuentes germánicas, y complemento extraño al latín de los juristas romanos es el *componere* en la acepción de pago de multa o composición (fragmento 279).

Si, verosímilmente, en estos casos se trata de una preferencia por el latín vulgar frente al de los juristas, podría tal vez, en sentido inverso, una investigación filológica del C. E. llegar a determinar los germanismos que contiene su estilo. En ellos se podría contar el antes citado *mors eius nullo modo vindicetur.* Con toda claridad aparece el lenguaje germánico a través del fragmento 280, cuando dice que el depositario a quien se robase la cosa depositada tendría derecho a un plazo *donec furem suam investigatione perquirat.* Este "su ladrón" es un giro corriente en todos los textos germánicos. Desde luego cabría dudar si el *furem suam* antedicho habría de enmendarse con *furem suum,* pues de hecho la *L. Vis.,* V, 5, 3, dice: *furem sua investigatione perquirat.* Pero, aun en el latín de esta fuente, no se habría dicho *sua investigatione,* sino, a la inversa, *investigatione sua.* El relieve de tales germanismos destaca mucho más si se piensa que, según JORDANES, hubo entre los godos prescripciones jurídicas que, por ser llamadas *belagines,* puede, con fundamento, pensarse que estaban escritas en la lengua nacional [3]. Aunque la noticia, por lo pron-

1 *Coll.* X, 8, 1.
2 *Coll.* X, 3, 1.
3 *De origine actibusque Getarum,* c. II.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

to, se refirió a los ostrogodos, es lícito pensar que también los visigodos, que desde Ulfila poseían un alfabeto propio, contaban con análogas notas.

Esto plantea el problema de averiguar hasta qué punto el C. E. se ha elaborado conforme a un modelo o proyecto. Dos cuestiones hay que tener de antemano en cuenta: la estructura general, orden de los asuntos y planteamiento de las cuestiones; y, demás, la concreta redacción del texto. En parte problemas íntimamente enlazados con la crítica del texto mismo. Habría que tener formalmente presente todas las fuentes del grupo prejustinianeo, incluyendo el *Cod. Theod.*; la *L. Romana Visigothorum,* no publicada hasta 506, sólo podría ser aquí estudiada por lo que transmite de fuentes más antiguas.

En cuanto se refiere a la estructura —a grandes rasgos—, el orden en que las disposiciones del C. E. se suceden es éste: Derecho inmobiliario (fragmentos 274-277) comodato, préstamo y depósito (278-285), compra-venta (286-304) (?), donaciones (305-319) y sucesiones (320-336). La *Lex Vis.* ha tomado mucho de esta ordenación.

El plan originario delata cierta afinidad con el seguido en las obras romanas; sin que esto permita pensar que cada fragmento se corresponda, precisamente, con un capítulo de un jurista clásico o de un código romano. Descontando que el C. E., como se ha dicho, puede en el texto conservado diferir del manuscrito original, podría también haberse perdido su correspondiente modelo. Si se compara el C. E. con las *Sentencias* de PAULO, se encuentran los siguientes paralelismos: los fragmentos 284-286, que tratan de deslindes, podrían equipararse con PAULO, I, 16. Igualmente se corresponden, paralelamente, los fragmentos 278-284, con PAULO, II, 4 y siguientes. Más concretamente, debe observarse que ante el fragmento 278 está la rúbrica del título: *de commendatis vel commodatis,* ante PAULO, II, 4: *de commodato et deposito, pignore fiduciave,* aunque del depósito sólo se trata en II, 12, de la fiducia en el II, 13, y de la prenda II, 5. Esto muestra, de un lado, que existía un texto que, como el C. E., trataba juntos el comodato y el depósito; de otro, que el plan actual de PAULO en la comparación con el Código no puede tomarse como

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

hilo conductor certero. Tampoco debe olvidarse que en el fragmento 282 se utilizan pensamientos jurídicos de la *Lex Rhodia de jactu* (PAULO, II, 7), así como en los 283-84 suenan la *actio institoria* y la *actio de in rem verso* "PAULO, II, 8, 9). Sorprendente es cómo después, en el fragmento 285 y en PAULO, II, 14, se trata de las *usurae* y con ellos engarzan la compra el fragmento 286 y PAULO, II, 17. Hechos análogos muestran la comparación con el *Cod Theod.*: así, entre los fragmentos 283-86 y *C. Theod.*, II, 30, 2; 31; 33, 2; III, 1, hay conexiones manifiestas.

En cuanto al planteamiento de los problemas, es sabido que el legislador y el jurista antiguos, libres de influencias extrañas, parten de situaciones de hecho, tal como se las ofrecen los casos prácticos. Así lo comprueba, de un modo terminante, el proceso de formación jurídica del derecho escandinavo, exento de toda otra influencia. En forma muy distinta procede el autor de leyes, o el jurista, que se apoyan en un modelo. Toma sencillamente los datos contenidos en su modelo y prescinde de plantearse nuevos problemas. Ello explica la presencia de ejemplos típicos en los escritos jurídicos que, en parte, pueden perseguirse durante siglos; así forman el contenido simétrico de algunos grupos de fuentes como las leyes francas y algunos derechos de países escandinavos. Por otra parte, los problemas de hecho de aquellos tiempos, debido a su casuismo característico, delatan, con facilidad, la relación de dependencia de las fuentes. En caso de duda, guían con más seguridad que el vocabulario; porque el de los textos jurídicos de los primeros tiempos, por su comprensible uniformidad, muestra a veces analogías que no implican, sin embargo, dependencia. Con todo, hay que tener siempre presente que el mismo planteamiento de los problemas puede desarrollarse paralela e independientemente, partiendo tan sólo de efectivas situaciones de hecho características.

Bajo estos puntos de vista procede insistir sobre lo siguiente. Los problemas del fragmento 279 aparecen en el *Digesto* 13, 6[1], lo que gana especial importancia en armonía con la

1 ULPIANO *ad Edictum*.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

sustitución, antes citada, de *jumentum* por *caballus,* pues el *Dig.* 13, 6, 5, 7 trata de un *equus.* El fragmento 280 plantea el caso de que alguien durante un incendio, con el pretexto de prestar auxilio, acuda a la casa incendiada y en ella robe. Este robo *ex* incendio es discutido detenidamente por ULPIANO en el comentario al Edicto [1]. El fragmento 282 se ocupa de la pérdida de una *res commendata* en caso de *incendium, ruina, naufragium* o de otro *similis casus;* esto se encuentra de nuevo en PAULO, *Sent.* II., 4 y 2, con lo que vuelve a aparecer la posibilidad de una interpolación en este pasaje. El problema de la enajenación de un esclavo del fragmento 291 en caso de desconocimiento de sus *facultates* podría estar en relación con lo prescrito en el *Digesto* 18, 1 y 29 [2]. El rescate de un esclavo con su peculio y *nesciente domino* del fragmento 292, tiene su pareja inmediata en una ley de 293 [3]. La autoventa, con engaño, de un ingenuo del fragmento 300 es un caso muy repetido en las fuentes romanas [4]. El caso de que un esclavo enajenado culpe a su antiguo dueño de un crimen (fragmento 288) está pensado, en absoluto, a la romana, y armoniza con las disposiciones del derecho romano, que excluyen toda acción eficaz del esclavo contra el señor y del liberto contra el patrono [5].

Si la adaptación, en estos pasajes, de problemas tomados de otras fuentes no es inverosímil, desde luego se explica, también de un modo comprensible, que imiten el estilo propio de ellas. Pero aún en casos de hecho que se dan sin aquella dependencia es esto último posible. Así recuerda la *venditio si fuerit violenter extorta, id est aut metu mortis aut per custodiam* del fragmento 286, a la *Sentencia* de PAULO, I, 7, 4, 10, y el pasaje tiene de común con PAULO, y con la disposición III, 1 y 9, del *Código Teodosiano,* de contenido realmente correspondiente, el término *extorquere,* empleado también en el fragmento 285. En cambio se acusa la modalidad germánica, siempre

---

1 *Dig.* 47, 9, 1.
2 ULPIANO.
3 *Cod. Just.,* 4, 49, 7.
4 *Dig.* 40, 13, 3; 40, 12, 7 (ULPIANO); *Cód. Just.,* 7, 18; 1. 1.
5 V. *C. Theod.,* IX, 6; Dig. 48, 2, 8.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

de nuevo; así al trazar, como en los fragmentos 278, 279, el planteamiento de las pruebas.

En esta forma podría llevarse a cabo un examen sin resto de los fragmentos. Se tendría una base más segura para resolver la cuestión del origen de los elementos jurídicos, contenidos en el C. E., lo que aquí sólo se puede tratar con reservas.

Siendo los visigodos, indiscutiblemente, un pueblo germano, metodológicamente procede determinar qué preceptos no son germanos de los contenidos en el C. E.; pero sería incorrecto tomar meramente como originarias del derecho romano todas aquellas disposiciones que se correspondan con él. Es incuestionable que muchas normas jurídicas, por ser en cierto modo neutrales, pueden, indistintamente, reputarse de una o de otra procedencia; en otros casos se trata de un patrimonio ario primitivo. Así, por ejemplo, el trato del depositario malversador como *fur* (fragmento 280), propio, tanto del derecho romano como del germano [1]; del mismo modo la equivalencia entre compra y cambio [2] y la nulidad de la promesa arrancada por violencia del fragmento 286 y del 309 [3]. En ninguno de estos casos, claro está, se trata de aportaciones, ni de influencias del derecho romano.

En muchas ocasiones los casos no son tan claros y no es nada fácil decidir si un precepto puede ser germano. El camino para resolverlo tiene que ser, desde luego, la comparación de derechos. Hay que tener en cuenta que los visigodos, según la creencia dominante, son germanos orientales. El material más adecuado para la comparación, por tanto, es el derecho de los países escandinavos más afines, el que, además, ofrece la ventaja de estar casi absolutamente exento de toda influencia extraña. Sólo con gran cautela puede hacerse uso, en esta comparación, del derecho de los francos, ya que se sos-

---

1 MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, pág. 738; WILDA, *Strafrecht der Germanen*, pág. 918.

2 A. M. HALBAN, obra cit., 196, 231; v. BETHMANN-HOLLWEG, *Der germanische-romanische zivilprozess, im Mittelalter*, IV, pág. 211, nota 216.

3 V. *Cod. Theod.*, III, 1, 9; v. AMIRA, *Grundriss des germ. Rechts*, 3.ª ed., pág. 222. HALBAN, obra cit., I, pág. 231; BETHMANN-HOLLWEG, ídem íd.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

pecha que él mismo está bajo la influencia del derecho visigodo. Menos adecuados aún como material comparativo son el derecho de los pueblos germanos orientales, no escandinavos: el de los ostrogodos y el de los borgoñones, sometidos a las mismas influencias que el derecho visigótico; así como, por el contrario, puede dar el derecho longobardo importantes aclaraciones.

Como típicamente antigermano aparece —sobre ello no hace falta insistir— el uso de la escritura. Cuando el fragmento 281 habla de *suscipere pecuniam sub cautione* o, el 286, de una *venditio per scripturam facta,* se descubre la influencia extraña. El uso de documentos no es originariamente germano, y la *Lex Baiw.,* XVI, 2, paralelo del fragmento 286, limita el uso de los mismos a la compra de tierras. Lo que sigue siendo problemático es si los visigodos toman el uso de documentos escritos del derecho griego o del romano.

Lo mismo puede decirse del precepto (fragmento 279) conforme al que el comodatario sólo responde por culpa. Corresponde al derecho romano (*Dig.* 13, 6, 5); en el derecho germano es responsable en todo caso. Este precepto se muestra en la *Lex Fris, Add. Sap.,* X, 1: *Si homo alii equum suum praestiterit, vel quamlibet aliam pecuniam, talem qualis ei praestita est reddat domino eius.* Además, recorre el derecho de todos los germanos del Norte [1].

Tampoco tienen nada de germanos preceptos que se refieren a la utilización de esclavos como medio de adquirir así, por ejemplo, fragmento 278, que fué derogado por Chindasvinto [2]. En las mismas fuentes de los germanos occidentales se acusa esta dirección. La *Lex Ribuaria,* 74, prohibe los negocios con esclavos pura y simplemente; el señor no queda obligado por ellos. No sería inverosímil que esta disposición se aplicase inmediatamente, contra la penetración de concepciones jurídicas distintas; la redacción lo confirma, en absoluto. En la *Lex*

---

1 V. Amira, *Nord germanisches Obligationrecht,* I, pág. 655; II, 718, y para el derecho danés *Jydske Lov* (Ed. Thorsen), III, 54: *Skanske Lov* (ed. Schlyter), I, 221, donde dice "Geliehnes soll heil heimkommen ohne alle Gegenrede", es decir, responde aún de la fuerza mayor.

2 *Lex Vis.,* V, 4, 13.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Sal., XXV, 25 se condena con multa el *negotiare cum servo alieno nesciente domino;* análoga es la disposición de la *Lex Sal.*, X, 4 [1]. LXXVI. También el Edicto de Rotari, 233, determina que quien *de servo comparauerit, et pretium perdat, et quod de servo emit, proprio domino restituat.* La situación de los esclavos entre los germanos era completamente distinta a la que, en los mismos tiempos, tenían bajo los romanos. El esclavo estaba privado, generalmente, de todo peculio; de aquí que todo negocio con él levantaba, desde luego, la sospecha de implicar la disipación del patrimonio del señor. De otra parte, la economía del señor no estaba en condiciones de aceptar la intervención de los esclavos en los negocios. En estas cuestiones el abismo entre las relaciones germanas y las del mundo antiguo era tan grande, que ninguna adaptación entre ellos podía realizarse. Así se explica la modificación llevada a cabo por Chindasvinto; tanto como el hecho de que el derecho de los germanos del Norte no necesitase ocuparse del problema. Si, por el contrario, en las fuentes jurídicas de los del Oeste aparece, se debe, esencialmente, a la necesidad de defenderse frente a las concepciones romanas que invadían su vida jurídica.

No procede del derecho germano, como ya ha observado SAVIGNY [2] la *poena quadrupli* en el robo, fragmento 280, que es corriente en el romano [3]. Lo mismo ocurre con los intereses en el fragmento 296, conocida de PAULO, *Sent.* II, 17, 9, y del *Código*, IV, 32, 2, mientras que en el derecho germano sólo aparece muy posteriormente.

Tampoco es germánica la forma de la *donatio post obitum* del fragmento 308, que en el derecho germánico tiene la de una donación con condición suspensiva; así la cesión del patrimonio materno a los hijos, al cumplir los veinte años, conforme al fragmento 231, conocida también por la *Novela de Val.*, III, 35, § 10 [4].

Frente a tales casos de apoyo en el derecho romano podrían presentarse otros en los que se ha afirmado el derecho de los

1 Ed. Essel, Cod. 5 y 6.
2 Obra cit., II, 85.
3 V. PAULO, *Sent.* 3, 2.
4 Ed. Mommsen.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

germanos. A éstos no se podría sumar, ciertamente, que, en el fragmento 294, se rechace la *laesio enormis*. Esta es, también para el derecho romano, una adquisición bastante tardía y el punto de vista del C. E. se corresponde, en absoluto, con el del *Cod. Theod.*, III, 1, 1, 4, 7; y su *Interpretatio*. Sí es germana, por su origen, la disposición sobre los *saiones* del fragmento 311 y la posición del *bucellario* en el fragmento 310 [1]. Sobre todo, es típicamente germano el derecho de prueba del C. E., que debe estudiarse especialmente. Un ejemplo ofrece el fragmento 276 en el procedimiento de fijación de lindes; la *inspectio iudicantium, quos partium consensus elegerit* es una paralela perfecta a la inspección propia del derecho de los pueblos del Norte. También el juramento que tienen que prestar estos *iudicantes* tiene allí su equivalente [2]. Además, pertenece también a este grupo el juramento de inculpabilidad del comodatario en el fragmento 278; el del depositario en el 280 *nihil exinde suis profuisse compendiis* y el juramento del señor en el fragmento 284.

Castizamente germana se revela la manera de castigar el levantamiento de linderas. No se determina una suma unitaria para la multa; tampoco se tiene en cuenta la cuantía del daño, sino que impone 20 sueldos *per singula signa vel notas*. Esta es la conocida atomización del hecho propia de los derechos germánicos, que consiste en contar por separado cada infracción y repetir la multa cuantas veces se incurra en ella, aun dentro de un mismo caso.

Pero no en todas las ocasiones es posible mantenerse dentro de la alternativa: *germano* o *romano*, para decidir. Con frecuencia, se da una fusión de pensamientos germanos y romanos; o sólo se puede conjeturar la fuente dentro del derecho antiguo; o existe, igualmente, la posibilidad de una recepción del derecho antiguo, o la de un desarrollo no influenciado del derecho visigótico.

Así, por ejemplo, en lo dispuesto por falta de facultad de disponer en la compra, fragmento 283 [3], Conforme al derecho

1 BRUNNER, obra cit., II, pág. 262, nota 27.
2 V. BEAUCHET, *Histoire de la propriété foncière en Suède*, pág. 474.
3 V. M. P. MEREA, *Os limites da reivindicação mobiliária*, pág. 6 y sigts.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

germano tiene lugar cuando le es discutida al comprador la cosa comprada por un tercero, la llamada *Gewährenzug* ("prestación del autor"). El vendedor tiene, como "autor" (*Gewährsmann*), que defender la mercancía para el comprador, frente a tercero. Sobre ello no dice nada el fragmento 289; si tiene o no lugar la *Gewährenzug,* podría dudarse, ya que en el derecho longobardo, todavía, según LIUTPRAND, 116, parece sustituír la misma (*ille qui dedit defendere non potuit*). Más bien se presentan las consecuencias sólo en el caso de ser desposeído. El vendedor ilegítimo tiene que pagar al propietario vencedor el duplo; al comprador, devolverle el precio e indemnizarle de las mejoras hechas en la cosa comprada. Los derechos germanos imponen que pague el vendedor al propietario una multa, y al comprador el precio o una mercancía igual. Absolutamente germánica es, por consiguiente, la doble prestación del vendedor ilegítimo al *dominus,* y al comprador. De igual modo el pago del precio al comprador y el de una multa al propietario, que tiene que entenderse igual al duplo de aquél. Es singular que ésta se mida sobre el precio, en lo que se revela la influencia romana; pues tanto la *actio autoritatis* como la *stipulatio,* concluída en defecto de *mancipatio,* la señalan, aquélla siempre está, por regla general, en el duplo. Pero simultáneamente tiene lugar frente al derecho romano una modificación, ya que el duplo lo recibe, según el derecho romano, el comprador que se ve privado de la cosa. No es, por tanto, sorprendente que en el C. E. no lo reciba, pues era su consecuencia necesaria sólo en la *mancipatio,* que en las compras, en las provincias, entre no romanos, no existía; mientras que en la *stipulatio* se podía mantener la multa simple. Lo que sí comprende es que precisamente aquel duplo se reconozca para el propietario y no para el comprador. En esto es el visigodo PAULO más romanista, pues aquí (11, 17, 1-3) va a parar el duplo, así como en el fragmento 290 —que no está en armonía con el 289— al comprador, y no se dice nada de multa para el propietario. Que conforme al derecho romano no pudiese aspirar, en ningún caso, el propietario a una indemnización, no puede, por lo demás, afirmarse. En tanto que se diesen, frente al vendedor,

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

las presunciones especiales de la *actio furti,* podría el propietario hacerlos valer.

El fragmento 279 presenta el caso de que un animal prestado, durante el tiempo del comodato, sufriere daños. La consecuencia es que *ille componat, qui cum aput se susceptum habuisse dinoscitur.* No está totalmente claro lo que quiere decir este circunloquio.

Se podría pensar en el comodatario, o en aquel que se ha hecho cargo del animal, después de recibidos los daños. La expresión *suscipere* se usa desde luego refiriéndose a aquel que ha tomado una cosa; así, por ejemplo, en el fragmento 278: *qui commendata susceperat,* después en los fragmentos 281 y 282. Pero la redacción del pasaje aboga a la vez por la segunda posibilidad. No sólo lo indica la acentuación de la toma *aput se,* sino también la circunstancia de que la redacción del pasaje sería demasiado retorcida si sólo hubiera querido designar al comodatario. En este caso hubiera sido más claro y más breve decir: *qui eum susceperat.* Hay también en apoyo de la responsabilidad de aquel que ha recibido el animal después de sufridos los daños, paralelos en el derecho germánico posterior [1]. Si se tratase de la segunda posibilidad tendríamos ante nosotros una disposición que no corresponde al derecho romano, ni a los germánicos más antiguos. En el romano responde el propietario. Las soluciones del derecho germánico no son unitarias. El derecho sueco más antiguo muestra una regulación tan complicada [2], que no puede aceptarse como originaria. El derecho danés hace responder al propietario; igualmente el del Noroeste [3]. En resumen, puede creerse que la responsabilidad alcanza al propietario, en tanto no fuere una pura responsabilidad real. Frente a esta solución se mantiene en el derecho de los puelos germánicos de Occidente, así, por ejemplo, el *Edicto Rothari,* 327, la responsabilidad del comodatario. Pero ya que en diferentes campos jurídicos puede seguirse la evolución de la responsabilidad del no propietario, podría admitirse

1 BRUNNER, *Forschungen zur deutschen und französischen Rechtsge-f schichte,* pág. 53; v. AMIRA, *Obligationenrecht,* II, 424.

2 V. [illegible], obra cit., I, pág. 397.

3 Idem, II, págs. 424, 767.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

la existencia también para el derecho germánico occidental, como punto de partida, de una responsabilidad originaria del dueño. Decidiéndose, en cambio, por el reconocimiento en el fragmento 279, de la responsabilidad del comodatario, tendría que anotarse en este caso, desde luego, una desviación tanto del derecho romano como del germánico.

Según el fragmento 280, en caso de robo de *res commendatae* los perjuicios se reparten entre el depositante y el depositario, caso de que el ladrón no pudiera ser hallado. El pasaje no da indicación para saber si se trata de un depósito gratuito o retribuído; pero en uno y en otro caso habría que preguntar si el depositario, conforme al derecho germánico y conforme al derecho romano, respondería, y si únicamente por dolo o también por culpa y aún por caso fortuito. Si responde tiene que ser reponiendo todo lo robado, como ya determina LIUTPR., 131; en otro caso, nada tiene que prestar, ni siquiera la mitad. Para la regulación del C. E. faltan equivalentes en ambos campos jurídicos. No tiene correspondiente germano ni romano; ni —en cuanto conozco— en ningún derecho indogermánico. Sólo podría encontrarse una explicación de ello partiendo de sus fundamentos: que el depositario no responda del *furtum,* aceptando, sin embargo, que en el fragmento 280 se piensa en un negocio emprendido tanto en interés del depositante como del que tiene la cosa bajo su custodia. La situación es distinta que la del fragmento 282, donde la pérdida, en cierto modo, la soportan ambas partes, y con ella ambas partes perderían patrimonio, de lo que no se habla en el fragmento 280.

El mismo fragmento suscita aún otra observación. Se dice en él que al depositario robado corresponde perseguir al ladrón y le pertenece la *compositio furti.* Ello concuerda, en absoluto, con el derecho germánico; en cuanto al depositario, como poseedor, sufre la lesión del ladrón. Está, sin embargo, en contradicción con el derecho romano que otorga la *actio furti, cuius interest rem salvam esse*[1]; interés común a ambos: depositante y depositario, ya que a medias tenían que sufrir los daños.

Conforme al fragmento 286, el pago del precio perfecciona la compra; siendo ociosa, en este caso, toda *scriptura,* cosa ex-

1 GAIO, *Inst.* III, 203.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

plicable conforme al derecho germánico. Podría darse en contrato sobre cosas [1], cuando, ciertamente, un contrato sobre numerario [2] apenas correspondería a la total evolución del derecho visigótico. Es también sorprendente que la equivalencia de la *scriptura* y de la *datio pretii* como prueba de la firmeza del contrato, aparece conjuntamente en la interpretación de PAULO, el visigodo, II, 18, 10, así como en la *Interpr.* 1, 13, 4, se acentúa la esencialidad del pago del precio. PAULO, en sus *Sentencias,* no repara en ello; como tampoco el texto del visigodo. Verosímilmente se trata aquí de una concepción jurídica contenida en una fuente común a la *Interpretatio* del *Breviario* y al fragmento 286. ¿Aparecía aquí alguna influencia helenística?

El fragmento 298 prohibe la enajenación de la cosa en litigio. La regla no puede tenerse por germánica; ¿de dónde procede? PAULO, *Sentencias,* I, 1, 5*a,* y también PAULO, el visigodo, I, 1, 5, regulan lo contrario, si bien es verdad que un manuscrito del segundo ofrece esta adición contradictoria, *haec pacta valere non possunt.* A la inversa, dispone el *Cod. Theod.,* IV, 5, 1 [3], lo mismo que el fragmento 298. Ello permitiría afirmar con bastante seguridad que esta disposición fué tomada por el derecho visigótico, del derecho de las provincias romanas.

La venta de niños, tratada y prohibida en el fragmento 299, no estaba prohibida en el derecho germánico anterior; así se prevé en disposiciones posteriores, por lo menos en casos de necesidad [4]. En el derecho romano se trató de ello con frecuencia, así en el *Cod. Theod.,* III, 3, 1; PAULO, *Sent.* V, 1, 1, fragmento *Vat.,* 34. Desde luego, bajo un punto de vista distinto; a saber, precisamente como en el *Ed. Theod.,* 94, ostrogodo, refiriéndose a la influencia de la venta sobre la *ingenuitas* del niño vendido. Es comprensible que así fuese, no estando la venta de niños en derecho romano radicalmente prohibida, como muestra el *Código Just.,* IV, 4, 3, 2 (año 329),

1 GIERKE, *Schuld und Haftung,* pág. 84, nota 16.
2 SCHRÖDER, *Deutsche Rechtsgesch.,* pág. 326, nota 143.
3 *Const. de Constantino ad Provinciales,* año 333.
4 V. J. GRIMM, *Deutsche Rechtsaltertümer,* 4, I, 635.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

donde es consentida *propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa*. Frente a esto se encuentra también en un decreto de Diocleciano y Maximiano (año 294) afirmada la improcedencia de la enajenación de niños como *manifesti iuris*. Al espíritu de este decreto parece volver la *Nov. Val.*, XXXII (año 451). A ella podría atribuírse asimismo lo dispuesto en el C. E., en cuanto deniega al comprador el precio a beneficio del fisco, fundándose en la conjetura antedicha. También conforme a ella provoca al vendedor a los bárbaros o *ad transmarina*, una multa para el fisco. Es accesorio si allí se fija la cuota de seis onzas de oro, mientras que el C. E. le hace pagar el precio. Además, delata la redacción del fragmento 299, mediante la acentuación del *vendere, donare* y *oppignerare*, su parentesco con el decreto de Diocleciano. El derecho visigótico en la alternativa entre prohibir o consentir la venta de niños [1], se ha pronunciado por la prohibición.

No romano es, por lo menos, el concepto total del *commendare* en el fragmento 278 y siguientes, que requieren una investigación especial. Lo mismo ocurre con la distinción entre depósito gratuito y oneroso llevada a cabo en el fragmento 278 y abandonada en el 280. Conforme al derecho romano toda custodia onerosa no es *depositum*, sino *locatio conductio* [2] Lo mismo ocurre con la mera nulidad del convenio de intereses excesivos, mientras que el derecho antejustinianeo la sanciona con *poena quadrupli* (fragmento 285); con la validez incondicional de la donación entre cónyuges (fragmento 307); en oposición a PAULO, *Sentencia* II, 23, 3 y, hasta con la atenuación del antiguo derecho en el *Digesto* 24, 1, 32, y PAULO, *vis.*, II, 24, 5, y con la equiparación de los sexos en las herencias (fragmento 328), que en el derecho romano sólo aparece a consecuencia de la *Novela* 118 (año 543) y que tampoco es de derecho griego [3].

No así el fragmento 295, conforme al cual el *venditor non idoneus* tiene que dar un *fideiussor*. Esta fianza no es roma-

---

1 V. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, pág. 359.
2 *Dig.* 4, 9, 3, 1; 16, 3, 1, 8.
3 MITTEIS, obra cit., pág. 319.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

na; pero sí helenística, y ya MITTEIS [1] se ha referido al paralelo entre el fiador griego el βεβαιωτής y el derecho visigótico.

Una cuestión distinta es saber si el derecho visigótico lo ha tomado del griego. En este sentido merece atención el que ya el fiador sea conocido en el antiguo derecho sueco [2], y tal vez, por la influencia de éste, del derecho de las ciudades noruegas [3]. Siendo el fiador en la compra una institución del antiguo derecho sueco, no parece absurdo pensar que pudiera ser también propia de los visigodos. Pero es igualmente hipotética la aprobación de un precepto por los visigodos del derecho griego, cuando no un desarrollo paralelo de instituciones en el derecho visigótico y en el sueco primitivo. ¿O es que debe llevarse aquí más lejos la hipótesis y pensar que precisamente en el derecho de compraventa los suecos, que llegaron a comerciar hasta con los griegos, en tiempos más remotos, habrían tomado ya del derecho griego esta institución? Si esto fuera conceder ancho campo a la fantasía, hay, en cambio, muchas probabilidades a favor de la existencia de un influjo inmediato del derecho helenístico sobre el visigótico.

La situación podría ser análoga en el fragmento 271; aquí se parte de una *pecunia commodata,* recibida bajo promesa de intereses que *per casu periit.* En este fragmento percibe *ille, qui commodavit, solam pecuniam;* pero no los intereses prometidos. Sin embargo, en el caso de que con el dinero se hubiese ganado dinero, y sólo entonces pereciese, tiene derecho a percibir, además del dinero entregado, la mitad de los intereses. Si la desaparición del dinero se debiese a fraude del que lo recibió, tiene que reintegrar el capital y los intereses completos. Hay que determinar, primero, de qué negocio se trata aquí realmente. El texto habla de *commodare.* Ahora bien, sólo las cosas que tienen que ser devueltas en especie pueden ser objeto de comodato. Con el dinero en cuestión no se trata de esto, pues ¿cómo podrían obtenerse con él ganancias no pudiendo disponer de él? Más apropiado sería pensar en un préstamo. Pero mal se compagina entonces, dada la concepción ro-

1 Obra cit., 510.
2 V. AMIRA, *Obligationenrecht,* I, pág. 344.
3 Idem II, pág. 352.

MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA BIBLIOTECA

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

mana del negocio, con la antedicha desaparición del dinero. Quien toma un préstamo tiene que devolver la misma suma *in genere;* que el mismo dinero recibido desaparezca o no, como, en general, su destino, es indiferente ante la obligación. Es decir, que tampoco así se abre camino hacia una solución. Más bien procedería partir de este punto de vista: el fragmento 281 descansa en la concepción de que la pecunia entregada no pasa realmente al patrimonio del que la recibe, sólo esto es conciliable con el comodato. Pero como, de otra parte, no se piensa aquí en la forma usual del comodato, aparece una especie de préstamo, en el fondo del caso construído. Semejante préstamo no puede atribuírse a un pensamiento germánico, ya que sólo muy tarde llega a serles corriente la distinción entre comodato y préstamo. La distinción radical sólo se lleva a cabo bajo la influencia del derecho romano [1]. Tampoco es adecuado a las relaciones de la vida germánica el proceso económico sobre que descansa este fragmento. En cambio, es sabido que en el préstamo marítimo entre los griegos el acreedor consideraba el dinero prestado y la mercancía adquirida con él como cosas de su propiedad [2].

Podría de nuevo encontrarse aquí, en el derecho y la economía del helenismo, la raíz de disposiciones visigóticas. Aquí también sólo la hipótesis planteada fragua un paralelo perfecto. En lo restante se aparta el fragmento 281 del *faenus nauticum* fundamentalmente, en cuanto el que recibe el capital es quien corre el riesgo del mismo; el que lo da sólo compromete los intereses.

Finalmente, hay que hablar del fragmento 297, tan discutido: *qui arraz pro quacumque acceperit re (prae)tium cogatur implere, quod placuit (Empt)or vero, si non occurerit ad diem con(stitu)tum, arras tantum modo recipiat, quas (dedit), et res definita non valeat.* Con arreglo a este texto responde quien recibe las arras del precio convenido. Pero el comprador que no apareciese en el día señalado para hacerse cargo de la cosa

1 O. Gierke, *Deutsches Privatrecht,* III, pág. 575.
2 V. Pringsheim, *Der Kauf mit fremdem Geld,* pág. 6.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

y pagar el resto del precio, tiene que recoger las arras, y el contrato pierde toda validez ulterior. Aquí es, ante todo, de interés la primera frase, la responsabilidad del vendedor por el precio; porque es, efectivamente, muy singular que el vendedor responda de una cosa, no con la entrega del objeto de la venta, sino con la del precio, lo que parece exigible sólo al comprador. De aquí que concorde O. GIERKE [1], haya explicado el pasaje diciendo que el vendedor tiene que prestar la retribución por el precio, es decir, la mercancía misma. Frente a él ha hecho observar J. PARTSCH [2] que también en el antiguo derecho griego aparece la responsabilidad del vendedor por el precio. Considera posible que formularios helenísticos hubiesen mantenido en la práctica notarial romana la situación jurídica griega, y que de aquí pasase al derecho visigótico. Reputa este autor aún por más verosímil que el *arrha* en el mismo derecho germánico originariamente traiga consigo una responsabilidad, para el que la recibía, por el *arrha* y sus múltiplos; después, una por el precio y, finalmente, por el cumplimiento del contrato. Para la primera hipótesis faltan los necesarios fundamentos. El camino entre el viejo derecho griego y el visigótico no está bastante franco; pero tampoco la segunda conjetura llega a satisfacer completamente. Es, desde luego, aventurado aceptar tres etapas en la evolución del derecho de arras entre los germanos, cuando la primera no ha aparecido hasta ahora testimoniada y la segunda —a lo sumo— mediante el C. E., que se trata precisamente de explicar. Quisiera por mi cuenta presentar todavía una posibilidad. La palabra *praetium* no la ha transmitido íntegra el manuscrito. En él se conserva ....*tium*. Las cuatro letras que faltan han sido completadas tomándolas de la *L. Baiw.* XVI. En ella está el pasaje alterado. En lugar de *acceperit,* como el C. E., dice *dederit,* con lo que *praetium* concuerda muy bien. La redacción de la *L. Baiw.,* precisamente en este fragmento, no es tan significativa como en otros, donde coincide, en la restante parte del texto, con el C. E. La conjetura tiene, por consiguiente, campo libre. Yo propondría escribir *negotium* en vez de *praetium.*

1 *Schuld und Haftung,* pág. 347, nota 46.
2 *Goettinger Gelehrte Anzeigen.* 1911, pág. 731.

INICIO SUMARIO AÑO 1924 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Mediante esta sustitución se hace decir a la primera frase del fragmento 287, en completo acuerdo con lo que sabemos del derecho germánico, que el vendedor, habiendo recibido el *arrha,* responde del perfeccionamiento del contrato. Esta hipótesis se recomienda por otra razón. La responsabilidad que se deriva de ella se da siempre mediante la entrega del *arrha.* La responsabilidad del vendedor por el precio podría, por el contrario, darse tan sólo cuando el vendedor no cumpliese. Pero no es esto lo previsto en el fragmento 287. Lo dicho en él no se refiere al caso excepcional de no cumplimiento, sino que se establece como regla general.

Cuanto precede contiene más preguntas que respuestas. Me doy cabal cuenta de que hay en ello más enigmas que soluciones. He reunido una parte de las observaciones hechas durante la lectura del C. E., al estudiar y al enseñar. Me he decidido a publicarla porque precisamente la multiplicidad de los problemas de la historia de las recepciones jurídicas del C. E. invita a la colaboración y porque puede aprovechar a la ciencia, por lo menos, presentar cuestiones, cuando no pueden ofrecerse aún soluciones absolutamente ciertas.

DOCTOR CLAUDIO BARON DE SCHWERIN.
Profesor en la Universidad de Friburgo de Brisgovia.

(Trad. de R. Carande.)