

NOTAS SOBRE EL ORIGEN DE LOS USOS COMUNALES *

SUMARIO:

- I. Construcción general de la teoría de los usos comunales en relación con la primitiva propiedad colectiva.—II. Significación del hecho de la «tierra de consortes»: a) su figura jurídica, b) su evolución.—III. Repercusión de las doctrinas del «poder eminente» en la elaboración de las pretensiones monárquicas.

CAPITULO I

1. Naturaleza jurídica de la llamada propiedad colectiva en la época medieval.—2. El problema del origen de los usos comunales.—3. La construcción científica anormal de las tesis mantenidas por la escuela de la “Markgenossenschaft”.

1.—Los problemas que plantea la interesante cuestión de los usos comunales —tema que constituye uno de los más importantes capítulos en la historia de nuestro derecho agrario medieval e incluso del derecho medieval de Europa—, aún no han sido abordados decisivamente con criterio científico. No pretendo hacerlo yo. Estas páginas son únicamente un recuento de sugerencias sobre el tema y en cierto modo un avance del trabajo sobre los fundamentos agrarios medievales que actualmente me ocupa. La aspiración de estos comentarios va enderezada en forma casi exclusiva a llamar la atención de los estudiosos acerca del papel que en la formación —y en la defor-

* Un resumen de este trabajo, presentado a la Semana de Historia del Derecho Español, fué leído en la Universidad de Salamanca, el 3 de mayo de 1932.

mación— de los “usos comunales” tienen ciertos hechos que la doctrina dominante no ha valorado suficientemente: aludo a los “bienes de grupos consorciales” y a la actuación del “*dominium eminens*” atribuido al monarca.

Empecemos por atender un poco a las explicaciones que dan las teorías. No olvidamos que primero existe un problema de terminología; pero lejos de nosotros convertir esta comunicación en un elenco de autores y de opiniones sobre la bizantina cuestión de la preferencia de los vocablos propiedad colectiva o propiedad comunal.

Don Rafael Altamira, en aquel admirable trabajo de juventud, *Historia de la propiedad comunal*¹ se dió acabada cuenta del problema que implicaba la fijación del concepto, estimando que era mejor aludir, como más castizo, al adjetivo comunal², identificando el contenido de esa propiedad como correspondiente a un grupo en clasificación a la que era opuesta la propiedad del individuo, con lo que, en realidad, dicha clasificación quedaba reducida a estos dos casos (porque el otro de “propiedad común a todos los hombres” no puede considerarse, dentro de la más elemental dogmática jurídica³, como ejemplo de propiedad). Ahora bien; no importa aquí, para el efecto de su identificación, adoptar y discutir un adjetivo: Propiedad del grupo, llámese colectiva o se llame comunal, es tér-

1 Rafael Altamira, *Historia de la propiedad comunal*, Madrid, 1890. Segunda ed. revisada, en *Obras completas*, vol. VII, Madrid, Ciap., 1929.

2 Ver págs. 42-60; principalmente, págs. 57-59, siempre de la edición de 1929. Altamira ve que en otros idiomas también ese vocablo es más expresivo, y se extraña de que Costa prefiriese el de propiedad colectiva. Además, los conceptos son distintos: colectividad y comunidad expresan ideas no idénticas.

3 El profesor Perozzi puso bien de relieve, en términos cuya exageración motivó recias críticas por las consecuencias aportadas a la teoría de la copropiedad, cómo propiedad colectiva, entendida al uso, suponía la paradoja de dos términos antitéticos. Conf. sus *Istituzioni di diritto romano*. Roma. Atheneum, I, 159. Sobre las construcciones hoy dominantes, Grosio, *La proprietà*, Módena, 1931.

Respecto a la propiedad colectiva en su sentido primitivista, como hecho rechazado por la crítica moderna, el discurso de Georges Smetz en la apertura de la Universidad Libre de Bruselas, 1931-32 (publ. en la *Revue de l'Université*).

mino que no tiene un contenido aceptable, desde el momento en que resulta demasíadamente amplio y, por consiguiente, lo bastante superfluo para que sea tomado en consideración.

Empecemos notando que dentro de la propiedad de grupo (comunal o colectiva) cabe desde la propiedad cuasicuotitaria de un grupo pequeñísimo en un caso práctico de copropiedad, hasta una propiedad de grupo tan numeroso que se acerque a la idea de la propiedad que en el siglo pasado se llamó ilimitada y que ahora se entiende que sale de los conceptos jurídicos enlazados a esa institución. He ahí por qué tengamos que rechazar todos esos adjetivos para marcar con otro a este tipo de propiedad o de derecho patrimonial y poderle identificar mediante la fijación inmediata del concepto. La propiedad de que vamos a ocuparnos aquí tiene distintos caracteres; pero es, normalmente, un derecho correspondiente a un conjunto o comunidad de "consortes". Típicamente se refiere a la utilización de prados, bosques y aguas estimada accesorio de cada una de las fincas del distrito y gozada en términos proporcionales por los "herederos" propietarios o poseedores del consorcio. Recogiendo el término diplomático, y no ciertamente por primera vez, a esta construcción la calificamos de "propiedad consorcial", porque si en un momento histórico podría llamársela exactamente copropiedad y en otro ampliamente propiedad comunal o colectiva —por tanto, elementos variables que no deben atenderse en una elaboración de conceptos— es más exacto darle este nombre para expresar, como él expresa, la característica que continuamente la califica: esa pertenencia accesorio, que si cuotitariamente parece (pero no siempre) individual, como conjunto, y, por tanto, como figura jurídica representativa, es del grupo de "consortes", de la comunidad de "herederos". Uno y otro aspectos del carácter dominante que han sido largamente mantenidos en la historia ⁴.

4 Aunque de seguida se tratará de ello, sirva de avance y síntesis el hermoso texto anglosajón que recoge Grimm (*Deutsche Rechtsalterthümer*, Göttingen, 1854, pág. 539): "La choza es la madre del campo: ella determina la parte del campo. La parte del campo determina la porción de pastos; la de pastos, la de bosque; la de bosque, la de las cañas para cubrir el techo, y la parte de cañas, la de las hilas de agua".

2.—Fijar bien la extensión de ese tipo de propiedad tiene singular importancia para el estudio de las instituciones medievales, porque aquí, como otras veces en la historia jurídico-económica, hay que atender, además de la calidad del hecho, la cantidad, su extensión y su frecuencia ⁵. No pretendemos negar un posible régimen de colectivismo agrario, ni siquiera que ese tipo de goce patrimonial no haya influido en la formación de los usos comunales de la Edad Media. No negamos tampoco que algunas veces los aprovechamientos colectivos puedan tener su fuente en concesiones señoriales. Lo que creemos es que ninguno de esos regímenes ha sido base preponderante, y mucho menos base exclusiva de los usos comunales. Para nosotros —y no es distinto el alcance de la tesis aquí expuesta— el colectivismo agrario y la concesión dominical pueden haber influido, y reconocemos que de hecho han repercutido en la gestación de los usos comunales; pero creemos que tanto como esos institutos —y aun alguna vez más que ellos— ha tenido que influir este régimen, hasta hace poco relegado a último término, de la propiedad consorcial. Nos lleva a pensar así la manera unilateral y sectaria con que han procedido generalmente los autores que han modelado la opinión largamente dominante, y nos lo apoyan datos evidentes que la investigación histórica ofrece. Detallar la opinión exige, sin embargo, un poco de crónica —y aun un poco de crítica— sobre la solución que se ha ido dando por distintos autores al problema del origen de los usos comunales.

Hasta fecha reciente, la cultura histórica latina no ha sabido emanciparse de la tutela germánica. Nuestros autores, en los distintos países de la latinidad, han seguido las pautas trazadas por el genio prusiano. Un ejemplo brillante es el que muestra la historia de las teorías sobre origen de usos comunales. Forjada en Alemania, por un esfuerzo de adulación nacionalista, una teoría que estimaba a los primitivos germanos como

⁵ Louis Halphen en sus *Etudes critiques sur l'histoire de Charlemagne*, París, 1921, ocupándose del régimen de la gran propiedad y de la existencia de una economía comercial, ha objetado a Dopsch muy certeramente; y de modo semejante, exaltando la importancia de la crítica, van Werveke, *Note sur le commerce du plomb*, en *Mélanges Pirrenne*, II, 653-662.

gentes perfectamente justas y absolutamente democráticas, fué preciso pensar que en el régimen agrario tendrían instituciones tan admirables como las que se atribuían a su política. Nació así —luego lo veremos con detalle— la tesis del comunismo agrario germánico, con la construcción de la “mark” y la consecuencia de la “markgenossenschaft”. Esa opinión, sin previa crítica, fué unánimemente aceptada en los medios culturales germánicos, y de ellos pasa a Francia e Italia. Poco después colabora, ya secundariamente, en el mismo sentido, una teoría surgida en Francia, con pretensiones parecidas y con análoga falta de pureza científica: no es una labor desinteresadamente especulativa, sino claramente política, apasionada y desnaturalizadora, merced a este injerto de finalidades extrañas a la única finalidad objetiva del trabajo científico ⁶. Como la influencia de esta opinión francesa es tan modesta y, por otro lado, resulta complementaria de la alemana, a la alemana vamos a atender como raíz fundamental; pero no era oportuno silenciar la otra tesis, que fué muy atendida por nuestros sociólogos. Alemanes y franceses colaboraron aquí, con objetivos y finalidades diversas, en una misma obra de elogio a tiempos dorados. Bajo el influjo alemán, la escuela clásica de la historia del derecho italiano aceptó aquellos puntos de vista, y sólo tardíamente la objeción de Fustel permitió el nacimiento de un segundo grupo de opiniones que sostuvo, frente al origen en la propiedad colectiva, la génesis en la concesión señorial. Hasta época relativamente reciente no ha terciado en el debate un nuevo grupo de ideas, que ha sido posible notar en algunos escritores italianos y alemanes: es el que estima ya la intervención de esta propiedad consorcial que a nosotros nos parece preponderante.

La simplicidad de la tesis germánica ⁷ hubo de asomar in-

*6 El propio Altamira pone de relieve que los trabajos sobre esta materia se iniciaron con idea de resolver el problema del pauperismo en la organización de la propiedad. No es para olvidado —añade— el hecho de que Laveye era un socialista agrario (nota a la pág. 63 de su op. cit.). Es decir, que estos escritores cogían la pluma dispuestos a que la historia se conformase con sus prejuicios.

⁷ Llamo “tesis germánica” porque está claro su origen germánico, no sólo por sus patrocinadores sino incluso por el hecho que le ser-

cluso a los ojos de los monografistas locales, que advierten que el recuerdo colectivista no pudo ser suficiente⁸, y se podía encontrar anotada aún en aquellos que, como el eminente Schupfer, acogían ingenuamente lo que venía de más allá de los Alpes⁹. Este caso de Schupfer es muy instructivo. El gran historiador, copiando un texto procedente del becerro de Farfa, escribe este párrafo que, considerado en relación a nuestra tesis, resulta paradójico: “Non v’ha dubbio che si trattasse di beni comunali, ai quali aveva diritto ogni uomo del comune, che possedesse beni propri...” En rigor de principios, unos bienes cuyo goce corresponde “sólo a los propietarios”, no pueden considerarse democráticos bienes comunales. Aquí, como otras veces, el gran maestro italiano, sugestionado por el germanismo, hace juegos de palabras y confunde y mezcla conceptos¹⁰.

vía de base, a la del comunismo agrario. En contraste, la tesis del origen del uso comunal en la concesión dominical puede llamarse francesa, a pesar de que otros autores franceses hayan mantenido el punto de vista germánico.

8 Sirva de ejemplo Sciacca, en cuyo estudio sobre Patti (*Patti e l'amministrazione del comune nel medio evo*, Palermo, 1907, en *Doc. per servire alla storia di Sicilia*, II, 6) escribe (pág. 182): “Autorevoli scrittori ci hanno detto che l'origine deve ricercarse nella primitiva collettività della terre, e per il mezzogiorno d'Italia specialmente nella proprietà publica che el municipio romano lasciava al godimento dell' università. Certamente queste forme hanno qualche punto di contatto, ma, se ne costituiscono forse il substrato económico, non bastano a spiegare l'origine di questi usi...”

9 Francesco Schupfer, *Il diritto privato del popoli germanici con speciale-riguardo all'Italia*. Roma. Loescher, 1914, vol. II, pági. 59.

10 Schupfer, loc. cit. He aquí otro ejemplo. Escribe que algunos documentos “avvertono nuovamente che si tratta della partecipazione ai beni comunali. Per es. certo Walteramo vende nell'anno 793 a Totone la quarta parte dei predi che teneva in comuni con lui in fundo et vico Bidani: omnia et in omnibus, tam casa et curte, ortis pommifferis campis, pradis, selvis, amminicolariis, viganalibus, pascuis, muntibus, vallibus, cultum et incultum, divisum vel indiviso”. ¿Dónde está ahí la “participación en los bienes comunales?” Porque “vicanalibus” puede ser derechos consorciales de vecinos, pero siempre es derecho inherente al fundo, como la pesca, al camino y los “appendiciis et pertinentiis earum”. que siempre —en los textos de Schupfer— son “ad ipsas... terras pertinentes”.

Lo más curioso es que el propio autor confiesa que los documentos no advierten que se trate de bienes comunales, pero que “es preciso traducirlos así”¹¹. Tiene siempre delante bienes de uso consorcial y se ve obligado a interpretarlos en favor de la construcción germánica¹². También otro gran historiador, Pertile, hubo de forzar los hechos para seguir la opinión dominante. Como nota Bognetti, Pertile quiere asegurarse de que la idea de accesorios o pertenencias sólo se da en la Edad Media en virtud de una confusión, al no comprender las gentes la participación en la colectividad; pero esta fórmula no resuelve en cuanto que aquel término es frecuentísimo en los documentos e incluso aparece en época muy antigua, hasta anterior a la idea de los “compascua” vecinales¹³.

Sin esas prevenciones germanísticas, la construcción de la propiedad consorcial hubo de presentarse clara a los autores. Entre los italianos, quien lo ha visto mejor ha sido Bognetti, que se apresura a reconocer que el “viganale” italiano es “proprietas pertinens ad fundos”¹⁴, aun cuando en sus conclusio-

11 Op. cit., II, 60: “ma quand’ anche espressamente non lo avvertano, tuttavia adoperano frasi che e forza riferire ai beni comunali”.

12 En el doc. últimamente cit. insiste en que “el derecho de usar los bienes comunales no era personal sino inherente al fundo”, y añade que cuando se vendía el fundo con él pasaban esos derechos. Ya se advierte en el doc. cit. en la nota 10; pero sin duda el argumento decisivo es la referencia final que hace una fórmula santgallense —“ad dividendam marcham inter fiscum regis et populares possessiones in pago”—; esto es, un documento que alude precisamente a la existencia de un conjunto fondiario cuyos accesorios constituían una extensión de propiedad consorcial (*marcham*). Para poder afirmar que ese bien o marca era comunal habría de poderse afirmar que su goce lo tenía la comunidad de vecinos, todos, como hombres —es decir, como vecinos en el sentido municipal, también—; el “ogni uomo del comune”, aludido por Schupfer en el pasaje citado en el texto; aquí la marca corresponde, y va a dividirse, al fisco y a las “populares possessiones”, que son en la interpretación obvia las propiedades no del “fiscum regis”. No es, pues, en el fondo, contra lo que parece, un problema de dogmática, porque estos son conceptos madres.

13 Gian Piero Bognetti, *Sulle origini dei comuni rurali del medio evo*, Pavia, Publ. dell’Università, 1927, pág. 109, con ref. a Pertile, *Storia del diritto italiano*, ed. 1893, IV, 334-341.

14 Op. cit., pág. 147.

nes la tesis no aparezca con nitidez¹⁵. Otros autores se muestran indecisos¹⁶, bien que todos reconozcan la existencia de "compascua curtenses" contruídos al modo de "pertinentiae"¹⁷. Salvioli, el menos influído por las preocupaciones germánicas, de las que sin duda le salvó la gran devoción por lo romano que cultivaba estimándolo entroncado a la tradición nacional, reconoció certeramente de qué modo se daba la propiedad consorcial¹⁸, cómo no era éste un régimen de breve historia¹⁹,

15 En las primeras páginas de su libro plantea Bognetti el problema del origen de las tierras comunales, valorando la importancia de las mismas en la formación de una "universitas loci". Afirma que "i communalia e vicanalia dell'alto medio evo presentavano il carattere di pertinenza di piu fondi, e come tali corrispondevano a una classe di communia ricordati dai Gromatici"; luego parece creer aceptable la influencia de la *Allmende* germánica y habla de la posibilidad de que el comunismo germánico "avesse avuto i suoi bei giorni in Italia" (págs. 6-7); se da cuenta de las críticas de Dopsch y de la vibrante realidad de que aquella tierra consorcial que "fino all'età comunale è per caratteristica costante una pertinenza dei fondi" (pág. 8); reconoce, pues, el hecho de que esos territorios correspondan en la Edad Media "a tutti e soltanto i fondi del territorio del villaggio" y que la enajenación de los fundos se hace siempre "cum vicanalibus", pero no deduce de esto la afirmación, forzosa, de su trascendencia.

16 Por ejemplo: Seregni, *La popolazione agricola della Lombardia nell'età barbarica*, *Archivio storico lombardo*, XXIII, pág. 35: "Ognuno dei vicini (vicani) alienando il suo fondo cedeva anche la sua parte di vicanalia, di terreno indiviso, o por meglio dire, il suo diritto di pascolo sulle terre comuni, di tagliar legna..."

17 Véase el admirable y valioso trabajo de P. S. Leicht, *Studi sulla proprietà fondiaria nel medio evo*, 135-36, con referencia a los "compascua" curtenses. También Schupfer, *Il diritto privato*, II, 61, y Lizzier, *L'economia rurale dell'età prenormanna nell'Italia meridionale*, página 154, sobre la existencia de "pertinentiae" pastoriles en cada centro fondiario.

18 Singularmente en su *Storia economica d'Italia nell'alto medioevo. Le nostre origini* (Napoli, Alvano, 1913), donde explica (págs. 199-200): "Alle corte appartengono assieme ai mansi tenuti e coltivati da coloni pertinenze indivise, possedute da essi cum socilis suis (Fantuzzi, I, 70), cioè colle altre famiglie delle corte, cum consortibus suis" (fols. 69, 71) "che formano la consortería" (id., 57)... "Tale consorcio esercita por collettivamente dei diritti di uso sulle pertinenze, cioè sul bosco e il pascolo indiviso, su quelle terre delle vastissime corti non ancora assegnate a famiglie (silva domini, Fantuzzi, I, 47), oppure quei beni che

y singularmente su relación con el aprovechamiento del terreno inculto ²⁰.

Ya se advierte en los autores alemanes un reconocimiento que no es una declaración de opinión aceptada, pero que significa un buen avance de este hecho fundamental ²¹. Yo tengo la convicción de que, en el fondo, admiten el importante papel que la propiedad consorcial representa, aun cuando el pudor nacional les impida ponerlo de relieve. Advuértase, como síntoma, lo que está ocurriendo frente a la tesis de Dopsch contra la teoría de la "mark".

En cuanto a la teoría francesa, fusteliana, que aboga por el origen señorial o dominical de los usos comunales, no tiene ella más valor que el de la oposición a la doctrina del comunismo agrario. En realidad la tesis alemana era producto del momento y aparecía, por tanto, en circunstancias muy favorables a su divulgación. La idea de una primitiva propiedad colectiva estaba muy extendida y contaba con una tradición bien añeja. La mayoría de los escritores que aceptaron la tesis alemana no eran historiadores. Políticos o sociólogos como Azcárate, juristas como Venezian, encontraron en aquella doctrina lo que buscaba su espíritu de la época. Viendo desaparecer los bienes comunales o municipales, a los que enlazaron la

mai furono divisi ed erano i comunia anche dell'epoca romana, vere appendici o complementi delle corti stesse e anche dei singoli mansi di proprietà dei liberi..."

19 Salvioli, op. cit., pág. 200. "L'esistenza di consorzi agricoli per l'uso di terre comuni data dell'epoca imperiale..."

20 *Le nostre origini*, págs. 201-202: "E poiché molte delle grandi signorie restavano incolte, così per consuetudine e acquiescenza si stabilì nello stesso modo che i proprietari delle terre concedevano ai loro coloni la facoltà di valersene, cosicché ad ogni sorte era inerente il diritto di uso sul bosco indiviso quantum ad sortem.pertinet..."

21 Así Otto Peterka en su interesante *Das Wasserrecht der Weistümer* (Prag, Calve, 1905), págs. 7-9, advierte que en los "Weistümer" el agua perenne aparece como propia de un grupo consorcial. Los viejos textos publicados por Grimm (*Weistümer*, IV, 799) emplean el término *communis*, que no es sinónimo de público, en otro sentido allí utilizado. Incluso de los documentos santgallenses es preciso pensar así (conf. H. Bikel, *Die Wirtschaftsverhältnisse des Klosters St. Gallen*, Freiburg i. Br., 1914, págs. 83-84).

idea de que fuesen el “último resto” de la feliz propiedad colectiva ²², sus opiniones fueron condicionadas por un prejuicio. Frente a ellos, la tesis de Fustel no podía progresar, no sólo por la hostilidad con que ante aquella concepción hubo de ser acogida sino también —y digamos que principalmente— por causa de lo endeble de su fundamentación. Fustel hizo ver claro el error en que se basaba Maurer ²³. Una parte de su argumentación era exacta ²⁴; pero, generalmente, su manera de

22 Esa idea del “resto” o de la “reliquia superviviente” fué acogida con pasión. Entre nosotros esa es la orientación de los estudios de Costa, singularmente en las aportaciones de Pedregal. En Italia refleja el concepto el gran jurista Giacomo Venezian en su discurso de apertura en la Universidad de Macerata, *Reliquie della proprietà collettiva in Italia* (en sus *Obras completas*, Roma, Atheneum). Pérez Pujol refiere también a época primitiva los bienes consorciales. “En realidad —dice— (*Instituciones sociales de la España goda*, IV, 348-349), estas selvas y prados, montes y pastos comunes, son anteriores a la dominación romana; son restos de la copropiedad comunal... que cobran nueva vida por la influencia del espíritu germánico.” Se trata de uno de los pasajes donde la influencia de Costa es viva.

23 En la *Revue des Questions Historiques*, abril, 1889. En *L'alleu et le domaine rural pendant l'époque mérovingienne* (Paris, Hachette, 1889) se dirige principalmente contra Glasson, que había acogido la doctrina del origen colectivista (págs. 171-198), y termina diciendo que esa tesis es una novela que es preciso rechazar si se cree que la historia es ciencia. Con referencia a Maurer, la argumentación de Fustel se fija en la ilegítima utilización de los textos referentes a coherederos (consortes).

24 Aun cuando la afirmación de que el bosque está en el dominio, es decir, “dentro” de la finca, “cette verite que la forêt n'est pas en dehors du domaine, elle est dans le domaine” (*L'alleu*, págs. 124-125), no es absolutamente exacta, ante el hecho de los bosques de grupo consorcial extracurtense, la interpretación de las leyes germánicas aparece bien hecha. Fustel erraba obstinándose en desconocer esos bosques extracurtenses, lo que ni hipotéticamente admitía, pág. 125. “On peut faire l'hypothèse qu'il y a su quelques forets communes a un canton ou a une region; je ne l'admets pas, pour ma part, parce je ne vois aucun indice de pareille chose...” Los textos burgundios son atendidos por Fustel bastante exactamente: esas leyes 28 y 26, “Si quis Burgundio aut Romanus silvam non habet” y “Si quis vendiderit terra, prata, silvas”, respectivamente evidencian la realidad de gentes con bosques en propiedad y gentes sin participación en el bosque. Ver Fustel, *L'alleu*, pág. 107, n. 4.

Es, sobre todo, comentando la *lex Ribuaría*, 76: “Si quis Ribuarius in

proceder fué análoga a aquella otra que concede demasiado valor a la fantasía, de ese tipo de que Ernst Mayer ha dado tan bizarros ejemplos²⁵. Los más perspicaces notaron bien el alcance de la crítica y se limitaron a poner prudentes reservas al punto de vista alemán²⁶. El maestro francés supo llamar la

silva communi seu regis vel alicuius locata materiamina vel ligna privata abstulerit...”, donde Fustel, advirtiendo la falta de identidad entre la “silva comuni” y la “silva publica”, escribe estas certeras palabras: “Nous n'avons d'ailleurs sur ces forêts communes aucune explication: la plus vraisemblable est qu'il s'agit d'une forêt qui appartient individuellement à un groupe d'hommes, peut-être à plusieurs domaines au milieu desquels elle est située.” (Pág. 112.)

25 Fustel cita, efectivamente, documentos que apoyan la posibilidad de que hubiese usos comunales fruto de concesión señorial, pero no dice que de otros docs. se deduce lo contrario. De manera semejante procede el prof. Mayer en su *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal* (ejs., I, 152-153; II, 223-235, puntos que más tarde serán comentados). Mayer, como Fustel, cita documentación aparentemente favorable, pero no presenta todos los casos que se dan en la diplomática: recoge éste los que hablan de pastos, bosques y aguas en relación al Municipio, como recogía Fustel los que hablaban de esos bienes como de propiedad de particulares dentro del propio fundo.

26 Antonio Pertile (*Storia del diritto*, IV, 317-318) fué de los que acogieron en su integridad la tesis alemana. Reconociendo una propiedad consorcial, se empeña en caracterizarla como comunal. Loc. cit. “Di qui coloro fra quali esisteva tal comunione e veniva gettata la sorte, si dicevano appunto consorti, o perche formavano insieme una sola comunità, un medesimo vici, vicini.” Y deja ver la imposibilidad de demostrar el origen germánico de ese tipo de propiedad medieval, ante el hecho de que para documentar la afirmación: “Oltre poi alla parte distribuita, un'altra se ne teneva al comodo ed uso promiscuo di tutti i consorti” (pág. 318), no encuentra más que el texto de Tácito “Arva por annos mutant”, caprichosamente referido a este punto y con expresa alusión a Maurer.

Arrigo Solmi no acoge rígidamente la caracterización de estos bienes al modo alemán. Su estudio sobre los *Ademprivia* (*Archivio Giuridico*, vols. 72-73, 1904-1905) habla, sin embargo, del derecho de los habitantes, en gran parte dominado por ideas de aquella escuela.

No falta quien, muy recientemente (Michele Lecce, *Gli usi civici nella terra di S. Giovanni Rotondo nel Gargano, Riv. itat. per le sc. giurid.* 1931, págs 171-210) no se recata en repetir lo que Schupfer escribía en 1887 (Schupfer, *Apricena. Mem. Accad. Lincei*, Roma), y sigue soste-

atención de las gentes ante la realidad de que con frecuencia aguas, prados y bosques, según los documentos, eran propiedad privada —propiedad privada no es aquí siempre propiedad individual, a veces es copropiedad, otras aprovechamiento o uso²⁷—; pero en su afán de oponerse a la tesis que venía del otro lado del Rhin, llevó sus conclusiones a extremo que, más que por radical, por unilateral hubo de ser erróneo: buscar el origen de los usos comunales en el bosque señorial cedido a los colonos podrá haber sido, y hasta cierto punto, una refutación ingeniosa²⁸; pero se expuso a sujetarse a una crí-

niendo con absoluta unilateralidad que los usos comunales “hanno la loro radice nell’antica proprietá collettiva”. Su argumento está proporcionado por Fustel, *ad absurdum*. “Soltanto cosi essi hanno potuto diventare una consuetudine pressochè universale: sulla base di un semplice privilegio non lo avrebbero potuto de certo.” He ahí cómo Fustel ha apoyado la tesis alemana. A muchos ha parecido que si lo de la escuela de la “mark” era un poco fantástico, lo de Fustel resultaba deliciosamente gratuito.

27 No creo necesario aludir aquí a estas cuestiones de dogmática jurídica fundamental. Sobre las ideas de copropiedad, véase Gino Segré, *La comproprietá e la comunione degli altri diritti reali*. Torino, Giappachelli, 1931.

28 Recordemos el esquema de la argumentación de Fustel. Examinando el hecho de los bosques y prados gozados en común y después de advertir que es necesario fijarse con mucha atención en la naturaleza de esos usos, escribe: “Des idées fort inexactes ont cours sur ce sujet, Beaucoup d’esprits modernes se sont figuré que ces communaux étaient une propriété collective des villageois, qu’ils avaient leur origine dans une antique communauté du sol, qu’ils étaient le faible reste de la propriété que les paysans avaient exercés sur l’ensemble des terres, et que les seigneurs feudaux en les dépouillant en les asservissant leur avaient au moins laissé quelques terres vagues et quelques bois. Tout cela est de pure imagination.” (*L’alleu*, págs. 424-425). Y Fustel encuentra el origen de los usos en el bosque señorial y en un acto gracioso de aquellos feudatarios, por quienes Fustel parece encargado de una defensa forense o de un informe contra el fisco. Unos pasajes del *Político* de S. Germán —como de cien más que hubieran podido citarse, pero que no podían padecer la interpretación fusteliana— y una idea elemental sobre el hecho de que tales bosques hubieron de servir a necesidades evidentes, bastan para sostener una tesis arriesgada que ha de buscar el apoyo incluso del capricho filológico para ver que lo cedido y usado en común era común (págs. 427-433).

tica tan merecida como la que propinaba a Maurer, con lo que en el fondo apoyaba al adversario, aparte de que siempre quedaba el subterfugio lamprechtiano de estimar lo señorial como usurpación de lo comunal ²⁹.

3.—La culpa primera estriba en la gestación científicamente anormal de la tesis alemana. El eminente profesor Dopsch ha llamado la atención acerca de las circunstancias en que se produjo aquella teoría ³⁰. Su iniciador fué Möser, que escribía movido por un interés político y un motivo patriótico. No es otro el sentido de su “Historia de Osnabruch” (1780) y de sus “Fantasías patrióticas”. Esas fantasías se referían a una especie de libertad campesina que, según él, había imperado hasta los tiempos carolingios. Los tiempos antiguos la parecían “tiempos dorados” y de ellos era residuo la situación del mundo germánico poco antes de Carlomagno: lo que quedaba entonces no era, sin embargo, mas que “der einzige Kopf zu diesem antiken Rumpfe” ³¹. Esa “cabeza”, resto ancestral, era la “mark”; la misma “mark” que de Möser recoge Eichhorn y que con un poco de literatura patriótica al uso logra un desarrollo amplio ³².

La tesis explanada por Eichhorn es aceptada sin reparos ni crítica por la totalidad de los escritores alemanes. Llega hasta Brunner, y al estabilizarse en su obra clásica se convierte en una columna fundamental de la historia del derecho alemán. Ha sido, sobre todo, esta inclusión en el libro de Brunner lo que ha salvaguardado a la teoría, y desde entonces ya nadie atendió a las reservas que Inama-Sternegg hubo de ponerle ³³. Dopsch

29 Sobre Lamprecht, Sée, *Les classes rurales*, 521-524.

30 Conf. Alfons Dopsch, *Wirtschaftliche und sociale Grundlagen der europäischen Kulturentwicklung aus der Zeit von Cäsar bis auf Karl den Grossen*, primera ed., Viena, 1918, I, pág. 9.

31 En el prefacio a su *Osnabrückischen Geschichte*. Cit. por Dopsch, op. cit., pág. 9, n. 22.

32 Conf. K. F. Eichhorn, *Deutsche Staats-und Rechtsgeschichte*, 1808.

33 Escribe Dopsch (I, 44): “Bald nach der Veröffentlichung dieser Theorien sind doch auch Zweifel an deren Richtigkeit entstanden. Vor allen geführt K. Th. v. Inama-Sternegg, der 1879 zum ersten Male eine wissenschaftliche Darstellung der deutsche Wirtschaftsgeschichte versuchte, das Verdienst, gegen die weitgehenden Annahmen G. L. von

ha tenido el atrevimiento de hacer de aquella tesis una severísima crítica, y como a ese atrevimiento se unió casi sistemáticamente una posición de combate frente a otros puntos muy caros a la escuela clásica actual del derecho alemán³⁴, los historiadores de este último grupo no han considerado libres de prejuicios el verdadero alcance de la doctrina dopschiana. Esta circunstancia nos disculpará de que atendamos con cierto detalle a la consideración de los pareceres más modernos sobre los puntos debatidos.

En mi opinión son esenciales dos referencias como preliminar: la cuestión de la democrática igualdad de los germanos y el problema de la cimentación documental de la tesis de la "mark". Dopsch ha tenido que aludir a ambas: a la primera con relación a Waitz, y a la segunda, frente a Eichhorn³⁵.

La trascendencia del problema sobre la pretendida igualdad de los germanos es hoy generalmente reconocida. Esa "cuestión previa sobre la constitución aristocrática de los germanos", según la planteaba Georg Caro³⁶, es resaltada por los trabajos jóvenes, como la tesis doctoral de Erna Schill-Kramer³⁷.

Por otro lado, se impone —esta vez contra Dopsch— una distinción entre el hecho de la "mark" y la significación del "Urkommunismus". Este último no deja de relacionarse con el problema que acabamos de indicar, porque para aquellos escritores, comunismo agrario era también democracia perfecta

Maurers über die Bedeutung der deutschen Markgenossenschaften Stellung genommen zu habe."

34 Bastará que nos refiramos a un ejemplo destacado entre nosotros por un joven especialista: la tesis de Stutz sobre el germanismo de la "iglesia propia". La crítica que Dopsch hace de este punto le ha perjudicado mucho frente a una posible imparcialidad de los secuaces de esa escuela clásica, de la que el propio Stutz es jefe eminente.

35 *Grundlagen*, I, 17-34, principalmente sobre Waitz, pág. 27.

36 Georg Caro, *Neue Beiträge zur deutschen Wirtschafts- und Verfassungsgeschichte*, Leipzig, Veit, 1911. Sobre el problema concreto del señorío, pág. 25.

37 *Organisation und Grössenverhältnisse des ländlichen Grundbesitzes in der Karolingerzeit*, "Vierteljahrschrift f. Social und Wirtschaftsgeschichte", XVII, 1924, págs. 247-293.

e igualitaria. Dopsch ha advertido que el "secundum dignationem" de Tácito no sirve sólo para mantener una referencia a siervos y esclavos, sino aun también para que sobre ese pasaje se aluda a los nobles³⁸. La construcción del señorío no resulta disonante con esos antecedentes³⁹. Pero es preciso reconocer que por ese camino puede irse demasiado lejos.

La falta de apoyo documental en que, principalmente, se basa la crítica de Dopsch a Eichhorn, no es tanto una objeción al autor como a la teoría⁴⁰. A pesar de todo, Dopsch ha producido en la literatura alemana una notable reacción que va fijando los límites de las viejas tesis y admitiendo en el fondo lo que hay de fundamental en las aportaciones del profesor de Viena. El caso de Haff es elocuente⁴¹. Esa evolución de la doctrina se lleva a cabo silenciosa, casi clandestinamente; pero con detalles bien evidentes de nueva reflexión y de positivo influjo⁴². Por lo demás, sería injusto negar que, aparte de lo

38 Alfons Dopsch, *Die ältere Wirtschaft- und Socialgeschichte der Bauern in der Alpenländern Oesterreichs*, Oslo, Aschechoug, 1930 (Publ. del "Institutet for sammenlignende Kulturforskning", serie A, vol. XI), pág. 27. "Es gab nicht nur Sklaven und Hörige, die Tacitus mit römischen Kolonen vergleicht, sondern auch einen Adel, der in der Stürmen der Völklerwanderungen keineswegs untergegangen ist."

39 Dopsch, op. cit., pág. 29. "An der Existenz Grundherrschaft schon in dieser Frühzeit wird nicht gezweifelt werden können. Damit aber war auch die Möglichkeit gegeben, fortgesetzt Sondereigentum neu zu scha und zu entwickeln." Conf. la tesis tradicional en Caro, *Neue Beiträge*, pág. 25. "Unhaltbar ist jedenfalls die Theorie von einer Grundherrlichen Lebensweise der Germanen."

40 Hablando de que Eichhorn sostiene su tesis valiéndose, no de documentos del siglo VIII, o aun anteriores, sino en textos carolingios, declara Dopsch (*Grundlagen*, I, 12): "Auf dem Wege juristischer Konstruktion wurde also eine Theorie aufgebaut die aus relativ späten Quellen schöpfte, ohne dar Tatsache Rechnung zu Tragen, dass für diese die entscheidende Vorsetzung von der freien Societät der germanischen Grundeigner gar nicht mehr zutruf."

41 Karl Haff. Debe verse su comunicación al Cong. de Oslo, *Zur Geschichte des germanischen Grundeigentum und ihrer soziologischen Bedeutung*, VI^e Congrès international des Sciences historiques, Oslo, 1928.

42 Me refiero a un ejemplo magnífico. El gran historiador del derecho germánico, hoy sin duda, la figura alemana de más seria preparación, Claudius von Schwerin, en su *Deutsche Rechtsgeschichte* (publ. en el

que hay de tendencia conservadora en la crítica del ilustre maestro de Friburgo, profesor von Schwerin⁴³, ha acertado éste en no pocos reparos⁴⁴. Y si esa resonancia se nota en los escritos de quienes son puntales de la escuela clásica y seguidores casi fanáticos de Brunner⁴⁵, puede pensarse de qué modo se renuevan las concepciones de las viejas teorías por parte de aquellos que unen a una despierta inteligencia un espíritu abierto a todas las innovaciones. Lo que hay de erróneo en la opinión dopschiana no tardará en pasar, quizá la quepa la desgraciada suerte de que a su nombre se unan principalmente sus errores; pero el observador de la historia de la literatura pertinente no podrá dejar de advertir que a Dopsch se debe esa renovación del pensamiento moderno. Un joven e insigne maestro mío, el eminente discípulo y sucesor del eminente von

Grundriss der Geschichtswissenschaft, dirigido por Alois Meister, Leipzig, 1912), págs. 20-22, exponía la doctrina dominante sobre "markgenossen", asunto que ocupaba un destacado epígrafe del sumario. En su *Grundsüge des deutschen Privatrechts* (Berlín, Walter de Gruyter, 1919), que es una nueva edición de la parte de derecho privado del libro anteriormente aludido, nos encontramos con la sorpresa de que no da ya importancia al problema, hasta el punto de que no figura en el índice de materias (conf. págs. 30 y 41-44). Esa cautela en este punto puede haber sido una corrección al libro de juventud o una influencia de madura reflexión. Pero en todo caso es lícito ver en ella un cambio de conceptos, al que no puede ser extraña la tesis del prof. austriaco.

43 Claudius Freiherr von Schwerin, *Nota crítica a los Grundlagen*, (2.^a ed.) en la *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 80, 1925-1926, págs. 699-730. Se nota que Schwerin lucha por sus convicciones clásicas cuando critica de modo excesivamente detallístico la referencia dopschiana a los germanos como término genérico y frente a su no oposición entre "Sondereigentum" y "Gesamteigentum" (pág. 700).

44 Los términos en que Dopsch alude al poder público no son siempre definitivos en su claridad. Schwerin comenta (loc. cit.): "Andererseits aber erhebt sich die Frage, wodurch sich denn das öffentliche Eigentum vom Privaten in der damaligen Zeit unterschieden hat. Es. "steht bei der Staatsgewalt, nicht bei jenen Nutzungsverbänden". Aber welche "Staatsgewalt" ist dies?". Y después de preguntarse si el suevo en conjunto o el de los "pagi", anota que en aquel tiempo no puede distinguirse un Estado diverso de la "Gesamtheit der freien Volkgenossen".

45 Con una alusión a este punto, aun cuando de distintas pretensiones, conf. A. S. de Blecourt, *Brunner, les germains et Fustel de Coulanges*, "Tijdschrift voor Rechtsgeschiednis", IX, 1929, págs. 121-181.

Below, profesor Hermann Heimpel, me sintetizaba su opinión, aún inédita, sobre este punto: En los territorios germánicos hay que admitir la existencia, medieval y premedieval, de la "markgenossenschaft"; ahora bien, esa comunidad de marca no pasa de ser una "Sondereigentum" absolutamente inconciliable con un pretendido comunismo agrario. He ahí la consecuencia esencial que la obra de Dopsch ha sugerido: limitada la vieja tesis, negada la posibilidad del famoso "Urkommunismus", y sin perjuicio de que otros extremos hayan de rectificarse, ¿de qué vale en Alemania la doctrina de la primitiva comunidad territorial como base de la génesis de los usos comunales de la Edad Media? Y sobre todo, ¿cómo va a ser lícito hablar de aquella teoría con aparente seriedad, frente a instituciones análogas de territorios románicos?

CAPITULO II

A. *El hecho de la tierra consorcial.*—1. Los bienes de uso colectivo en la época romana. Singular valoración del grupo de “consortes” en derecho romano.—2. Situación de los bienes consorciales en la alta Edad Media.—3. La tesis de bosques, prados y aguas en uso colectivo: singular estudio del régimen del agua y del problema del establecimiento de los molinos.

1.—Hechas ya las anteriores indicaciones, pretendemos exaltar aquí ese tipo de propiedad de grupo, de propiedad de consortes, que en nuestra opinión ha jugado un papel principalísimo en la vida histórica, llegando a devenir, si son ciertas nuestras conjeturas, eje de la vida agraria altomedieval y raíz de los “usos comunales”.

Por lo pronto, importa averiguar cuál era la situación y el significado jurídico de esos bienes de uso colectivo en la época romana. Nada nos dice el vocablo que los designa porque es múltiple el valor del término, tan frecuente, de “*communía*” o “*compascua*”. Bajo los nombres de “*ager communis*”, “*communía*”, “*comuniones*” y “*compascua*” —dice Kowalewsky⁴⁶—, los juristas del siglo de oro expresaron la posesión indivisa o corporativa, como también la posesión comunal, cuyo aprovechamiento correspondía a los habitantes de una o varias aldeas. Frontino cuenta: “*Ea compascua multis inlocis in Italia communia appellantur, quibusdam provinciis pro indiviso*”⁴⁷. Los escritores modernos han tenido que distinguir

46 *Die Oekonomische Entwicklung Europas bis zum Beginn der kapitalischen Wirtschaftsform*, I, pág. 42.

47 Frontino, *De controversiis agrorum*, ed. Lachmann, *Gromatici veteres*, pág. 15.

varias categorías, y es preciso ver dentro de ellas dónde se encuentra este tipo de "communia". Condensa la clasificación corriente Brugi, en su interesante trabajo sobre las doctrinas jurídicas de los agrimensores ⁴⁸. Según este autor, existieron:

a) Pastos asignados a la colonia, como persona, para atender a las utilidades públicas (reparación de templos, calefacción de baños, aprovechamiento por los transeúntes o viajeros.) Se trata de un dominio y un "privilegium coloniae". Un ejemplo nos lo presta un texto español —la *Lex Coloniae Gemitivae Julia*, en su cap. 82 ⁴⁹—. Sobre esos bienes propiedad de la colonia, los particulares tenían ciertos derechos: tal el de pasto del ganado menudo.

b) Pastos y bosques asignados al "ordo" de los colonos. Brugi advierte que mientras en el caso anterior se habla, por ejemplo, de "pascua coloniae Augustae Concordiae", aquí se le designa como "silva et pascua publica Augustinorum".

c) Pastos y bosques atribuidos en común a los poseores vecinos. En Brugi esta categoría, de gran interés para nosotros, aparece algo confusa. Su construcción se hace sobre diversos pasajes de gromáticos: es el "consortia", suelo dado —dice Igino— a los próximos poseores "in comune nomine compascuorum", "ut in comune haberent" ⁵⁰.

Esta clasificación de Brugi, que deriva de la de Rudorff ⁵¹ y es recogida por los autores posteriores ⁵², reconoce como dominante en los tres grupos un cierto carácter público. Por nues-

48 Biagio Brugi, *Le dottrine giuridiche degli Agrimensores romani comparate a quelle del Digesto*, Verona, Drucker, 1897, págs. 324-326.

49 Conf. Girard, *Textes*, pág. 90; R. Berlanga, *Los nuevos bronceos de Osuna*, Málaga, 1877.

50 *Gromatici veteres*, ed. Lachmann, pág. 201.

51 *Gromatiche Institutionen*, Leipzig, 1884, pág. 12.

52 Ejemplo M. Roberti, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, Milán, Vita e Pensiero.

Ya en otro trabajo (*Dei beni appartenenti alle città*, pág. 5) hablaba Roberti, recogiendo a Rudorff, de tierras de la ciudad como persona, de la comunidad de los *cives*, y asignadas a ciertos poseores como accesorio. Bognetti (*Sulle origini dei comuni*, pág. 16) sostiene esa misma clasificación, pero tiene sugestión de distinguir en la tercera categoría dos tipos, según pertenezcan a los vecinos o a los colindantes; para esto no parece que haya suficiente base ni filológica ni documental.

tra parte no discutimos esa posición respecto a las dos primeras categorías, en las cuales no parece dudoso aquel carácter; pero entendemos que es arbitrario estimar "communia publica" los asignados a unos poseedores vecinos y exclusivamente sujetos al dominio de los particulares. El problema de la naturaleza jurídica de ese tipo de propiedad ha preocupado a los autores, y ello prueba bien que no es tan claro que parezca público: es más, la "communis opinio" lo ha calificado de propiedad privada, si bien discutiendo dentro de qué figura pueda encuadrarse: Rudorff la puso en relación con la servidumbre, y por tanto, con el pasaje del *Digesto, De serv.*, 20. 1⁵³. Contra la idea de la servidumbre se revolvió Brugi⁵⁴ y singularmente Riccobono⁵⁵; pero Brugi, que en los avances de su citado estudio mantuvo con tesón un radical carácter privado, terminó por aceptar las sugerencias de Schupfer⁵⁶ en favor de que se tratase de un tipo de "compascua" público, posición que se nos antoja insostenible⁵⁷. Para nosotros esos "pascua" que corresponden a un grupo de propietarios vecinos, son técnicamente propiedad privada, no sólo porque el carácter exclusivo de su utilización por los particulares no permite encasillarlos como bienes públicos, sino principalmente por dos hechos fundamentales, en los que no creo necesario insistir: a) textos de jurisprudencia hacen notar que tales "compascua" consorciales no eran siempre, como pretende hacer ver Brugi, una concesión para uso particular de "pascua" públicos; hay claras alusiones

53 Rudorff, loc. cit.

54 *Le dottrine giuridiche*, pág. 326.

55 Salvatore Riccobono, en *Riv. Ital. per le Scienze Giuridiche*, XXI, pág. 404.

56 Schupfer, en *Nuova Antologia*, serie tercera, VII, pág. 376.

57 Brugi, op. cit., págs. 326-329.

La argumentación de Brugi dista bastante de ser decisiva. Sostener el derecho de la colonia sobre esos bienes está en contradicción con el alcance general que a su tesis pretende darle, desde el momento en que, como notamos en seguida, ese origen no es unánime. Además no puede dejar de reconocerse, con Roberti, la posibilidad de una evolución que transforme aquellos grupos de derecho público en asociaciones privadas. Conf. Roberti, *Dei beni appartenenti alle città dell'Italia settentrionale*. Módena, 1903, págs. 8-9.

a bienes de ese tipo que tienen su origen en un acto de disposición tan típicamente privado como la compraventa de bienes entre dos personas particulares⁵⁸; b) la afirmación de sentido universal y en modo alguno privativamente excepcional que los pasajes de los gromáticos aportan en favor de que esos bienes correspondan a los poseedores próximos o vecinos⁵⁹. Nos encontramos, pues con que ni por el origen, ni por la utilización, ni la propiedad, ni siquiera el goce de tales "compascua" cabe dentro de los conceptos del derecho público. Por tanto, no es gratuito afirmar que en Roma existía un tipo de propiedad consorcial, constituida como accesorio fondiario y claramente dentro de las figuras más o menos arbitrarias del derecho privado⁶⁰.

Problema conexo a éste en cuanto que, si bien no influye en su caracterización, puede servir para localizar cronológicamente el momento de la producción de una figura jurídica interesante, es el que se han planteado algunos romanistas con respecto a la época en que es posible pensar que la idea de accesorio inmueble se construya. En otros términos, el concepto de accesorio inmueble que, con respecto al fundo principal —a cada uno de los fundos en este caso de consorcio—, se ha de ver en tales "compascua", ¿es de derecho romano clásico o

58 Véase especialmente Scaevola, en Digesto, 8, 5, 20, 1. Caso de varios propietarios que de común acuerdo compran un *saltus* para procurarse un *ius compascendi*. Ese derecho se une a cada fundo como cuota y pertenencia, y Scaevola reconoce que se transmite con la finca, salvo caso de acuerdo contrario.

59 Conf. en Lachmann, *Gromatici veteres*; Frontino, *De controversiis* (pág. 15), Hyginii, *De condicionibus agrorum* (pág. 117) e Hyginii Gromatici, *De limitibus constituendis* (pág. 201).

60 Insistimos en que este reconocimiento de la propiedad consorcial con naturaleza privada es originario, pero nunca tiene carácter universalista y exclusivista. Ello no obsta (parece claro que no hay por qué pensar de otro modo) a la existencia de otros accesorios de diverso origen y aun de vario carácter, ni se nos oculta que ciertos usos de las poblaciones rurales pueden encontrar base en un texto de Frontino (Lachmann, página 53) que se refiere a los "saltus" africanos. Aparte de que es problema distinto considerar la génesis de una propiedad consorcial —unida a la finca— que historiar los aprovechamientos de los grupos colónicos, dependientes no poseedores.

de derecho romano moderno? ⁶¹. Desde luego, la noticia más amplia resulta dada por los agrimensores, y de sus palabras se deduce que se trata de una costumbre bastante anterior a su época ⁶². Brugi, obstinado en su tesis y comentando el pasaje de Frontino sobre la Campania ⁶³, dice que a cada fundo de la llanura le fué asignada una porción de bosque en la montaña ⁶⁴; ahora bien, nosotros no negamos ese hecho ni la posibilidad de su frecuencia, aunque, como advertimos, estimamos que no cabe partir de él unilateralmente, y que es injusto olvidar que un inmueble pudo constituirse accesorio por la vecindad o la proximidad, mediante causas de derecho de carácter público o privado, y pudo serlo por virtud del “mos regionis” y aun por el propio interés y la voluntad del agricultor. Aquel texto importa, sin embargo, para la cuestión de la época. Las asignaciones augústeas pudieron producirse de modo semejante, según la fórmula “que falx et arater ierit”. Todo ello nos habla de un momento tardío, al que habrá de referir ya la conformación privadística de lo originariamente público, ya la construcción voluntaria de los “compascua” como accesorio fondiario, y como es este tipo de constitución el que evidenció la asimilación de esos derechos de goce a una propiedad privada casi de estirpe quiritaria, para nosotros la construcción de la propiedad consorcial en los “compascua” romanos no aparece con mucha anterioridad como figura definida. Y quizá haya de relacionarse con el momento de la decadencia de los dominios públicos, principalmente de esos bienes de ciudades cuya enajenación es aludida por Scaevola en un conocido fragmento del *Digesto* ⁶⁵.

61 Puede verse sobre esto Regelsberger, *Pandekten*, párr. 102, III.

62 Lachmann, *Gromatici*, pág. 120.

63 Lachmann, pág. 15.

64 Brugi, *Le dottrine giuridiche*, pág. 321.

65 *Digesto*, 8, 5, 20. “Plures ex municipibus, qui diversa praedia possidebant, saltum communem, ut jus compascendi haberent, mercati sunt; idque a successoribus eorum observatum est.”

No es posible exagerar la importancia de este hecho. Seguramente de probarse la amplitud de la afirmación de Scaevola, podría pensarse que muchos grupos patrimoniales consorciales encontrarían ahí un origen; pero habrá que notar que esto tendría que limitarse a la propiedad con-

: 2.—Más clara que en Roma se reconoce en la Edad Media la propiedad consorcial. Los pueblos germánicos apenas modificaron el régimen de esos bienes. Desde luego no se implantó ningún sistema de colectivismo: esto no era posible, entre otras cosas, porque tampoco habían seguido antes ese sistema ⁶⁶.

El planteamiento del estudio tiene una raíz forzosa, que es el asentamiento de los pueblos invasores. Participaron los recién llegados en el disfrute de la propiedad agraria y dejaron en sus leyes indicaciones precisas sobre la materia. Allí hay que ver como aparece —subsistiendo— la propiedad accesoria de los consortes. La “*silva communi*” de la ley Ribuarria no es más que una tardía representación de un hecho general ⁶⁷. En los visigodos el propio Hinojosa reconocía que “parte de la tierra asignada a godos y romanos quedó *pro indiviso* para disfrute de los copropietarios y las había también para todos los propietarios de cada distrito rural. Estos enviaban a los pastos comunales un número de cabezas de ganado de cerda proporcionado a la tierra que poseían” ⁶⁸. Con estas palabras condensaba el ilustre maestro el régimen expuesto en las disposiciones legales visigodas. En ellas el bosque y el prado es accesorio de los fundos próximos, vecinos a esos terrenos o asentados en el distrito donde el bosque se presentaba como propio de una unión consorcial de terratenientes. Por lo pronto, no todos tenían derecho al uso del bosque: la ley de los Burgundios dedica una disposición especial para que se permita coger leña a quien no participa en bosque alguno ⁶⁹, y

sorcial de bosques y pastos, no a propiedad de las aguas. Estas no pueden ser nunca exclusivamente públicas —ni exclusivamente privadas— en un régimen de “necesidades cubiertas”, como era el de la economía romana.

66 Como ya se ha advertido, el *Urkomunismus* está totalmente rechazado por la doctrina moderna. Véase, además, sobre la cuestión, Franz Steinbach, *Geschichtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland*, Bonn, 1932.

67 Lex Ribuarria, 76. “Si quis Ribuarrius in silva communi seu regi.” Rec. lo dicho en la nota 24.

68 Hinojosa. *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Madrid, 1905, pág. 50.

69 Lex Burgundionum, XXVIII. 1: “Si quis Burgundio aut Romanus silvam non habet, incidendi ligna ad usus suos de iacentibus et sine

los pasajes de la ley visigoda son suficientemente expresivos: no sólo el goce de los terrenos bosquivos únicamente correspondía a los terratenientes del consorcio, sino que éstos disfrutaban de aquéllos en proporción a la tierra poseída; tal sucede en el régimen regulado en el pasaje 8, 5, 2 con referencia a los encinares ⁷⁰.

Parece claro que no hay nada de aprovechamiento comunal, de libre derecho de goce, ni cosa semejante. Los pueblos germánicos tuvieron que acomodarse a la realidad románica y estructuraron a su modo lo que era una herencia de Roma. Nótese —dice el profesor Torres López ⁷¹— que esos montes y prados no son “comunes” en su sentido amplio, sino sólo están en comunidad entre los “consortes” ⁷². “No hay, pues, —añade— una introducción por los germanos de un sistema de propiedad colectiva que fuese desconocido por los romanos. Es interesante hacer constar esto. Se ha formado —sigue diciendo Torres— con godos y romanos conjuntamente una especie de “Marca” con su “Allmende”. Su origen no es germano...”

El mismo profesor escribe: “Los “compascua” romanos subsisten en la España visigoda. Motivos de técnica económica agraria aconsejaron la no división de dichos “compascua” entre los godos y los romanos, y así debe pensarse que todos los godos que entraron en alojamiento con todos los romanos tenían derechos de pastos, etc., en un monte común, adquirieron el derecho de la participación en los pastos.” ⁷³ Es muy de lamentar que Torres no haya especificado convenientemente el concepto de los “compascua” a que se refiere. Hemos

fructu arboribus in cuiuslibet silva habeat liberam potestatem, neque ab illo, cuius, silva est, repellatur.”

⁷⁰ *Lex Vis.*, 8, 5, 2, antigua: “Si inter consortes de glandibus fuerit orta contentio pro eo, quod unus ab alio plures porcos habeat, tunc qui minus habuerit, liceat ei secundum quod terram dividit porcos ad glandem in porcione sua suscipere, dummodo equalis numerus ab utraque parte ponatur; et postmodum decimus dividat, sicut et terras diviserunt.”

⁷¹ *El estado visigótico*, ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, III, pág. 40, núm. 312.

⁷² Conf. *Lex Visigothorum*, 8, 5, 5.

⁷³ Torres, loc. cit.

advertido con anterioridad que los autores distinguen hasta tres tipos de "compascua". Ahora bien: de las palabras con que resume su investigación a ese respecto se puede deducir que la participación de los godos en esos derechos a los "compascua" de los españoles estaba relacionada con su participación en el disfrute de la tierra; es, por tanto, una participación en el goce de la propiedad consorcial de aquellos "compascua" que eran "proprietas pertinens ad fundus"; en modo alguno se trata de un derecho de goce general, derivado de la condición ciudadana. Y es esto lo que presenta un problema muy interesante que complica la opinión que pueda formarse sobre la extensión lograda en ese momento histórico por la propiedad consorcial. ¿Acaso el silencio de las fuentes y la actitud de los investigadores puede interpretarse como una ampliación casi total del ámbito de aquélla? ¿Existe también en los estados romanogermánicos algún otro tipo de "compascua", aparte del pertinente a los consortes?

Ello equivale a preguntar qué ha sucedido con los bienes de las ciudades. Tenemos un ejemplo de subsistencia de tierras del fisco⁷⁴; pero desconocemos ciertamente si siguen existiendo bajo los nuevos pobladores "compascua" municipales. Los documentos de la alta Edad Media nada dicen sobre tales propiedades, y la afirmación de su frecuente enajenación, puesta de relieve por los gromáticos, deja el ánimo propenso a negar su existencia, o por lo menos su importancia⁷⁵. No queda, sin

74 Me refiero al caso estudiado por Henri Pirenne, *Le fisc royal de Tournai*, en *Mélanges Lot*, págs. 641-648.

75 Conocida es la opinión de Fustel sobre la ocupación de las propiedades públicas por los invasores (*L'invasion germanique et la fin de l'empire* en su *Historia*, vol. II, París, 1891 pág. 341). Sobre la subsistencia de esos bienes escribió en Italia Roberti (*Dei beni appartenenti alle città dell'Italia settentrionale*, *Archivio Giuridico*; vol. XI, 1903). Pérez Pujol habla en términos semejantes a Fustel (*Instituciones*, II, 180): "Al patrimonio del Príncipe godo, como al del Emperador romano, al Fisco siguieron perteneciendo los campos públicos. Este *ager publicus*, que Cicerón consideraba bajo la República como cabeza de la hacienda pública y base de las rentas del Estado, pasó íntegramente al Fisco del Emperador. Para comprender la extensión de esta riqueza, baste recordar que el territorio de las provincias, con exclusión de las ciudades que gozaban el derecho itálico, fué declarado campo público, que se arrendaba ge-

embargo, resuelto el problema aun en el caso de que se dé, *a priori*, una contestación favorable a la desaparición de esos bienes como tales "communia" municipales. Puede haberse ido a su asimilación con los "communia" consorciales y quedar reducido así a un solo tipo el sistema de comunidad marcal bajo los pueblos godos. Pero quizá el ambiente de la última época romana se presentó más favorable a la realidad de una usurpación llevada a cabo por los "potentes" en exclusivo provecho de sus posesiones⁷⁵. La solución que se dé a este punto interesa y trasciende vivamente frente al desarrollo histórico de la propiedad consorcial; no tardaremos en advertirlo cuando intentemos hacer un esquema de ese desarrollo.

Si seguimos fijándonos en las aportaciones diplomáticas, vemos acentuarse durante toda la alta Edad Media ese hecho de que prados, bosques y corrientes de agua son objeto preponderantemente de posesión consorcial. En Italia lo han advertido Leicht⁷⁷ Lizier⁷⁸, Schupfer⁷⁹, Salvioli⁸⁰, Bognetti⁸¹ y muy especialmente Caggese⁸². En Francia ha aludido a esa situación Hen-

neralmente a los poseedores provinciales mediante una pensión o censo. Estos campos o fundos, llamados, en su consecuencia, enfitéuticos, pasaron, a su vez, del dominio del Emperador al de los reyes godos, y tan extensos y numerosos seguían siendo hasta el fin de esta época, que Ervigio, al otorgar un perdón de impuestos, lo concedía de igual modo a los particulares (*privatis*) y a los pueblos públicos."

76 Tenemos, por lo pronto, en apoyo de esta solución, el texto de Frontino, *De controversiis agrorum* (ed Lachmann, págs. 48-49): "Relicta sunt et multa loca quae veteranis data non sunt, haec variis appellationibus per regiones nominantur: in Etruria communalia vocantur, qui sunt depascenda tunc agri adsignati sunt, haec pascua multi per impotentiam invaserunt et colunt: et eorum proprietate solent ius ordinarium moveri, non sine interventu mensurarum, quoniam demonstrandum est quatenus sit adsignatus ager." Existe, además, y en nuestra opinión reflejando un hecho muy frecuente, la constitución codificada referente al "ager desertus", con expresa alusión a casos semejantes.

77 *Studi sulla proprietà fondiaria*, I, 35-36.

78 *L'economia rurale dell'età prenormanna*, pág. 154.

79 *Il diritto privato dei popoli germanici*, II, 61.

80 *Le nostre origini*, págs. 201-202.

81 *Le origini dei comuni rurali nel medio evo italiano*, pág. 147.

82 *Classi e comuni rurali nel medio evo italiano*, I, 229.

ri See⁸³ y aun sobre Alemania encontramos las aportaciones de algún autor⁸⁴. Sobre España, los textos de la reconquista, aun adoleciendo de aquellos influjos que el régimen de la repoblación imponía, revelan en el fondo ese residuo⁸⁵, que renace vigoroso si se considera, no sólo en España, sino en todos los territorios románicos, la situación de bosques, aguas y prados como accesorios del fundo en cuanto cuota del grupo consorcial, lo que obliga a verlos en posesión de varios terratenientes, en manos de un conjunto de poseedores, en una figura cada vez más destacada de propiedad consorcial o convicinal. La exacta valoración de este hecho exige algunas ilustraciones.

Los Cartularios asturleoneseos muestran participación en el goce del conjunto de la "Allmende". Un documento del monasterio de Arlanza es bien expresivo: con la tierra que el monarca dona figura, como accesorio integrante de aquélla, la cuota proporcional "in montes et in fontes et erbas pascibilibus"⁸⁶. Esa participación se nota ya en las *Fórmulas visigóticas*; tal parece el sentido de la Fórmula 20: "Rura tibi, terris vineis et praedia, olivis, omnibus in rebus, silvis ac pasqua, limphis"⁸⁷. En otros diplomas de los siglos IX y X, cita-

83 *Les classes rurales et le régime domanial*, pág. 490.

84 Conf. la nota 21.

85 Conviene distinguir claramente esta dualidad de problemas; la repoblación es una cosa nueva, es "otro principio". No porque allí tierras, bosques, aguas y prados sean una concesión del señor, puede utilizarse la documentación relativa en las aportaciones que interese el estudio del desarrollo histórico de estos institutos. Pero esto no puede conducir a negar su valor como hecho, sencillamente como hecho. Por ejemplo el doc. LVI del *Cartulario de Arlanza* (publ. Serrano, pág. 117), en el que el abad de Oña cede al de Arlanza unas posesiones y permite "in illa nostra defesa... pascere tuos equos et boves qui lavoraverint ipsam hereditatem", no puede apoyar una afirmación sobre ese derecho a pacer, concesión dominical; ahora bien: sirve, como es claro, para aludir a un hecho que no puede desinteresar a nuestro tema.

86 *Cartulario de Arlanza*, publ. Serrano, Doc. LI, págs. 103-107. El pasaje (pág. 105) alude a la donación: "Et in Caraco Sancti Romani cum suas terras, vineas et in montes et fontes et erbas pascibiles suam portionem." Más claro aún este otro pasaje: "Et in Quintana de Annaia terciam partem de illa villa con sua hereditate tota et cum ecclesia sancta Maria et cum tercia parte de pratis et fontes et montis...".

87 *Fórmulas visigóticas*, ed. MGH, pág. 584.

dos por Hinojosa en su estudio sobre el régimen señorial⁸⁸ y procedentes de territorios catalanes, domina absolutamente esa caracterización del goce de prados, aguas y montes, como accesorio de cada fundo⁸⁹. Hinojosa los comenta diciendo que los terratenientes “disfrutaban... como accesión de sus predios, del derecho de usos o aprovechamientos sobre los montes, bosques y prados comunes, o sea aquella parte que se había conservado *pro indiviso*, sustrayéndola a la apropiación individual”. De una lectura superficial de esas afirmaciones puede deducirse que se trata de bienes ampliamente utilizables. Decir que era parte sustraída a la apropiación individual apoya una interpretación inexacta; por eso Hinojosa insiste poco después: “No sólo la posesión, sino el cultivo del predio, era condición indispensable, expresamente exigida en algunos casos, para el goce de estos derechos.”⁹⁰ Queda, pues, declaradamente mantenido el carácter de pertenencia o accesorio que tenían aquellos bienes, constituyendo un tipo de propiedad intermedia, más privada que pública, pero desde luego bien distinta de lo que tradicionalmente se ha entendido por aprovechamiento colectivo o uso comunal. Eso se encuentra por doquier en las diversas comarcas españolas⁹¹ y siempre en una forma que no puede calificarse de dominio público. Mayer ha intentado sos-

88 *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña*, pág. 52.

89 Doc. de 837, publ. Balari, *Orígenes históricos de Cataluña*, página 508. Doc. de 991, publ. *España Sagrada*, XLV, págs. 283-284. Confróntese Hinojosa, loc. cit., nota 2. Estos textos no son del todo aplicables a nuestro caso: en el primero hay un caso de “ademprivia” o “empriu”, que es propiedad de tipo colectivo espectante al grupo comunal, próximo al concepto de los “pascua” romanos, propios del *ordo* de las ciudades. En doc. de 991, donación de Bernardo de Besalú al monasterio de San Ginés: “et in Basso ipsa villa que dicunt Babbos... et omnes illius adiacentias, cultum vel eremum, et boschos ad praedicta villa pertinentes, pratis et pascuis similiter”, se advierte mejor el sentido del goce.

90 Hinojosa, op. cit., pág. 53.

91 Carta puebla de Villanueva de Pampaneto, año 1032, publ. Muñoz Romero, *Colección de fueros*, pág. 183: “Agros cum earum pastuis et fontibus.” En el propio Fuero de Navarra, VI, 1, 20, donde el derecho de pasto en los encinares sólo corresponde a los terratenientes, a los “herederos”: “Todo fidalgo que heredero es en las montagnas corre por avalorio, quanto puerco que aya puede engrossar...”

tener la oposición entre este tipo de goce de la "Allmende" y la contextura del derecho privado⁹²; pero sus textos distan de ser decisivos⁹³. Este carácter consorcial —común a un grupo de consortes terratenientes, pero exclusivamente para ese grupo— se da en todos los territorios románicos⁹⁴ y llega a influir en determinadas comarcas germánicas. En algunas de éstas se pierde la independencia de la constitución de la marca y la vieja tierra reservada al goce común se presenta como accesorio fondiario; pero no llega a fijarse su aprovechamiento de un modo tan destacadamente privado como en las comarcas latinas. El aprovechamiento de la "Allmende" es consecuencia frecuente de la posesión de un fundo, e incluso en ciertas ocasiones se ve delimitado por la extensión de la propiedad principal⁹⁵.

92 Ernst Mayer, *Historia de las instituciones*, I, págs. 152-153.

Mediante una interpretación particular del término "divisa", que es verdad resulta unas veces la participación en la "Allmende", afirma —construyendo una frase algo extraña— que "se opone, por tanto, a la propiedad privada". ¿Por tanto?

93 Op. cit., pág. 153, n. 92. Textos publicados por Llorente, volumen III.—Documento de 862 (pág. 88 de Llorente): "cum suas hereditates et divisa in montes, in fontes, in pratis." Documento de 864 (Llorente, III, 95): "et concedo ad Sancti Felicis divisiones pro suos ganatos ad pastum in montes, in fontes."

En el primer documento hay una donación de heredad con los accesorios de la heredad, sujetos, como ésta, a un régimen de propiedad privada. En el segundo documento no se trata de una propiedad como "pertinentia", por lo que del fragmento puede deducirse. Habría que atender al sentido del texto; pero en todo caso no hay nada que haga ver la contraposición sostenida por Mayer.

94 Henri Sée, *Les classes rurales*, págs. 515-516, habla de que en Francia los derechos de uso eran una prolongación de la finca: "Ils en sont —escribe— comme la prolongament. Une première preuve, c'est que, dans les actes de ventes, on trouve des paysans qui son cedés avec leurs tenures et leurs usages." La donación cluniacense de 1028, allí citada por Sée (pág. 516, n. 1), habla de "unum curtilum... cum vinea et bosco et omni usuario quod ad ipsum pertinet".

95 Hay un bonito ejemplo en los documentos de St. Gallen; H. Bickel (*Die Wirtschaftsverhältnisse des Klosters St. Gallen*, pág. 83) recuerda que existe allí algún instituto de raigambre germánica: "Das ist das zu jeden Villa gehorige Gemeindeland, das jedem Grundbesitzer

3.—Un examen de los textos en que los escritores alemanes pretendieron mantener con valor general, incluso para tierras románicas, su tesis de bosques, prados y aguas, como propiedad colectiva amplia, goce igualitario de las gentes del distrito, deja ver que lo único que cabe deducir de aquellos documentos es este goce consorcial, que con extraordinaria frecuencia está impuesto por la naturaleza de las cosas. Ningún punto más interesante para esta revisión que el referente al agua, supuesta propiedad colectiva. El problema se relaciona con la doctrina del establecimiento de los molinos, y cuenta con una nutrida literatura ⁹⁶.

Carlos Lamprecht sostuvo un derecho comunal al agua, en una forma, sin embargo, que aun no siendo muy radical ⁹⁷, permitió aprovechar su opinión en el sentido colectivista. Sólo trabajando con documentos tardíos es posible hablar de un derecho comunal amplio sobre el agua; es sólo en la época en que, como notaremos, el Municipio se subroga en la personalidad del consorcio rural y recoge como propiedad municipal,

zur Nutzung offen steht." Esa diversidad constitucional se advierte con la simple lectura de las fórmulas utilizadas por los textos. Ej.: "una hoba cum omni marcha ad eadem pertinens", "silvaticis marchis ad hoba pertinentibus...", "cum omnibus usibus ad curtília in eadem marcha pertinentibus... casam cum omnibus appenditiis id est silvis, alpibus, aquis aquarumque decursibus, omnibus eorum juri subjectis". (Bikel, página 84, n. 1). Esas fórmulas tienen, contra lo que Bikel supone, más de romano que de germánico.

⁹⁶ Por lo pronto, K. Lamprecht, *Deutsche Wirtschaftsleben im Mittelalter*, Leipzig, 1886, y *Beiträge zur Geschichte des französischen Wirtschaftsleben im elften Jahrhundert*, Leipzig, 1878. A su tesis se opuso Fustel en *L'Alleu*, y, aparte de los estudios generales, han traído valiosas aportaciones al problema el ya citado Peterka, *Das Wasserrecht der Weimer*, Prag, 1905; Carl Koehme, *Das Recht der Mühlen bis zum Ende der Karolingerzeit*, Breslau, 1904, y Julius Gierke en su admirable *Die Geschichte des deutscher Deichrechts*, publicado en dos volúmenes de las "Untersuchungen der deutsche Staats-und Rechtsgeschichte" (cuadernos 63 y 64), Breslau, 1901.

⁹⁷ Karl Lamprecht, *Deutsche Wirtschaftsleben im Mittelalter*, I, páginas 16-17. En relación con la cuestión de los molinos, pág. 17: "Die grösseren Mühlen der fränkischen Stammeszeit waren überschlächtige Wassermühlen... Das verursachte Eingriffe in die gemeinsamen Wasserrechte der Dorfnachbarh..."

o por lo menos como propiedad controlada por los órganos municipales, lo que hasta entonces había tenido predominante carácter de pertenencia a un grupo de consortes. De esa época son los textos a que puede referirse Ernesto Mayer en su tesis de un derecho concejil sobre los cursos de agua⁹⁸; recordemos que para sostener un punto de vista de valor general en una investigación que va del siglo v al xiv no cita más que un pasaje de las *Partidas*⁹⁹.

El agua aparece con absoluta frecuencia en los documentos como uno de tantos accesorios del fundo. La intervención del poder público es tan posterior que en las fórmulas sálicas únicamente alude al caso de ríos públicos¹⁰⁰, y en cuanto al texto del Cartulario de Nonántola, publicado por Troya¹⁰¹, así como respecto a una supuesta concesión real en 883¹⁰², la crítica moderna ha demostrado tratarse de claras falsificaciones¹⁰³. Normalmente, vemos el agua unida a la tierra, según aparece en los Cartularios asturleonenses¹⁰⁴. Esta unión de la tierra al agua,

98 Ernst Mayer, *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos v a xiv*, II, pág. 226: "Del derecho sobre los cursos de agua que tiene el concejo se deriva que a él le corresponda la autorización para establecer molinos privados..."

99 Ver op. cit., II, pág. 226, n. 29. El único texto allí citado es el pasaje de las *Partidas* (siglo XIII), III, 32, 18.

Nótese que en ese texto se trata del caso de construcción de un nuevo molino que pudiese perjudicar a otro anteriormente levantado, y solamente concurriendo la importantísima circunstancia de que esto sucediese "en río de rey". Aparte de que el texto tiene distinta significación: "Molina habiendo algunt hone, en que se faciese farina o aceña para pisar panos si alguno quisiesse facer otro molino o aceña en aquella misma agua o cerca de aquel..."

100 *Formulae Salicae Merkelianae, appendix: formulae parisienses*. MG., pág. 264: "Eis autem concedimus omnen aqua subteriore vado publico usque ad locum qui vocatur ille... ad molendinum..."

101 Troya. *Códice diplomático longobárdico*, núm. 671.

102 Troya, núm. 721. Carlos III, en 18 febrero 883, figura que da permiso "de quibuscumque fluminis deducendi aquam et aedificanda molendini".

103 Conf. la calificación de "spurium" que a ambos documentos propinan Bentham y Holder-Eggen, en sus *Langobardische Regesten*, números 250 y 292, publicados en *Neucs Archiv*, III, 1878, págs. 279 y 285.

104 *Cartulario de Arlansa*, ed. Serrano, doc. XII, pág. 37, fecha 18

que llega a calificar permanentemente la tierra misma¹⁰⁵, es tan persistente que sólo en comarcas de secano y con motivo de poderlas regar, se da separadamente de la tierra, por una evolución no aclarada, la propiedad particular del agua¹⁰⁶. Como tipo natural y adecuado al régimen de una economía de “necesidades cubiertas”, la propiedad del agua corresponde al grupo consorcial y en ese sentido puede asegurarse, como hace See respecto a Francia¹⁰⁷, que durante la Edad Media el agua es propiedad privada. Incluso en Alemania, el “agua perenne” se configura en los *Weistümer* como propia del grupo, agua común, pero no pública¹⁰⁸. La construcción del agua como

marzo 932: “cum agros et ortos, cum suos pomiferos et suos molinos corrigentis et aquas corrientis”. Doc. XXIX, pág. 64, fecha 1 julio 1037, concédese una finca “cum montes et fontes”. También en una donación de Alfonso VI, año 1075, al obispado de Oña y Burgos, publ. por Muñoz Romero, *Colección*, pág. 260: “Et sic testor ad illam supradictam sedem illud Monasterium et suum debitum quod illi Monasterio pertinet, cum vineis, terris, cultibus et incultibus, pomeria, arbores fructuosas et infructuosas, rivos, piscarias, molendinos...”

105 Alude a la distinción entre tierra de regadío o heredad en riego y tierra o heredad de secano, el documento de 1255 publicado por Hinojosa, *Documentos para la historia de las instituciones*, pág. 163.

106 En Aragón, la compilación privada de derecho aragonés publicada por Ramos en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, I, 400. Habla en su párr. 29 de “agua comprada” para establecer que se permita la conducción de aquella por presas o azudes. En comarcas alicantinas aparece asimismo la propiedad del agua separada de la tierra; pero esto refleja, en contraste con otras regiones y sobre todo en oposición a un momento anterior, un último estadio evolutivo. Me he ocupado del problema con textos locales y he intentado dar una explicación en mi artículo *La proprietat predial i l'aigua de r̄c*, *Anales del Centro de Cultura Valenciana*, IV, 1931, págs. 123-126.

107 Henri Sée, *Les classes rurales*, págs. 495-496.

108 Así escribe Otte Peterka, *Das Wasserrecht der Weistümer*, página 8: “Gleichwohl kann man diese Gewässer nicht als öffentliche im heutigen Sinne des Wortes bezeichnen, wonach sie jedermann zur Verfügung stünden, sondern die gemeinsame Nutzung der sich darbietenden Wassermenge für Landwirtschaft und Mühlenbetrieb blieb auf die Gemeindegensossen beschränkt und trägt den Charakter einer mit der Genosseneigenschaft verknüpften Berechtigung. Nicht der usus publicus, sondern die Gemeindegliedschaft bildet die rechtliche Grundlage der Wasserutzung.” Documentos que, aun tardíamente, hablan de “agua com-

consorcial es perfectamente lógica; si cada "heredero" utiliza el arroyo en cuanto lo necesita para su finca, en un régimen de "Bedarfsdeckung", una vez regada la finca no tiene por qué retener y explotar el caudal; corresponde al vecino, al colindante y en su conjunto a todos los consortes vecinales. Ello se encuentra lo mismo en los fueros castellanos¹⁰⁹ que en el derecho territorial austriaco¹¹⁰.

Dependientes del régimen de las aguas aparece la regulación de la propiedad de los molinos, que en alguna época se creyó que constituían una propiedad de tipo comunal casi público. Del estudio de Carlos Koehme¹¹¹ se saca la conclusión de que no es posible aludir a la colectivización de los molinos como construcción unitaria o uniforme. El planteamiento inicial se produjo como consecuencia de la discusión sobre si los molinos en el reino franco eran propiedad particular; hay que

munis", nunca de "aqua publica", en Grimm, *Deutsche Weistümer*, IV, página 799.

109 El fuero de Soria, párr. 257, habla de que el agua corresponde a los herederos "segunt la ovieren menester", y en otro párr., el 260, castiga la venta del derecho al agua. El fuero de Usagre viene a expresar el mismo sentido consorcial de unión de agua y tierra en su párr. 159: "Toda fuente que nace entre quadriellas et fuera de regar, como partieren la heredad partan el agua." El régimen económico de "necesidades cubiertas", se advierte en el fuero de Miranda de Ebro, año 1099, publicado por Muñoz, *Colección*, pág. 350: "Et ubicunque, invenerint aquas vel ribos, portent eos ad rozas, et ad molendinos, et ad rigandos hortos suos, aut vineas, aut hereditates, et ad omnia alia quae sibi necesse fuerint." También, fueros de Molina de los Caballeros, 1154, y de Cuenca, VIII, 19.

110 Por ejemplo, el derecho territorial de Altmühl, según los *Salzburgischen Taidinge* (ed. Siegel-Tomaschek, Wien, 1870, en la col. de *Osterreichische Weistümer*), pág. 23: "So sich ain woser in aines grund höht, dasselbige mag er nützen und prauchen nach seiner notdurft, doch das es seinen nachparrn an deren gründ chne schaden rüne, es wäre dann, das wasser von alter aur ain rechte ehemüll gerunnen oder noch rinen solle, so mag er es nützen und nemmen am sambstag zu mittag zu vesper und am montag zu vesper zeit wider abkeren, wo es sich dann am pösten füegt."

Sobre ello, Peterka, *Wasserrecht*, pág. 26.

111 Carl Koehme, *Das Recht der Mühlen bis zum Ende der Karolingerzeit*, Breslau, Marcus, 1904.

recoger la controversia de Thevenin¹¹² y Viollet¹¹³. (En Alemania, aparte de las indicaciones de Waitz, Stutz y Dahh¹¹⁴, terciaron en la discusión Schröder¹¹⁵, Rosenthal¹¹⁶ y Schmoller¹¹⁷.) Los molinos hidráulicos aparecen en época antigua¹¹⁸; pero de su régimen apenas puede deducirse nada, ya que las leyes sólo se ocupan de tutelar los derechos creados con anterioridad¹¹⁹. La ley de los Bávaros muestra un texto discutido¹²⁰, que permitió afirmar a Flach que en la antigüedad las industrias necesarias para la vida estaban reguladas como servicios públicos¹²¹; pero que no autoriza otra cosa que no sea sencillamen-

112 Thévenin, *La propriété et la justice des moulins et des fours*, *Revue Historique*, XXXI, 1886, págs. 241-258.

113 Viollet, *Les communautés des moulins et des fours au moyen-âge*. *Revue Historique*, XXXII, 1887, págs. 86-99.

114 En sus respectivos conocidos tratados.

115 Schröder, *Deutsche Rechtsgeschichte*, pág. 206, n. 18.

116 Rosenthal, art. *Mühlenrecht*, en *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 2.^a ed., V, pág. 888.

117 Schmoller, *Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre*, Leipzig, 1901, pág. 208

118 Conf. Koehme, *Das Recht der Mühlen*, pág. 17. Los documentos hablan de molinos, pero no siempre se nota de qué tipo. Koehme dice que en la alta Edad Media los molinos de viento eran desconocidos, y los documentos que sobre ellos se citan, respecto a la Inglaterra del siglo xx, son falsificaciones. Parece que al molino hidráulico alude la regla benedictina, c. 66. Otros textos, como San Hilario de Poitiers, hablan de molinos claustrales tirados por asnos, "jumentorum" (Migne, *Patrología*, IX, 1019). Ya claramente en la *Lex Visigoth.*, VIII, 4, 30: "Si quis mulina violenter effregerit... Eadem et de istagnis, quae sunt circa molina et conclusiones aquarum praecipimus custodiere." También a esta clase debe referirse el "ferrementum de molino" de la *Lex Salica*, 22, 2.

119 Abundantes referencias en nuestra legislación medieval. Ejemplo, *Fuero Viejo*, IV, 6, 6; *Libro de los fueros de Castilla*, párr. 150.

120 *Lex Baiw.*, IX, 2. Ed. MG, leges III, pág. 302: "Et si in ecclesia vel infra curte ducis vel in fabrica vel in molino aliquid furaverit triuniungeldo componat hoc est ter nove reddat; quia istas quatuor domus casae publice sunt et semper patentes."

121 Flach, *Les origines de l'ancienne France*, vol. I, pág. 327. Asegura allí que en las costumbres germánicas, "les industries les plus nécessaires a la vie paraissent avoir constitué des services publics, avoir été exercées pour le compte dans l'intérêt de tous." Cit. por Koehme, página 22, n. 23.

te un reconocimiento de la general posibilidad de utilizar el molino ¹²². Ahora bien; lo que si se advierte con claridad es que en la construcción de molinos existe un régimen diverso, según las circunstancias en que deba darse: generalmente, aparece reconocido el derecho de levantar molinos en favor de todo aquel que tenga la propiedad del agua, si bien el caso es distinto según se trate de molino a edificar en tierra y agua propia, o en río que sea propiedad de varios consortes. Siempre se reconoce la libertad en el primer caso ¹²³ y se hace ver la realidad del segundo ¹²⁴. El molino es, en la generalidad de los

122 Kochme escribe, *Das Recht der Mühlen*, pág. 25: "Diese Auffassung von "publicus" stimmt also ganz mit dem überein, was sich uns schon aus anderen Quellen über die allgemeine Benutzbarkeit der Mühlen ergeben hat; in keiner Weise aber sollte die Stelle der *lex Baiuw.* für Kollektiveigentum von Gemeinden an Mühlen angeführt werden."

123 *Lex Alam.*, cap. LXXX: "Si quis molinum aut quaecumque clausuram in aquam facere voluerit, sic faciat ut nemine noceat... si ambas ripas suas sunt licentiam habeat...".

En nuestros Fueros, Logroño, 1095 (publ. Muñoz, pág. 339): "Et si alicuius populator fecerit molendinum in sua hereditate, ut habeant saluum et liberum et non det parte ad rex, neque ad principem terrae." También Nájera (publ. Muñoz, pág. 290): "Homo de Nagara in sua hereditate faciat, et edificet molendinos, furnos, tricularia..."

El Fuero de Soria establece una norma análoga (publ. Galo Sánchez, párr. 237): "Tod aquel que molido fiziere en su heredad..."; párrafo 238: "Si alguno en medio de la madre del rio molino quisiere fazer, fagalo sin calonna, y sea estable por siempre, si de suyo propio entrada y exida oviere..." Asimismo puede verse análogamente Fuero de Miranda de Ebro, 1099 (publ. Muñoz, pág. 349) y Toledo de 1118 (publ. Muñoz, pág. 365). Apreciaciones sobre el régimen dominante en Italia, Lattes, *Il diritto consuetudinario*, págs. 292-293, y los estatutos de Milán, rub. XXII (ed. Berlan, 1866, pág. 49). El molino es propiedad privada en la Francia merovingica (Fustel, *L'alleu*, pág. 127) y en derecho escandinavo (Beauchet, *Histoire de la propriété en Suède*, página 534).

124 En el mismo texto de la *Lex Alam.*, cap. LXXX: "Si ambas ripas suas sunt licentiam habeat; si autem una alterius est, aut roget, aut comparet." La diplomática asturleonese da algunos ejemplos de molinos de grupo consorcial. Así en el *Cartulario de Arlanza* (publ. Serrano, doc. LXXXII, pág. 157), con motivo de una donación hecha por cierto presbítero que ingresa en el monasterio, se hace entrega a éste,

ejemplos, una pertenencia fondiaria, un accesorio, como el agua y el pasto¹²⁵, y los documentos muestran bien que en modo alguno se puede hablar de una colectivización de molinos, como, según hemos advertido antes, tampoco cabe referirse a la colectivización de prados, bosques y aguas. Generalmente son propiedad privada aguas y molinos, explotados unos y otras frecuentemente por los grupos consorciales que la naturaleza y el sistema económico de "necesidades cubiertas" tan reciamente apoyaban. Unicamente cuando el influjo romanista o la particular configuración patrimonial implicada por el

4 enero 1082, de cierta participación en determinados molinos: "Et in molino Petrazo duas veces, et in molino de iuso alias duas veces."

El Fuero de Soria regula detalladamente el caso, sin duda frecuente, de que el molino perteneciese a un grupo consorcial. Párr. 246: "Si dos o mas omes fueren herederos en un molino y algunas cosas fueren y menester que sean de labrar o de adobar a pro del molino, el molinero sea tenido de llamar a los herederos que vengan a yunta a día sennalado y a lugar cierto..." Que a menudo eran bastantes los socios lo dice el mismo párrafo al regular la convocatoria y la cuantía de la multa con que se penaba al que, habiendo sido llamado, no asistiese, así como el caso de que se excusase la asistencia. En caso de discusión, dice el párrafo 247 que si se trata de reforma o reparación ésta se haga siempre y los disconformes paguen, descontándose de su cuota, si no pagan, hasta que "finque su rayz libre".

125 Ya antiguamente, nota Koehme, *Das Recht der Mühlen*, pág. 18, "Wie schon im Römerreiche —escribe—, bilden die Mühlen auch im fränkischen einen Teil des Zubehörs grösserer Landgüter". En los Cartularios españoles aparecen repetidamente los molinos, como los demás accesorios, en conexión al fundo. Así en Arlanza, Doc. LXIV, pág. 133, año 1062: "molinis in rivulis cum suis stagnis"; Doc. LXXVII, 149, 1070. Argisco, al entrar fraile da sus bienes "cum terris, vineis, molendinis"; Doc. CXVII, 216, 1169, "cum universis pertinentis suis, sciliter, cum terris, vineis, pratis pascuis defesis, nemoribus riuvis, molendinis, piscaris". Se ve siempre que se trata de molinos hidráulicos, por la mención que el texto hace de la presa, "rivulis cum suis stagnis", "molendinis et piscaris", "molinis in rivulis cum suis stagnis"; ejemplos: Arlanza, XXIX, 64, 1037; XXXVIII, 82, 1042; LXIV, 133, 1062; CXV, 213, 1166; CXIX, 219, 1172. También en el Cartulario de San Salvador del Moral, I, 4, 1068; VIII, 48, 1139; X, 52, 1139; XIII, 58, 1149; XXI, 72, 1166; XXVII, 81, 1194; XXXV, 98, 1225, etc.

Sobre el molino como accesorio fondiario en Italia, docs. en Schupfer, *Il diritto privato*, II, 61; en Austria, Peterka, op. cit., pág. 28.

modo como la reconquista se llevó a cabo hizo atribuir al rey o al señor el dominio de las aguas caudalosas, pudo concebirse una decadencia de aquel régimen de consorcio privado, y con el control de la autoridad la gabela y el arbitrio señorial¹²⁶.

B. *La evolución histórica de las tierras consorciales.*—1. En Roma. Textos de gromáticos que apoyan esta tesis.—2. En la alta Edad Media: especial mención del texto burgundio que refleja el momento de transición.—3. En la época premunicipal: las consecuencias de este régimen en la formación de las comunidades rurales organizadas.—4. Nueva caracterización de bienes de “consortes” como bienes de uso municipal.

1.—En Roma hemos notado que existía un tipo de “compascua” que cabe perfectamente dentro de la idea de propiedad consorcial. Todos los “*communias*” podían referirse a tres casos: bienes de tipo público y bienes que en dos distintas situaciones correspondían a un grupo consorcial privado. Es singularmente el texto Digesto 8, 5, 20 —*compascua* adquiridos por propietarios vecinos para el servicio de sus ganados—, y los pasajes de gromáticos que hablan de tierras incultas asignadas inicialmente a los propietarios coloniales próximos¹²⁷. Hay que resaltar que en este punto de partida dominan ideas privadísticas. Acertadamente dijo Fustel que en aquellos casos las tierras llamadas “comunes” “sont en réalité la propriété de quelques personnes déterminées”¹²⁸. Frecuentemente se dan incluso referencias a cuotas ideales, y se trata, por tanto, de ejemplos

126 Conf. Gregorio de Tours, *Vita patrum*, XVIII, c. 2 (ed. MG., *Scrit. rer. mer.*, IV, pág. 734), y San Remigio de Reims, c. 17 (MG., *Scrit. rer. mer.*, III, 307).

Sobre la “*banalité*” de los molinos, Olivier-Martin, *Histoire de la Coutume de le Prevôté et Vicomté de Paris*, I, 359-360. En términos generales no parece difícil hablar de origen francés en la construcción de la génesis de la misma. Conf. Violette, *Rev. Historique*, págs. 86-99. Es interesante la concordancia cronológica, Fuero de Nájera, 1076, y Fuero de Sahagun, 1192.

127 *Gromatici veteres*, ed. Lachmann, págs. 15, 117, 157, 201.

128 Fustel, *L'alleu et le domaine rural*, págs. 8-9. Conviene notar para confrontar Fustel, que el escritor francés admite como tercer caso el de la tierra común entre herederos y deja aparte el de propiedad pública.

de condominio ¹²⁹. Siempre se deja ver el concepto de accesorio o de pertenencia fundaria que aquellas tierras tienen ¹³⁰. Pero desconocemos la extensión y la importancia que en la evolución histórica corresponde a ese tipo de propiedad, y concretamente el problema específico; ¿con qué intensidad y con qué amplitud subsiste en los nuevos estados romanos-germánicos?

En el momento en que llegaron las poblaciones germánicas a los países latinos no debió existir gran extensión de tierra en situación de pública, ni siquiera como "subcesiva". Parece que los "subcesiva", que eran por excelencia las tierras vacantes y en la constitución constantiniana se asimilan a las estériles ¹³¹, debieron ser ocupadas de manera más o menos arbitraria e ilegal. Por un lado un pasaje de Sículo Flacco da a las "subcesiva" una configuración análoga a la de los "compascua" consorciados ¹³²; por otro, un texto de Domiciano es interpretado por un gromático como conversión del del suelo reservado al asignante en suelo objeto de libre ocupación ¹³³. De la Dalmacia sabemos que los "subcesiva" son apropiados por los particulares ¹³⁴. De España escribe Brugi ¹³⁵ que en la época del segundo Igino había importantes "subcesiva"; pero deja ver la interrogante de si existirían sólo en los mapas ¹³⁶.

129 Sobre la construcción del dominio, Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, I, 619, negando que haya propiedad. En contra, Gino Segré, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano*, *Riv. Ital. Sc. Giur.*, 1889, y *La comproprietà e la communio degli altri diritti reali*, Torino, Giappichelli, 1931. También contra Perozzi, Scialoja, *Teoria de la proprietà*, Roma, 1928, pág. 434, y Bonfante, *Corso*, 1928, II, 2, pág. 40.

130 Textos de gromaticos. Frontino, *De controu.*, pág. 15: "Est et pascuorum proprietates pertinens ad fundus, sed in commune"; Hyginio, *De condit.*, pág. 116: "compascua... quae pertinent ad proximos quosque possessores qui ad ea attingunt finibus suis", etc. Ver Max Weber, *Die römische Agrargeschichte*, pág. 120.

131 Frag. Vat. 35: "subcesiva vel ut vulgo aiunt scamna".

132 *Siculus Flaccus*, ed. Lachmann, pág. 157: "Inscribuntur et "compascua" qued est genus quasi subcesivorum, sive loca quae proximi quique vicini, id est ea contingunt pascua..."

133 Conf. Lachmann, *Gromatici veteres*, pág. 284.

134 Lachmann, pág. 242.

135 Brugi, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori*, pág. 283.

136 Brugi, loc. cit.: "Che in Spagna restassero (sulla mappa soltanto) importanti "subcesiva" ai tempi del secondo Igino e chiaro [Lach-

Las tierras de las ciudades tenían diversa configuración jurídica y a pesar de un fragmento gayano, se cree que muchas de ellas estarían como en propiedad privada de la ciudad, siendo, por tanto posible la "usucapio" ¹³⁷. En cuanto a aquellas otras que tenían el carácter de públicas, en cuanto estaban destinadas al libre uso de los ciudadanos, hay suficientes indicios para pensar en su desaparición. La subsistencia de esos bienes fué impugnada en Francia por Garsonnet ¹³⁸ y en Italia por Roberti ¹³⁹. Garsonnet entendía que no se concibe que tales bienes pudieran subsistir al lado de las prescripciones que sobre "iter agentes" hay en las leyes germánicas ¹⁴⁰. Para nosotros ese argumento no tiene gran valor porque quizá los bienes de ciudades no estuvieran extendidos de modo uniforme; lo que sí realmente nos hace pensar en la desaparición de los "compascua" municipales son los textos romanos que hablan de su decadencia; la venta de tales bienes registrada por el pasaje de Scaevola en Digesto, 8, 5, 20. "—Plures ex municipibus, qui diversa praedia possidebant, saltum communem, ut jus compascendi haberent, mercati sunt..." ¹⁴¹, y la ocupación de los mismos fué advertida por Frontino— "haec pascua multi per impotenciam invaserunt et colunt; et de eorum proprietate solent ius ordinarium moveri..." ¹⁴² y quizá correspondiente a

mann, pág. 171], ma l'età di lui e dubbiosa ne egli c'informa sulla loro condizione..."

137 Conf., ref. a ese Frag., Digesto, 41, 3, 9; Garsonnet, *Histoire des locations perpetuelles*, pág. 175.

El tema suscitó la atención de A. Pernice, quien alude a la cuestión de la propiedad municipal en su admirable estudio, *M. A. Labeo*, Halle, 1873, I, pág. 277.

138 Garsonnet, *Histoire des locations*, pág. 185.

139 M. Roberti, *Dei beni appartenenti alle città dell'Italia settentrionale dalle invasioni barbariche al sorgere dei comuni*, *Archivio Giuridico*, XI, 1903.

140 Garsonnet, loc. cit., citando a Baudi di Vesme: "Sans la suppression des pâturages communes, ce droit de vaine pâture n'eut pas necessaire."

141 Digesto, ed Krüger-Mommsen, 1870.

142 Frontino, *De controversiis agrorum*, ed. Lachmann, págs. 48-49.

una amplia boga de usurpaciones de potentes anotada en otros pasajes jurídicos¹⁴³.

Decir, pues, que los "compascua" romanos subsistieron, exige, por lo menos, agregar que se transformaron. No basta aludir a ese tópico de los principios germánicos, tan de acuerdo con el régimen colectivo. Schupfer, que se basó en tales conceptos, se ve obligado a limitar y recortar su tesis¹⁴⁴. No hay nada que apoye la continuación de un régimen de tipo más o menos público. Además, la situación en que los viejos "compascua" romanos se encontraron en los últimos años de la vida romana repercute en su configuración bajo el imperio germánico. Este es para nosotros, como ya indicábamos, un punto fundamental: porque los bienes de las ciudades o del ordo de los ciudadanos pudieron pasar a manos de un grupo consorcial, unión de terratenientes para el disfrute del "ius compascendi" o bien cayeron en la masa fondiaria de un latifundista. La suerte futura debió ser diversa en uno o en otro caso.

Los bienes de ciudades que pasan a manos de un grupo consorcial integran uno de tantos ejemplos de "proprietas pertinens ad fundos", sobre la cual los consortes, sólo a título de terratenientes, de "herederos" en nuestro lenguaje medieval, participan en el aprovechamiento. Por el contrario, los bienes de ciudades que son adquiridos, ocupados o usurpados por un "potente" dueño de un latifundio o "saltus" próximo, pasan a ser una parte de ese latifundio, una propiedad que pertenece a la finca y está dentro de ella, sobre la cual nadie tiene, como

143 Digesto, 43, 8, 2, 15-17; 43, 2, 1, 12.

Sobre esa fuente ilegítima que a Brugi le parece que sale "fuera de la euriúmia del sistema", Brugi, *Le dottrine*, pág. 273.

144 Francesco Schupfer, *Il diritto privato dei popoli germanici*, II, página 53, afirma: "Certo, i beni comunali non sono scomparsi, ne potevano scomparere essendo troppo conformi alle idee germaniche." Pero no tarda en asegurar el propio autor que esos bienes comunes correspondían sólo a los comunistas, miembros de la marca, que tuviesen su sors, manso o fundo. Afirmando que "il diritto di usare delle comunanze non era personale ma proprio inerente al dominio delle terre, come una loro pertinentia" (II, pág. 60), no se apoya la subsistencia de los "compascua" —y mucho menos de los "compascua" ciudadanos—, sino que en todo caso se habla de su transformación en bienes consorciales.

no sea el propio dueño, derechos de uso derivados de su cualidad de terrateniente; por tanto, no existía sobre tales "compascua" un goce colectivo por derecho propio. Y sobre ellos, sin embargo, no tarda a nacer un aprovechamiento de tipo personal, contrastante con el de los consorcios; pero colaborante con aquél en la obra evolutiva de los antecedentes del uso comunal de la Edad Media.

Los "saltus" fueron originariamente en modo predominante terrenos dedicados a la explotación pecuaria¹⁴⁵. Hay un momento que reflejan admirablemente las inscripciones del Norte de Africa¹⁴⁶, en el que domina una transformación de aquel régimen en el sentido de incrementar la economía agrícola¹⁴⁷. En esa evolución caben dos casos: se trata de una economía agrícola accesoria de la pastoril o se va sistemáticamente a una explotación agraria; en ambas circunstancias la gente agrícola que trabaja en la "villa" o en el "saltus" utiliza para las diversas necesidades de leña o pasto aquella parte inculta que es el "compascua" del latifundio. Frontino nos revela expresamente la existencia de ese tipo de organización¹⁴⁸. Esos vicos

145 En Frontinus viene a ser "saltus" una pertinencia fondiaria, otras veces es sinónimo de fundo en general. Pero con gran frecuencia el *saltus* es lo que se da para roturar y mejorar; es, por tanto, un terreno inculto o apenas cultivado, como los "rudibus agris". Cnf. Brugi, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori*.

146 Principalmente deben verse: *Lex Manciana* o inscripción de Henchir Mettich, en Bruns, *Fontes*, núm. 114; la "lex saltus Burunitanus" o decreto de Commodo, en Bruns, núm. 86.

147 La significación del "ius colendi" no es otra. El régimen de la concesión revela que se trata de fincas incultas a las que hay que plantar. Bien claramente en la solicitud de los colonos que aparece en la inscripción de Ain-el-Djemala (en Bruns, núm. 116 y en Carcopino, *Mélanges de l'École française de Rome*, 1906). Estos piden, de acuerdo con la *Lex Manciana*, "dare nobis eos agros qui sunt in paludibus et in silvestribus, instituendos olivetis et vineis...".

148 Frontino, *De controversiis agrorum*, ed. Lachmann, pág. 53: "Inter res p. et privatos non facile tales in Italia controversiae moventur, sed frequenter in provinciis, praecipue in Africa, ubi saltus non minores habent privati quam res p. territoria; quin immo multis saltus longe maiores sunt territoriis. Habent autem in saltibus privati non exiguum populum plebicum et vicos circa villam in modo munitionum..."

que el “populum plebeium” tenía “circa villam” persisten seguramente al lado de la “villa”, con la persistencia de la “villa” misma¹⁴⁹; son situaciones de hecho que no pueden ser olvidadas en la historia de su posible configuración jurídica¹⁵⁰.

2.—La nueva vida germánica, ¿cómo influye sobre estos institutos? La supuesta organización colectiva o al menos el régimen de la “Allmende”, ¿repercuten en una cierta nueva caracterización de derechos de uso?

En la concepción clásica “Allmende” —“all mǎnning”— es “cosa de toda la gente” —así, anota Grimm¹⁵¹, “aller leute weg”—. Referido a una “mark” es —añade— “silva pública”. No creemos poseer documentación que apoye una organización colectivista¹⁵²; pero aun consintiendo las tesis dominantes en los

149 Los textos visigodos no hablan de “villa” como grupo agrario. La *Lex Vis.*, 3, 4, 17 y 9, 1, 21 se refiere a la ciudad. No es claro el sentido de los fragmentos Gaudenzianos, pasaje XV (en M.G.H., página 471). Sí alude claramente la *Lex Sal.*, Capitular III, 1: “de hominem inter duas villas occisum”. Sobre Francia, ha sostenido la persistencia de la villa romana en los carolingios, Fustel, seguido por Lévassieur (*Histoire des classes ouvrières*, I, págs. 144-145) y por Sée (*Les classes rurales*, pág. 138).

Hinojosa ha mantenido análoga tesis entre nosotros, apoyando la subsistencia de la organización romana bajo los visigodos y en los territorios de la Reconquista hasta fines del siglo XII (*Estudios de historia del Derecho*, págs. 17-18; *El régimen señorial*, pág. 40). Desde luego la terminología supervive en los cartularios asturleonese.

150 No dejo de percatarme de que en la organización y aun en la configuración de estos usos, no puede perderse de vista la necesidad de distinguir los territorios de régimen parciario, tan frecuente en las concesiones según *Lex Manciana*, aquellos en que el aparcerero lograba un derecho de posesión hereditario, de las “villas” donde se utilizase trabajo servil o salariado. Aun no ocultándoseme que este tipo último de economía colónica casi desaparece en cierta época, pienso que no me refiero únicamente a Africa, sino también a otros territorios, teniendo presente el valor de la frase de Frontino: “frequenter in provinciis, precipue in Africa”.

151 Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, segunda ed., II, pág. 11.

152 Los principios germánicos nos dicen que la selva aparece como accesorio de un fundo; el *Grágás Lógbok islandinga*, IX, 1, dice: “Es dar er scogland, oc scal sa neyta hvars sem dar var adr neytt...”. En el capítulo VI del mismo libro IX, cap. “De pastos” (*Of beiting*) se les da a éstos la misma significación. Los prados aparecen generalmente como

autores influídos por el chauvinismo germanista, sentimos no poder presentar ningún texto que acredite cómo, gracias al influjo de esas ideas germánicas, se hizo más amplio, técnicamente comunal, el goce de las “compascua” consorciales. Quizá sea posible advertir en alguna materia concomitantes modificaciones germanistas: aludo a la “Rodung” o derecho de “Bi-fang”, sistema de roturación seguramente no romano¹⁵³ y con grandes probabilidades debido a la presión de un instituto que traen los nuevos pobladores, pero que además es natural producto de las economías primitivistas y se encuentra en la generalidad de los pueblos¹⁵⁴. Pero ocuparnos de ese pro-

condominio, y el cap. XVII (*Ofengi-dom*) dispone que en los litigios que se suscitan se apliquen las reglas de la división de propiedad. La propia terminología apoya esta interpretación —alude a “condominios de prados”— y la versión latina habla de “pascurum condomini” (ver ed. 1829, II, pág. 326). Sobre el texto de Tácito, Beauchet, *Histoire de la propriété en Suède*, pág. 15, y respecto a bosques, íd., pág. 548.

Citamos, pues, sólo textos nórdicos; esto es, aquellos que se estiman como germánicos puros. Para encontrar alusiones a una propiedad “de todos” hay que leer a Viollet (*Histoire du Droit civil français*, Paris, 1905, pág. 604) o a los secuaces de la tesis de los buenos germanos, demócratas y comunistas, ya en otro lugar comentada.

153 Sobre el carácter no romano de la ocupación por roturación, Rostowzew, *Studien zur Geschichte der römische kolonats*, Leipzig, 1910, páginas 345 y 380. Rostowzew sostiene, en este caso concreto, origen helénico, págs. 354-355.

154 Respecto a la roturación en Grecia, Paul Guiraud, *La propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête romaine*, Paris, 1893, pág. 67. Sobre derecho islámico, Franz Frederik Schmidt, *Die Occupatio in islamischen Recht*, Strasbourg, 1910, y Bécquer, *Die Entstehung der Uſr- und Harägländ in Agypten*, en la *Zeitschrift f. Assiriologie*, XVIII. Aparte interesa un pasaje de Manú y algunos otros textos orientales. Limitándonos a un momento primitivo, sobre derecho de Rodung en tierras germánicas, la bibliografía es extensísima: citemos como más fundamentales, sobre los países escandinavos, von Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, I, pág. 605; Beauchet, *Histoire de la propriété foncière en Suède*, pág. 83 y sobre todo Kreüger, *Studier rörande da agrariska förhallandenas utveckling i Sverige*, pág. 47; sobre Inglaterra, Vinogradof, *Growth of the Manor*, pág. 170 y Brodnitz, *Englische Wirtschaftsgeschichte*, I, pág. 62. Más concretamente sobre Alemania, y Austria, Dopsch, *Die ältere Wirtschaft- und Socialgeschichte der Bauern in*

blema daría desmesurada extensión a este artículo y nos impediría concederle todo el relieve necesario. Su injerto en el sistema de "compascua" o en la vida rural con referencia a la "Allmende", aun dándose por descontado¹⁵⁵, no tiene aquí la mayor importancia, pues no sirve para aportar ideas evolutivas en la historia de los usos colectivos y únicamente recela un aspecto, muy interesante, de la extensión de dichos usos.

No hay —por tanto— texto que permita afirmar que por influjo germánico se hace "de todos", en cuanto al aprovechamiento, la propiedad de prados, bosques y aguas asignada a los consortes. Existe, empero, una disposición que puede y debe tomarse en aquel sentido, si bien por su limitado alcance venga únicamente a reflejar un cierto estado de opinión y un momento transitorio. Nos referimos al pasaje XXVIII de la "Lex Burgundionum":

"Si quis Burgundio aut Romanus silvam non habet, incidenti ligna ad usus suos de iacentibus et sine fructu arboribus in cuiuslibet silva habeat liberam potestatem, neque ab illo, cuius silva est, repellatur."

Este pasaje tiene para nosotros un doble valor: explica por una parte que no hay nada de "Allmende" en el régimen de los bosques; que éstos están apropiados en régimen privado, sin limitaciones a la "voluntas domini"¹⁵⁶; pero, por otra par-

der Alpenländern Osterreichs, Oslo, 1930, pág. 17; de los antiguos, Maurer, *Geschichte der Markenverfassung*, Erlangen, 1856, pág. 163.

Un buen resumen, von Schwerin, *Rodung: rechtsverhältnisse*, en *Hoops Reallexikon*, vol. III, págs. 507-508.

155 El profesor Torres no estaba muy seguro de esa influencia, cuando escribía en su *Estado visigótico*, ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, III, n. 412, a la pág. 404: "Se ha formado con godos y romanos conjuntamente una especie de "Marca" con su "Allmende". Su origen no es germano. Sí lo es, en cambio, tal vez, la disposición sobre la roturación libre de todos los consortes..."

156 La importancia del imperio de la voluntad dominical se reconoce en el pasaje XXVIII, 2, de la misma ley, es decir, inmediatamente de la anterior excepción: "Si quis vero arborem fructiferam in aliena silva, non permittente domino, fortasse inciderit, per singulas arbores, quas incidit, singulos solidos domino silvae inferat; quod etiam de pinis et abietibus praecipimus custodiri. Quod si servus hoc fecerit, fustigetur, et dominus eius nullum damnum aut calumniam patiatur."

te, manifiesta claramente un momento histórico en el cual había gente que no tenía participación alguna en bosques consorciales, gente a la que se concede un "derecho de leña"¹⁵⁷.

Si se pone en relación con un régimen de economía puramente agrícola, y si se tiene presente la necesidad de que cada fundo tuviera como accesorio terreno inculto, utilizable para todas aquellas exigencias que no sólo la vida doméstica sino también las atenciones de la vida campesina postulaban¹⁵⁸, se ha de advertir que ese burgundio o romano que no tenía "silvam" no podía ser un campesino, un consorte.

3.—El texto burgundio que acabamos de comentar refleja, como decimos, una transformación de los derechos de usos sobre bosques. Esa transformación se da en los territorios romanos, pero no deja de advertirse también en tierras germánicas. Carezco de preparación suficiente para resolver el problema en términos generales. Hay datos, sin embargo, que es-timo suficientemente valiosos para explicar cómo en los propios derechos de "Allmende" se da esa evolución: generalmente encontramos que la participación en tales aprovechamientos es un accesorio fundiario. Ernst declara que sólo los poseedores de bienes rústicos ejercían los derechos de comunidad¹⁵⁹.

157 El derecho de leña "ad usus suos", concedido por la *Lex Burgundionum*, es el típico derecho de leña, según aparece en todos los territorios de la Latinidad. No es otro el de nuestros fueros municipales, donde se trata de usos domésticos y de atenciones agrícolas (para arados, etc.). Luigi Genuardi (*Terre comuni e usi civici in Sicilia*, Palermo 1911, págs. 45 y 62) nota que en Sicilia la fórmula que concreta el derecho de leña es "ad comburendum, ad domus edificandum et ad per-ticas et aratra faciendum", cuando no se dice sintéticamente, "pro eorum usu ligna incidere".

158 El valor que la tierra destinada a usos accesorios tenía para el hombre agrícola fué puesto de relieve por Karl Bücher en su monografía *Die Allmende in ihrer wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung*, publ. en el cuad. XII de la serie "Soziale Streitfragen", Berlín, Harrwitz, s. a.

159 Viktor Ernst, *Die Entstehung des deutschen Grundeigentum*, Stuttgart, Kohlhammer, 1926, pág. 58: "Nur die Inhaber der Bauerngüter übten die Gemeinderechte aus und genossen volles Recht auf den Weidplätzen und in dem Waldern. Die Allmendnutzung ist ein regelmässiges Zubehör des Gemeinderechtes; das Recht des Einzelnen beruht auf

El derecho general es posterior, y no corresponde a todo hombre libre¹⁶⁰ sino a todo miembro de la comunidad rural, pre-municipal, que —en nuestra opinión— se subroga en el lugar y las funciones del grupo de los antiguos consortes¹⁶¹. Y es precisamente ese hecho, en gran parte romano, del régimen de propiedad de bosques, pastos y aguas consorcialmente explotados, de donde los germanistas han sacado supuestos documentos en pro de su tesis¹⁶². La marca es una vibran-

seiner Zugehörigkeit zur Gemeinde.” Hay que darse cuenta de que en un régimen de abundante tierra inculta, como es el del momento de las Invasiones, la apropiación para el cultivo de una determinada cantidad dejaba en goce común grandes extensiones: si se nota que la pequeña finca debió ser general, de forma que todos fuesen propietarios o poseedores de fundo, no es extraño que también entre los germanos se fuese a la idea (que en otra forma, en Suiza y Renania, puede explicarse por influjo romano) del bosque y el prado accesorio del fundo.

160 La bizarra afirmación se debe a Maurer y es recogida pinto-rescamente por Garsonnet, *Histoire des locations*, págs. 196-198 y extendida incluso a todos “les territoires vacantes de l’Empire envahis par les Barbares”. El preconcepto de los tiempos dorados se advierte en la frase: “Tout homme libre, habitant le territoire, exerce sur chacune de ses parties des droits égaux...” (Pág. 107.)

161 La idea no era extraña a Pérez Pujol. Pérez Pujol ha aludido a los godos y romanos como “vecinos del lugar”. “Los primeros —dice— (*Instituciones*, II, 155) con el nombre de consortes, pues eran compañeros en las *sortes goticae* en las tierras de los vencedores; los segundos con el de hospites, nombre general dado a los romanos que recibieron bárbaros en sus casas y en sus campos. En ese sentido —agrega— ha de entenderse la ley 5, tít. 5, lib. VIII del Fuero Juzgo, que declara los pastos de un pueblo de usos común para consortes y hospites, es decir, para todos los vecinos...”; y el mismo profesor relacionaba esa comunidad de goces pascolativos con la formación o la reconstrucción de los núcleos concejiles. “...el convento de vecinos adquirió nueva cohesión y nueva fuerza con el aprovechamiento común a hospites y consortes de las hierbas en las tierras privadas y de los frutos en las selvas proindivisas... Los vecinos de los frutos de las selvas comunes, para distribuirse el producto de las décimas del ganado cebado en ellas y para nombrar los pastores y guardas de los pastos, pascuarios, en las hierbas comunes” (*Instituciones de la España goda*, II, 313).

162 Siguiendo a Maurer, escritores de tierras latinas, como Garsonnet (*Histoire des locations*, pág. 202-203) y Schupfer (*Il diritto privato*, II, pág. 45); construyen, con textos de época tardía (salvada la

te realidad del siglo XII, pero era ya una realidad del siglo VI y aun antes de que los germanos entrasen en tierras roturadas por arados latinos¹⁶³. No negamos, pues, la "mark", ni siquiera la "markgenossenschaft", pero creemos honrado dejar dicho que si prescindimos de la sugestión de la terminología germánica, la "mark" es el viejo instituto románico consorcial y la "markgenossenschaft" se descubre en la comunidad rural primitiva que tuvo que surgir por los vínculos forzosamente nacidos de una convivencia permanente unida a una identidad económica de necesidades. Nunca se da el caso de que esa comunidad se cree; vive siempre por doquier y forma el "substractum" del municipio. Bien nos lo declara la transformación del vocablo "vecinos", que adquiere un sentido unitario.

No debe dejar de considerarse lo que esta evolución, en el concepto de vecindad, puede significar. Frente a la idea de que al transformarse un instituto se ha de transformar la palabra que le expresa, notamos que son los epígrafes lo más perdurable; pero la permanencia de la representación no implica perdurabilidad del concepto reflejado. En el sentido de las pala-

excepción de un pasaje de César), la supuesta competencia de la marca. Ejemplos; para apoyar la afirmación de que disponía de propios tribunales para la conservación de la paz y todos los negocios comunes, como el uso de los bosques y pastos, citan la leyenda de Eduardo el confesor, c. 28, y para sostener que también les incumbía "la división de las tierras y los litigios que originan", aparte de César, *Bello gall.*, VI, 22, van textos de la *Lex visig.*, el X, 1, 8, claramente inaplicable por cuanto se refiere al mantenimiento de la división de tierras entre godos y romanos; y el X, 3, 2, 3-5: sirve para hacer entrar en competencia de tribunales de la marca "la colocación y modificación de los mojones". Como se sabe, este texto habla de que si un mojón se quita para colocarlo de nuevo han de estar presentes los colindantes ("vicinis presentibus"). Tanto ésta como la prescripción siguiente, que exige esa misma presencia para modificar el emplazamiento del "novum terminum", son institutos que el propio derecho romano regulaba.

163 No estaba en lo exacto, pues, Fustel, cuando (*L'allen*, pág. 267) exageraba en términos, aún mantenidos por Dopsch, el error documental de Maurer: "De ce que marca au deuzième siècle, s'est dit d'une certaine categorie de terres communes a tout un village, en conclu qu'il avait en dejà le sens de "terres communes" au sixième siècle et l'on a construit sur cette erreur tout un système."

bras se advierten esas transformaciones de los conceptos a ellas vinculados: entre tantos otros ejemplos, éste de vecindad, que de referencia a proximidad o linde llega a ser la consideración jurídica del miembro de una comunidad municipal, es de los más interesantes.

Vecino, en los textos de los gromáticos, es sinónimo de próximo, y equivale a un colindante¹⁶⁴. Ese mismo concepto aparece reflejado en los documentos visigóticos. Torres escribe¹⁶⁵: “El término *vicinus* se emplea como adjetivo en la *Lex Visig.* lo menos nueve veces y siempre con un sentido de mera equivalencia a próximo. Es muy interesante para esa equivalencia el texto *Lex Visig.*, VIII, 4, 23 [“Homines vero próximos vel vicinos”]. No debe pretenderse ver otra cosa que una reiteración. En los textos que decimos del *Liber* se aplica unido tanto a personas, jueces, etc., como a lugares, casas, etc. Con el mismo sentido de proximidad aparece en el tomo regío presentado por Egica al Concilio XVI de Toledo. Se habla de iglesia próxima...”¹⁶⁶ La identificación de los “vicini” latinos con los germánicamente llamados “markgenossen” está, por lo demás, bastantemente reconocida en la literatura histórica moderna¹⁶⁷. Vecinos son, poco después del derrumbamiento del Imperio romano, los poseedores, los habitantes del distrito rural¹⁶⁸. Ese mismo sentido de vecindad, como próxi-

164 Sículo Flacus: “Sive loca quae proximi quique vicini, id est qui ea contingunt.” (Ed. Lachmann, pág. 157.)

165 Manuel Torres, *El estado visigótico*. ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, III, pág. 409.

166 Torres, loc. cit.

Esa idea de proximidad en el espacio es en algunos textos exactamente la de colindantes en otros ejemplos, como el pasaje II, 4.

167 Alfons Dopsch, *Die ältere Wirtschaft- und Socialgeschichte*, página 24, con ref. al título *de migrantibus* de la *Lex Sal.*: “Diesen Markgenossen, oder lat. vicini...”

Sobre el problema del origen romano del retracto de vecinos, según se ve en el Edicto de Chilperico, c. 3, y que dice relación a la génesis de la cuestión que nos ocupa, alude también Dopsch, allí y en *Grundlagen*, I, págs. 233-236; contra Dopsch, en este punto, v. Schwerin, en “*Z. für des gesammte Staatswissenschaft*”, vol. LXXX, pág. 708.

168 Conf. Bognetti, *Sulle origini dei comuni rurali*, pág. 139. Schneider, *Die Entstehung*, pág. 85, y aun Pertile, *Storia del diritto italiano*, IV, pág. 318.

midad material, se da también en el vocablo comarcano, que sigue una evolución análoga ¹⁶⁹. Advertir que más tarde comarca ya no es confín sino región o territorio ¹⁷⁰, y ver que la vicania se produce de modo semejante, gracias a la exaltación de los vínculos consorciales ¹⁷¹, prólogo indiscutible de toda organización municipal ruralista ¹⁷².

Si en esas circunstancias se admite que existe en la modesta aldea de los grupos de consortes o vecinos que integraban, algunas personas no campesinas —es decir, no propietarias ni arren-

169 Comarcano es vecino, o por lo menos propietario fondiario próximo, en *Lex Baiuv.*, XVII, 2 y XXIII, 11. También en esa misma ley, XII, 8, son colindantes en caso de “signis non evidentibus”: “Quotiens de comarchanis contentio nascitur, ubi evidentia signo non apparent in arboribus aut in montibus nec in fluminibus...” (ed. MG., página 402). El hecho de que allí se trate de tierras alodiales, según se ve en el pasaje: “et iste dicit hucusque antecessores mei tenuerunt et in alodem mihi reliquetur”, explica que en la *Lex Alam.*, LXXXI, se hable de “genealogías”: “Si quis contentio orta fuerit inter duas genealogías de término terrae eorum...”

170 De los *commarchani* dice Du Cange (*Glossarium*, II, 440): “quorum marchae vicini sunt”, y de *commarchia* = *confine*, *limes*.

En el siglo XIII y después de haber sido “territorio próximo al confín”, significa en las Partidas, II, 1, II, sencillamente región o territorio sujeto a marqués.

171 Son muy frecuentes en los siglos XI y XII los documentos que expresan cómo son representados los consorcios. Ej. Doc de 1111, otorgado por el Obispo de Trento Gehard: “Ubique in eorum presentia fecit... traslacionem, quod est finis, per lignum quod in suis manibus tenebat in manibus Bruni de Calrubio et Martini de Verena et Gasparti de Cavallesse et Mancí et ipsi receperunt dictum finem pro se et pro omnibus qui habitant in plebe Flemi...” (Publ. Schwind y Dopsch, *Urkunden zur Verfassungsgeschichte der Deutsch-Oesterreichischen erblande im Mittelalter*, Innsbruck, 1875, págs. 4-5). Esas representaciones se da a menudo en contratos agrarios colectivos.

172 Roger Grand ha escrito, comentando unas cartas rurales (*Les Chartes de communautés rurales d'Albepierre et de Combrelles, Nouvelle Revue Historique du Droit*, XXVII, 1904, pág. 372): “Ici, comme presque par tout, la charte de commune ne cree pas; elle confirme et sanctionne ce que les circonstances et le temps ont peu a peu établie.” Y agrega: “Le régime municipal d'Albepierre et de Combrelles est celui que comportent des groupes de cultivateurs peu nombreux, aux besoins modestes, auz aspirations restreintes comme leurs moyens.”

dadores o aparceros ¹⁷³—, gentes a las cuales excepcionalmente y por las mismas razones que exigieron la ley XXVIII, 1 del código burgundio, se les permite tomar la leña necesaria “ad usus suos”, se comprenderá la trascendencia de este hecho en relación con la formación de una comunidad concejilmente organizada ¹⁷⁴.

4.—En el momento de la formación del municipio rural, estos bienes consorciales que habían sido el *subtractum* de su evolución, toman una caracterización nueva. Es entonces cuando aparecen como bienes de uso municipal, es decir, como típicos aprovechamientos comunales a los que todo vecino —cualquier vecino— puede utilizar.

Ha llegado a su cabo la transformación del concepto de vecinos: concediéndose a quien no tenía ese bien principal, del que era accesorio el uso de la “Allmende”, la posibilidad excepcional del propio aprovechamiento, quedó reconocida, en cuanto a las consecuencias, la condición vecinal. Y en una época en la.

173 La idea de que todos los aldeanos eran campesinos no es una fantasía. Aparece perfectamente dentro de las leyes escandinavas, donde hemos convenido encontrar lo germánico puro, tan íntimamente unido a lo español. Las leyes escandinavas, nota Beauchet (*Histoire de la propriété en Suède*, pág. 164), no distinguen a las personas por posesión o no posesión de tierras, sino a base de la mayor o menor posesión. Se supone, pues, que todos son campesinos. Hay, en verdad, quienes no poseen tierras, pero esos serían prácticamente los “iter agentes” o los seminómadas. Adviértase que la traducción del término sueco “löskae maen”, si no es absolutamente vagabundo, se le acerca muchísimo. Beauchet nota que “las antiguas leyes emplean la expresión “löskae maen” por oposición a los “bönder ek bolfasti maen”, es decir, a los propietarios territoriales y personas que tienen una residencia fija como los arrendatarios” (pág. 169).

174 Pérez Pujol supo sorprender este hecho: “Lo único que puede dudarse —dice (*Instituciones sociales de la España goda*, IV, 349)— es si los no propietarios tenían el derecho de utilizar con sus ganados las hierbas comunes; porque San Isidoro dice prados comunes de vecinos, mientras que el *Fuero Juzgo* dice comunes de consortes y de hospites, de los propietarios de entre quienes se verificó el reparto. Sin embargo, si se tiene en cuenta las circunstancias, la diferencia de palabras se explica, y el sentido viene a quedar el mismo, porque dadas la extensión que entonces tenía la servidumbre de la tierra y la condición semiservil de los colonos, no quedaban, o quedaban apenas, en el cam-

que el hecho domina al derecho, es muy lógico que se reputase como vecino, en el sentido normal de la expresión, a este "Iöskae maen", que había logrado, por virtud de una excepción que se generaliza, el goce práctico de los derechos que la vecindad concedía.

Esta transformación no ha pasado desapercibida a los autores. Lattes, citando un ejemplo de aldea lombarda¹⁷⁵, exalta el valor del origen económico de las agrupaciones rurales y la importancia del vínculo vecinal que viene a mantener el municipio político¹⁷⁶. Como residuo de ese momento queda a los municipios medievales una larga tradición, que va desde la admisión de particulares vínculos para los antiguos vecinos¹⁷⁷ hasta la obligación de poseer bienes inmuebles en el territorio municipal¹⁷⁸. Insistentemente se impide vender heredades a quien no es vecino¹⁷⁹, e incluso se forja un especial retracto

po, jornaleros mercenarios, ni más trabajadores libres que los propietarios en pequeño, possessores romanos y consortes godos, o cultivados por títulos como de locación bucelarios y precavistas, es decir, los elementos que en conjunto formaban el consejo rural, el conventus vicinorum del Fuero Juzgo y de San Isidoro."

175 Lattes, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, pág. 154, con ref. a Cannobio.

176 Op. cit., págs. 157-158. En Cannobio, dice: "Si troverebbe un esempio di comune rurale, in cui la vicinia s'e trasformata direttamente in comune politico."

177 Es el caso de esa aldea lombarda, Cannobio, en cuyo volumen *Consuetudinum* se establece el reconocimiento de la especial constitución como cuerpo cerrado de las familias de los antiguos fundadores y poseedores de las tierras: esas familias están unidas por vínculos particulares que sintetiza el nombre de "vicinatico". Del proemio parece deducirse que los nuevos inmigrantes estaban sujetos a diversa condición, se llamaban habitantes pero no les correspondía exactamente el término de vecinos. Lattes, op. cit., pág. 154.

178 Conf. Roberti, *Svolgimento storico*. El señor Lacarra puso bien de relieve en su interesante comunicación a la Semana de Historia del Derecho Español (Madrid, abril-mayo 1932) que también en diversos municipios navarros se exigía la propiedad en su término para poder gozar de cierta condición vecinal, incluso en el círculo de la vida procesal.

179 Fuero de Alcalá de Henares, párr. 60: "Todo ome que vendiere hereditat ad ome de fuera de villa... peche XII marabedis e torne la he-

que pueden ejercer los vecinos, en el nuevo concepto municipal de la palabra, como los antiguos vecinos "proximi" o colindantes¹⁸⁰.

Los bienes consorciales son ahora bienes municipales, como el "empriu" levantino o el "exitus" leonés. La nueva configuración es perfectamente explicable viendo que los antiguos vínculos vecinales estaban en manos del mismo grupo de consortes que en este otro momento continúa controlándolos. Decir ahora que aquellos bienes los gozasen todos no es más que una terminología de mayor amplitud que eficacia. Ella aparece lógicamente unida a la necesidad de tales pastos o aprovechamientos¹⁸¹. El último estadio evolutivo lo representa la dehesa "de villa"¹⁸², que no debe confundirse con los casos de dehesa "de fundación"¹⁸³, y que se relaciona con otros conceptos ex-

redat." Semejantemente, Zamora, párr. 76, y Ledesma, párr. 260 (publicados por Castro-Onís, Centro de Est. Hist.). Asimismo en Carvallada y Palenzuelos (publ. ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, VI, 447 y 448).

180 Un verdadero retrato viene a ser la limitación antes indicada. Cualquier vecino podía adquirir la finca vendida por otro vecino a persona forastera. Conf., en cuanto al germanismo del instituto, Beauchet, *Histoire de la propriété foncière en Suède*, pág. 297, y v. Amira, *Nord-germanisches Obligationenrecht*, I, pág. 573, con ref. a la ley Municipal de Visby.

181 Conf., sobre Sicilia, Sciacca, *Patti e l'amministrazione del Comune nel medio evo*, pág. 197, y Genuardi, *Terre comuni e usi civici*, página 34, aparte del interesante documento que Genuardi publica (páginas 93-95): "Quod cum la universitat di Sancta Luchia hagia unu comuni intru lu quali paxinu li animali di li habitaturi, sencza lu quali non purriano vivire..."

182 Dehesa de villa, en oposición a dehesa "de rege". Así Fuero de Lara (publ. Serrano, *Cartulario de Arlanza*, doc. XCV, págs. 179-180: "Defesa de villa qui cremaverit, quindicem solidos ad conceio in calumnia roget. Defesa de Palacio... Hominem qui in defesa de rege ligna abiderit et fueret preso...")

183 Aludo a las dehesas creadas al fundarse la villa o con posterioridad, por privilegio. Son esas dehesas de aldeas, mencionadas por el Fuero de Soria, párr. 36: "Si algunas aldeas an dehesas de pasto por cartas de los reyes o las ovieren daqui adelant, allí do el rey les quisieren fazer merced, que las ayan..."

presivos: tales, en los textos castellano-leoneses, “bago”, “estremo”, etc.¹⁸⁴.

El paso de lo consorcial a lo municipal se advierte en la generalidad de los documentos y parece un hecho probado en territorios románicos¹⁸⁵. La simple nueva terminología venía a demostrar su nueva caracterización como bienes de uso común¹⁸⁶.

184 El vocablo “bago” que aparece en el Fuero de Salamanca, párrafos 65 y 70, no está definido; es en todo caso terreno sujeto a reglas especiales. “Extremo” tiene, en el propio Fuero salmantino, un sentido de “ultimo loco”. El extremo, según el párr. 194, es lugar de pasto, y el párrafo 184 establece que su disfrute sea exclusivamente para los vecinos de Salamanca: “Nengún ome de su término con fijos et con mujer por todo el anno, e si non monten le el ganado, cada domingo VI carneros e II vacas.” La disposición del párr. 82: “en todo el estremo non aya nengún lavor, sino colmenar con su casa e su torre...”, podría relacionarse con la prescripción municipal sevillana, que ordena que las colmenas estén “en la xaras e en las sierras”. Conf., sobre esto, Carande, *Sevilla, fortaleza y mercado*, ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, II, 263.

185 Bognetti, *Sulle origini dei comuni rurali*, pág. 6.

186 Bognetti, loc. cit. Este escritor asegura que en Italia muchas tierras que en el siglo VIII figuraban en dominio y uso de los grupos consorciales, de los “comuni loci”, pasan a ser en el siglo X pastos y bosques comunes, conocidos con los nombres de “vicinalia”, “comunale”, “interconciliaricia...”.

CAPITULO III.

1. El poder eminente en los documentos medievales: problema del origen del poder eminente sobre el territorio y en especial sobre aguas, bosques y prados.—2. Especial alusión a las repercusiones del poder eminente en el régimen de los usos comunales.—3. La teoría de las regalías en la Dieta de Roncalia.

1.—Los documentos de la Edad Media nos hablan frecuentemente de la intervención de los monarcas en el régimen de ciertas tierras. Nuestros fueros hacen ver que los reyes tenían el derecho de conceder privilegios para hacer dehesas¹⁸⁷. Fueros y Cartularios hablan de montes apropiados por el monarca¹⁸⁸. Los reyes poseen, además, un dominio general sobre el territorio. Baste recordar las muchas confirmaciones de posesiones que se encuentran hechas por el rey, a solicitud de los particulares; no se trata sólo de bienes adquiridos en la guerra o sobre los cuales pudiese haber alguna discusión, del tipo de los confirmados en las Cortes de Huarte¹⁸⁹. Schupfer ha lla-

187 Fuero de Soria, párr. 36: "Si algunas aldeas an dehesas de pasto por cartas de los reyes..." Una confirmación de esto se da en el *Cartulario del Monasterio de Vega*, doc. 38, pág. 52, 30 marzo 1133.

188 *Cartulario de S. Salvador del Moral*, doc. I, pág. 13, 18 marzo 1068, Sancho II: "Concedo... plenariam licentiam de pascere et de star per omnes meos montes sive in Asturiis sivi in extremis partis..." *Libro de los fueros de Castiella*, párr. 54: "Esto es por fuero: que si en monte de rey o en monteliõ sy fallaren y taiando de noche o de dia..."

189 Conf. Ramos, *Un documento importante para los orígenes de la legislación aragonesa*, en *Spanische Forschungen der Goerresgesellschaft*, I, 385.

No importa aquí la discusión sobre autenticidad del documento en cuanto negar ésta no aminora el valor pintoresco del relato: que será en

mado la atención sobre el hecho de que, algunas veces, se trata incluso de bienes procedentes de herencia¹⁹⁰. La idea estriba, pues, en reconocer en el monarca un derecho eminente de dominio sobre las tierras todas del Estado.

La realidad medieval limita, sin embargo, ese derecho a determinadas categorías de bienes. Y ello plantea en términos concretos el problema del origen.

Schupfer alude a la procedencia oriental del concepto, y asegura que incluso existe en Roma, con la "possessio" del "ager publicus"¹⁹¹; pero se nos antoja excesiva la afirmación de esta similitud. Es preciso, en nuestro entender, referirse al momento medieval y pesar bien las circunstancias económico-sociales que rodean su producción. Ya Tamassia notaba que la propiedad de uso colectivo entre los longobardos "parecía como incorporada en el patrimonio regio"¹⁹². La construcción monárquica del Fisco apoya ese régimen. Lo público y lo regio se identifican¹⁹³ y no es difícil pensar en que si lo de la comunidad aparecía como regio, se pretendiese que fuese regio todo lo de la comunidad. Por otra parte, el rey no perdió nunca cierto especial dominio sobre los territorios objeto de una anterior concesión: eso se da sobre los terrenos fiscales entregados a monasterios en el sur de Francia durante la época carolingia¹⁹⁴, y encuentra ejemplos radicales en Italia, donde, por ejemplo, el rey da a los ciudadanos de Cremona goce de

todo caso siempre una confirmación de posesiones hecha de acuerdo con las ideas de la época, no importa si por un falsario.

190 Schupfer, *Il diritto privato dei popoli germanici*, II, 106.

191 Schupfer, op. cit., II, 105.

192 Nino Tamassia, *Le alienazioni dei fondi*, pág. 194, cit. por Roberti, *Dei beni appartenenti alle città*, pág. 17.

193 Conf. mi art. *Significato storico degli "empriu"*, *Riv. di Storia del Dir. Ital.*, V, 1932, fasc. III. Baste recordar la sinonimia expresada en los vocablos "strada publica", "camí real", etc.

194 Conf. P. Imbart de la Tour. *Les colonies agricoles, Mélanges Paul Fabre*, pág. 152: "Le roi s'était bien, il est vrai, dessaisi de sa terre, mais il gardait toujours sur elle un droit antérieur, supérieur et éminent, et si complète que fût la donation, elle ne mettait jamais entièrement hors de sa main les terres qu'il avait données. Il y eut là un état de fait qui ne fut jamais bien défini".

pastos sobre terrenos episcopales¹⁹⁵. Colabora con estas ideas la particular situación de los bienes, singularmente en materia de tierras incultas y terrenos bosquivos.

Las tierras incultas corresponden al monarca en la vida medieval. Su régimen, si es verdad que puede haber sido motivado por influjos romanistas¹⁹⁶, puede haber surgido también en algunos casos como consecuencia del reparto hecho después de la Reconquista. Nótese, por ejemplo, que en Valencia el monarca se reservó el derecho de recobrar las heredades no puestas en cultivo¹⁹⁷, y nótese asimismo que las donaciones de tierras se hacían “para poblar”¹⁹⁸. Por otra parte, los documentos muestran que al soberano se le reputaba propietario de todas las cosas sin dueño¹⁹⁹. Y en época de escasa población sólo se apropiaron determinadas reducidas extensiones; los textos altomedievales hacen ver que era abundante la tierra inculta²⁰⁰.

El poder eminente, en el caso de aguas, bosques y prados, puede tener otro origen. Aunque pueda pensarse que algunas veces, sobre todo en territorios románicos, el dominio de las aguas y montes haya de enlazarse al de las cosas no apropiadas²⁰¹.

195 M. Roberti, *Dei beni appartenenti alle città*, págs. 51-52.

196 Un caso puro de esa construcción es el ofrecido por Indias. Ver Otis, *El derecho de propiedad en Indias*, ANUARIO, IV (1928).

197 Cárdenas, *Ensayo sobre la historia de la propiedad*, II, 74-75, apoyándose en el libro de Branchart: “También pertenecían a la corona todas las tierras incultas: las realengas, como adquiridas por derecho de conquista, y las enclavadas en términos de señorío por haberse reservado don Jaime el derecho de recobrar las heredades que no se hubieran puesto en cultivo fuera de los términos de Valencia y Játiva, a fin de poderlas dar a otros vasallos que las cultivasen...”

198 Así en las Cartas Pueblas: “ad populandum”.

199 Brutails, *Étude sur les conditions des populations rurales*, página 82. Hinojosa, *El régimen señorial*, pág. 28. Los documentos de la Marca Hispánica son muy interesantes. Como ej., *Marca Hispánica*, 3 abril 937, col. 848-849; 9 julio 981, col. 925.

200 Así lo dan a entender los Cartularios y algunas frases de fueros sobre roturación.

201 La práctica aparece en un documento de 1016, pub. por Carerras Candi (*Lo Montjuich de Barcelona*, Barcelona, 1903, págs. 182-188). Se trata de un tribunal condal que se ocupa de un litigio sobre una tierra

El origen de esta apropiación de los montes no está claro. Brutails ha aludido a la aceptación legal del hecho consumado²⁰². Sería preciso valorizar una posible relación genética frente a un poder inicial de policía, en relación con la tutela de los árboles frutales²⁰³. De no aceptar esta idea genética extraordinariamente viva entre nosotros²⁰⁴, habría que pensar en otra construcción con base más bien política que patrimonial²⁰⁵.

dejada yerma; la sentencia declara que no pertenece a ninguno de los litigantes sino al monarca, como otras de esa condición: "Melius et verius esse hec terra iuris principalis sicut et cetera spacia heremarum terrarum." Ver Hinojosa, *Régimen señorial*, pág. 39. También, sobre Valencia, Cárdenas, *Historia de la propiedad*, I, 292-293. Brutails, *Etude sur la condition*, pág. 244, recuerda que las tierras incultas del Rosellón pasan a los condes y se incorporan al dominio real. Séé, recogiendo esas ideas, afirma que allí no hay usurpación, porque esas tierras no tenían propietario. Séé, *Les classes*, pág. 491.

202 Brutails, op. cit., pág. 82: "Dans le chaos d'où est sortie l'organisation féodale, les biens, quelle que fût leur nature, devenaient la chose de qui était assez hereux pour les obtenir où assez puissant pour s'en emparer. Princes, barons, communautés, particuliers, chacun s'appropriait se qu'il put..."

203 La tutela de los árboles frutales, que es plenamente germánica (conf. L. Beauchet, *Histoire de la propriété foncière en Suède*, página 549), se encuentra exaltadamente desarrollada en España. Baste referirse a los textos *Lex Visig.*, VIII, 3, 1; Fuero de Soria, párr. 229; de Alba de Tormes, párr. 88; de Zamora, párr. 55, etc. Me ocuparé de ello en el artículo *Sui damni reccati agli alberi per uomini o greggi*, en *Rivista Ital. di Dir. pen.*

204 Basta considerar el detalle de alguno de los textos citados en la nota anterior. Es muy expresivo. *F. de Soria*, párr. 229: "Qui cortare arbor ajeno que levare fructo, commo mançano o peral o membrellar, peche por el tronco v mr.; por el braço que se toviere con el tronco, peche 1 mr.; por la rama medio mr..."

205 Encontramos que lo que en un momento ha pertenecido al grupo pasa al monarca. Tenemos una idea del avance en el capitular 188 (MG., págs. 252-253). Influyen, sin duda, reglas consuetudinarias difíciles de averiguar. Luego, como nota Solmi (*Ademprivia, Archivio Giur.*, 72, 416): "In virtù della sua posizione sovrana e per l'esercizio delle funzioni amministrative e giurisdizionali, il signore estende su tutte le terre, non soggette a privata proprietà, un titolo di dominio eminente, che in sua origine deve aver conservato carattere pubblico, ma che in progresso di tempo si sforza a diventare una manifesta-

En contacto con estos conceptos aparece el derecho general a pastos que el monarca tiene. Mayer ha dicho que se trata de una derivación de los "iter agentes" visigóticos ²⁰⁶. Más probablemente procede del mismo derecho del monarca sobre los montes, bosques, aguas y tierras incultas; es decir, sobre la superficie pastoril de su reino. En todo caso no debe llegarse a dar a estos elementos una repercusión de valor unilateral y totalitario. La asimilación a la "cabaña regia" pudo ser en algunas ocasiones un privilegio de protección o tutela bajo el "mundium" regio ²⁰⁷.

2.—En relación con estos problemas, pero en gran contacto al propio tiempo con las investigaciones que atiendan la gestación evolutiva de los "usos comunales", está la cuestión tan importante de la repercusión que el "poder eminente" tenga en aquella esfera.

Hay que recordar ²⁰⁸ que el hecho de que encontremos lograda la etapa municipal en la evolución de los bienes de "con-sortes" no quiere decir, en modo alguno, que todos los casos de usos comunales procedan semejantemente. Como norma se

zione di diritto patrimoniale... le terre libere di appropriazione privata, e già sottoposte al godimento collettivo degli abitanti, continuano a servire all'uso comune, e soltanto il signore feudale pretende di conseguire un tributo per l'esercizio di questi diritti, come corrispondenza per la sua autorità di regolare l'azione sociale, e come riconoscimento del suo diritto, di origine feudale, sulle terre vacanti o non pienamente compresi nell'ambito della proprietà allodiale."

206 Partiendo de la idea visigótica de "iter agentes", se reconocía en la Edad Media el derecho a pastar en favor de los ganados de paso. Más tarde eso se limita y se van imponiendo tributos, montáticos y herbáticos. Queda exento sólo el rey, y el rey extiende su privilegio a los ganados que desea favorecer. "La figura jurídica consiste —dice Mayer (*Historia de las instituciones*, II, 231)— en que los rebaños del rey podrían pastar en todo el reino, y que este privilegio se transmite a rebaños de propietarios privados..."

207 La ampliación del privilegio, ej. en el doc. de 1217, publ. por Rodríguez (*Fernando III*, pág. 256): "pascant et ambulent secure, ubicumque ganata mea habuerint ambulare", no puede tener un significado general. La idea del mundio se ve frecuentemente en textos citados por el propio Mayer (loc. cit., II, 231, n. 45): "recipio sub protectione et defensione mea".

208 Con referencia a lo anteriormente sentado.

puede aceptar que en el municipio rural esté clara la procedencia. Es más, el propio concejo encuentra su origen en grupo de los "consortes"²⁰⁹; pero sería peligroso sostener que siempre suceda así. Muchos de nuestros municipios medievales, consecuencia del régimen dominante en la obra de repoblación, nacen en virtud de un reglamento o contrato. No es posible pensar que en todo el territorio asturleonés, y mucho menos en la meseta castellana, se fuese a reconstruir la situación jurídica anterior. Si ésta hubo de pesar, en tanto estaba en la propia naturaleza de las gentes y se ajustaba a las exigencias del sistema económico, no cabe convertirla en norma dominante. Y frente a ella, es forzoso pensar que la realidad de la obra de reconquista vació de nuevo la estructura jurídica básica. Por un lado es lógico que en la constitución de los nuevos núcleos de población se procure dejar atendidas las necesidades de los pobladores; pero no debe ocultarse que, gracias al nuevo sistema, reyes y señores logran un derecho amplísimo sobre los territorios reconquistados²¹⁰. Esta estruc-

209 Sin llegar a las exageraciones que la tesis puede producir, Díez Canseco reconocía gran importancia a este influjo. Para este ilustre profesor (*Notas para el estudio del Fuero de León*, ANUARIO, I, 342) el origen del concejo está en la vida económica y "sobre todo en la existencia de montes, prados y dehesas comunes".

210 Bien se expresa en materia de atribuciones sobre tierra indivisa y respecto los "crema". En el sentido de que el origen de esas atribuciones sea un posible derecho de propiedad sobre la totalidad del territorio repoblado, conf. Lattes, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, pág. 386.

Caso extraordinariamente interesante, por cuanto se produce en territorios conquistados y bajo enorme presión de derecho romano, el de las prescripciones de los Fueros de Valencia. Jaime I concedía ya amplísimo derecho de usos comunales (leña, cal, yeso, piedras para molinos, etcétera): "Donam j atorgam per tostemps que en tots lochs castells, viles, alqueries torres mases j lochs qualsquesien altres tots e en les habitacions dins lo regne bastides o a bastir axi de richs homens com de cavallers com de bisbes com de lochs religiosos j de ciutadans puscats francament j liurement sens tot servi forçats que no siats tenguts de fer a nos ni als nostres e sens tota altra redempció daltri pendre, levar, trer, fer portar, j fer tallar fusts menuts grossos poch e grans calç guix e algepç moles j rodes de molins j pedres a mellorar e afer e a edificar los statges vostres cases torres e totes altres heretats vostres dins lo

tura puede ser en unos casos tan holgada que permita una am- plísima vida comunal del tipo de las aldeas libres estudiadas por Sánchez Albornoz²¹¹. Puede también, en otras ocasiones, reglamentar seriamente la vida campesina, como sucede en al- gunos ejemplos de repoblaciones señoriales²¹²; los derechos de leña y pastos aparecen, incluso en tierras germánicas, durante la Edad Media y con motivo de la fundación de ciudades, como concesiones²¹³. Estas concesiones, es verdad, pueden llegar a

mur de la ciutat j tots los altres lochs en qualque loch que sien dins lo regne e a tots altres vostres usos: e encara a vendre j en altra manera alienar." Asimismo se concede por el monarca un derecho general de pasto sobre todo el territorio del reino, bien que obligándose a pagar los daños; incluso la concesión de dehesas como real privilegio debía tener presente principios análogos. Conf. *Fueros de Valencia*, I, 2, 1: "Atorgam quels pobladors de la ciutat j del terme de Valencia haien pastures franques j liures pels termens de les viles dels cavallers j dels clergues j dels religiosos dera e era j de cequia a cequia... Et si faran tala en blats o en vinyes smenen aquella j si talaran arbres donen cinch sols smenada primerament la taula." Idem, I, 2, 2: "Tot bestiar de Valencia tanbé de cavallers com daltres pusque iaure dins los termens de la ciutat, j esser franquament j liurement j hauer aqui pastures sens carnatge, erbatge j beuratge, que nos ne nengu ne deman ne prena per ningun temps..." Idem, I, 2, 3: "Cavaller ne altre no pusqua fer vedat en alcun loch dintre lo terme de la ciutat ne del regne sens nostra licencia j sens perjudici daltre: mes pusqua fer bovalar covinent segons la valor j le granea de la villa en la qual fer vollrá."

211 Conf. Sánchez Albornoz, *España y Francia durante la Edad Media*, *Rev. de Occidente*, II, pág. 307: "Los condes encargados de la repoblación de una comarca establecían pequeños grupos de familias sobre las ruinas de una antigua villa romana o de un antiguo vicus. Tales familias edificaban sus viviendas formando minúsculas aldeas y constituían comunidades locales de vida independiente y personalidad jurídica indudable. Estas agrupaciones rurales poseían colectivamente los campos de labor y en común aprovechaban aguas, prados, montes, res- trojos, molinos y salinas. En los diplomas aparecen viviendo libremente y disputando o contratando de igual a igual con obispos, monasterios o magnates."

212 Un ejemplo de reglamentación del régimen de los montes, como consecuencia de contrato agrario colectivo, en las cartas de Albepierre y Combrelles, estudiadas por Roger Grand, *Nouv. Rev. Historique*, XXVII, 1903, págs. 272-273.

213 Ejemplos de este tipo en Alemania las fundaciones de Hambur- go y Leipzig, en Keutgen, *Urkunden zur Stadtischen Verfassungsges-*

ser derechos propiamente espectadores a los vecinos, merced a una evolución que no carece de ejemplos en la historia ²¹⁴.

Las pretensiones de dominio señorial deben construirse de un modo paralelo a la manera como se da la evolución de aquellas aldeas libres que se convierten en behetrías ²¹⁵. Precisamente en el *Becerro de las Behetrías* encontramos que el señor cobra un canon o tributo especial por la utilización de los encinares ²¹⁶. La base de las atribuciones que los señores van logrando sobre los terrenos ya jurídicamente construídos como de uso comunal es la usurpación. La usurpación, como medida sistemáticamente utilizada en la época merovingica, ha sido la tesis de Inama-Sternegg sobre la formación de los grandes señoríos territoriales ²¹⁷. Inama procede con demasiada rigidez: sus conclusiones han quedado casi anuladas después de la crítica a que las ha sometido un joven discípulo de Dopsch, Silvester Hofba-

chichte, págs. 64-66. El párr. 3 del Estatuto de Leipzig concede: "Ipsius vero silvam quam Luch dicimus ad usum civium tam in gramine quam lignis et piscibus collocavit." En tierras latinas, algún ejemplo en Sicilia; así las concesiones de los "iura pascendi et lignandi". Ver Genuardi, *Terre communi e usi civici*, págs. 20-25.

214 Así los usos comunales creados en favor del conjunto de gentes colonicas en los saltos africanos. Henri Sée se ha referido a ejemplos más recientes (*Les classes rurales*, pág. 519).

Debe verse, asimismo, la posible transformación de las concesiones bosquivas ligadas a ciertos contratos, como al "complant" francés. El Cartulario de Mâçon, pág. 214, recoge un caso de cesión del uso del bosque para leña de los setos. "Potestatem habeant utendi ea [silva] sepiis faciendi ad vineam." Otros textos en Grand, *Nouv. Rev. Hist.*, XXXVIII, pág. 191, n. 2.

215 Conf., sobre todo este problema, el maravilloso estudio de Albornoz, *Las Behetrías*, ANUARIO, I (1924).

216 Ej. en el *Becerro*, ed. Fabián Hernández, Argomedio (fol. 94, v.): "Dan cada año por infurcion cada uno al señor cuyos vasallos son fanega e media de pan por medio trigo e cevada. Et el año que ay monte que da cada uno un tozino e tres mars." Viomales (fol. 147): "Los de la behetría dan por infurcion al señor el año que ha monte cinco puercos e un tocino." Viespares (loc. cit.). "Dan cada uno de los que moran en la behetría al señor el año que ha monte un tocino..."

217 Karl Theodor Inama-Sternegg, *Die Ausbildung der grossen Grundherrschaften in Deutschland während der Karolingerzeit*, Leipzig, 1879. Además, se ocupa en su *Deutsche Wirtschaftsgeschichte bis zum schluss der Karolingerperiode*, 2.^a ed., Leipzig, 1909, I, págs. 370 y sigs.

uer ²¹⁸. Hofbauer estima que no es posible sostener una ocupación de marca en los términos planteados por Inama ²¹⁹. Por lo pronto, la transformación de la marca tiene varias causas y no es científico interpretar unilateralmente el hecho de la parcelación ²²⁰. Además, la pérdida del derecho de los comarcanos (consortes o vecinos) no se da como Inama pretende, ya que aun en la época carolingia encontramos marcas libres ²²¹. Ahora bien: lo que quizá no tiene fuerza suficiente para sostener toda la construcción es sobradamente valorizable como síntoma. Son muy numerosos los textos que recuerdan que los señores logran imponer sobre los territorios gozados comunal y libremente, cuando no la aceptación de su apropiación, el reconocimiento de su dominio y la consiguiente exacción tributaria ²²².

²¹⁸ Silvestre Hofbauer, *Die Ausbildung der grossen Grundherrschaften im Reiche der Merovinger*, Wien, 1927, en "Veröffentlichungen des Seminar für Wirtschaft-und Kulturgeschichte", herausg. Alf. Dopsch, volumen 3.

²¹⁹ Op. cit., principalmente págs. 86-87.

²²⁰ Escribe Hofbauer, después de discutir el valor que Inama otorga al capitular de Ludovico II, de 850 (op. cit., pág. 89): "Die ältesten Marken, von denen wir wissen, sind alle grundherrlich. Diese haben sich später oft frei gemacht von der Grundherrschaft. Häufig bestanden gemischte Marken: Ein oder mehrere Grundherren und freie Bauern hatten gemeinsame Nutzung an einer Mark, oder an einem Wald. Bei Stritigkeit kann es oft zu Markteilungen."

²²¹ "Die Uebergriffe in bezug auf die Marknutzung —escribe Hofbauer (loc. cit., pág. 89)— sind sicher so alt, wie die Grundherrschaften und die Markgenossenschaften selbs. Das war durch die ganze konfiguration der Grundbesitzverteilung, die Streulage, von vernherein veranlasst, hat aber gerade dort wo wir aus späteren Quellen näheren Einblick gewinnen, keineswegs immer den von v. Inama behaupteten Verlust der Marknutzung auf Seite der freien Markgenossen bewirken können. Sonst hätten nicht im späteren Mittelalter noch in der nachkarolingischen Zeit, freie Marken doch bestehen können." También, sobre este punto, Dopsch, *Die Wirtschaftsentwicklung der Karolingerzeit*, I, pág. 390.

Contra la tesis de la usurpación concebida como idea general, escribe Bognetti, *Le origini dei comuni rurali*, pág. 202. Frente a la opinión favorable de Checchini, la única objeción que se le ocurre es el hecho de una marca aludida en la fórmula sangallense (MGH. Formulae, págs. 383-403).

²²² La situación previa de esas marcas está bien advertida por Ha-nauer, *Les paysans de l'Alsace au moyen age*, pág. 47. Des Marez en su

El desarrollo de las pretensiones monárquicas es distinto. Aparte de que en los países cuya vida medieval deriva de la obra colonizadora, que es consecuencia de un esfuerzo bélico atribuido al ejército real, frecuentemente esos territorios quedan sometidos a un cierto derecho de dominio que explica diversas concepciones e incluso figuras jurídicas tardías²²³, la intervención del rey se concibe en virtud de dos movimientos colaborantes: la aproximación de los bienes comunales a la categoría de bienes públicos, bienes del Estado, y, por consiguientemente

Etude sur la propriété foncière dans les villes du moyen âge, pág. 112, lo comenta también diciendo que "primitivement la communauté dispose elle même librement de son allmende, en regle l'usage parmi ses membres et peut seule autoriser la transformation de certaines parties en propriété privé. Dans la suite, quand la communauté perd son ancienne indépendance, le seigneur soit laïque, soit ecclésiastique s'empare de ça comune, en prenc la direction et force les usagers a lui prester certaines redevances..." Verdad es que no faltan casos en que el traspaso se produce por donación; ejemplos en Höniger, *Rotulus Andernacensis*, pág. 167, y Kruse, *Verfassungsgeschichte der Stadt Strasburg*, págs. 56-57. En el ejemplo citado en Hoeniger, consta que la cesión se hace de buen grado; pero es posible que allí se usurpase incluso ese buen grado. También sobre el pago, Des Marez, op. cit., págs. 123-125, que presenta algunos ejemplos muy interesantes y recuerda un relato de la crónica de Galberto de Brujas (ed. Pirenne, párr. 55). A este respecto y con referencia a la usurpación es interesante el decreto de Alfonso V de Aragón, Valencia, 14 septiembre 1426, ordenando a los barones y feudatarios sardos restituir los "salti" y "termini" ocupados a la ciudad de Alguer. Conf. Era, *Le Raccolte di carte di Alghero*, I, doc. 104 (pág. 85). Con noticias de época posterior y sobre territorios valencianos, mi artículo *Discussió sobre un "Dret d'herbegar"*, *Anales del Centro de Cultura Valenciana*, V, 1932, páginas 175-181.

223 Sólo por un reconocimiento tácito de la propiedad general y cmi-nente del monarca sobre el territorio, se conciben algunas de aquellas atribuciones que admiten los documentos medievales españoles y que Mayer ha puesto de relieve, bien que entendiendo que se trata de algo excepcional. Mayer, *Historia de las instituciones*, II, 229-230: "En algunos distritos se atribuye al rey los erema..."; "con frecuencia otorga el rey el derecho de roturar con independencia de la voluntad del concejo..."; "el derecho soberano del rey en la marca aparece nuevamente con el posible acotamiento de un vedado, es decir, un distrito exceptuado de la utilización general"; "...conserva ante todo el rey, por privilegio, un derecho en los pastos de todo el ámbito de su reino...".

te, bienes controlables por el príncipe ²²⁴ y la formación de la teoría de las regalías ²²⁵. Enlazadas esas ideas y fortalecidas por la realidad de algunos hechos favorables, como el mencionado dominio del rey sobre los montes, no es difícil concebir la amplitud de su repercusión y la base que daban incluso para las más atrevidas pretensiones de la realeza.

3.—No existe un trabajo que recoja en relación a España, ni siquiera en términos generales, la construcción de la teoría de las regalías. Fuera de España hay que citar el estudio de Blondel, publicado en "Mélanges Fabre" ²²⁶ y el recentísimo de P. W. Finsterwalder ²²⁷. Este, más de conjunto y más histórico que jurídico, no trae alusiones concretas al problema. Frecuentemente hay que acudir aún a otros estudios generales y monográficos.

La palabra "regalia" aparece ya claramente en el concordato de Worms de 1122 ²²⁸. Solmi dice que también en el

²²⁴ El momento de esta aproximación se encuentra registrado en tierras de Levante, con el *Usatge* 72: "Stratae et vie publice, acque currentes et fontes vivi, et prata et paschua, silve et garrice et roche, in hac patria fundate, sunt de potestatibus, non ut habeant per alodium vel tenant in dominio, sed ut sint omni tempore ad empramentum cunctorum populorum, sine ullius contrarietatis obstaculo et sine aliquo constituto servitio." Ver, sobre esto, Solmi, *Ademprivia*, *Arch. Giur.*, LXXII, 1904, pág. 420.

²²⁵ El valor de este subsidio ha sido bien atendido por Hanauer (*Les paysans de l'Alsace au moyen âge*, pág. 46), quien exalta la aproximación, sobre todo por "la théorie romaine, assez goûtée des rois francs, laquelle adjugeait au chef l'État tous les biens vagues ou incultes...".

²²⁶ Georges Blondel, *Etude sur les droits régaliens et la constitution de Roncaglia*, *Mélanges Fabre*, págs. 236-257.

²²⁷ Paul Willen Finsterwalder, *Die Gesetze des Reichstags von Roncaglia*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Germ. Abt., LI, 1931, 1-69.

²²⁸ En Worms el pacto entre Enrique IV y Pascual II habla de ciudades, ducados, marcas, monedas, teloneos, mercados, "advocatas" del reino, "iura centuriorum et curtes, quae manifeste regni erant, cum pertinentiis suis, militiam et castra regni". Conf. en MG., *Constitutiones*, I, núm. 85.

Sobre las regalías en el texto de Worms, H. Rudorff, *Zur Erklärung des Wormser Konkordats*, Weimar, Böhlau, 1906, en "Quellen und Studien zur Verfassungsgeschichte des deutschen Reiches in Mittelalter und Neuzeit", herausg. K. Zeumer, pralmente, págs. 24-35.

tratado de VIII para la solución de la lucha de las investiduras²²⁹. “Regalia” parece referirse a los derechos propios de la autoridad pública. El Precepto de Enrique IV declara: “possessiones et regalie beati Petri... sanctae ecclesiae romanae restituo”²⁸⁰, donde “regalie” son, sin embargo, las donaciones reales²⁸¹. En realidad, el sentido jurídico del vocablo no aparece bien definido hasta la Dieta de Roncalia²⁸², que enumera la serie de los derechos imperiales. Blondel reconoce que la constitución “De regalibus”, incorporada a los “Liberi feudorum” (II, 56) es uno de los documentos más instructivos para el estudio del derecho público medieval referido a “la traducción práctica de la idea de la soberanía”²⁸³. Hay que tener en cuenta la significación de aquellos actos²⁸⁴.

En Roncalia se hace un elenco de los derechos que quedaban en manos del emperador. Allí se mezclan los elementos políticos con las instituciones patrimoniales. Enuméranse “ducatus, marchis, comitatus, consulatus, monetas, thelonia, fodrum, vectigalia, portus, pedatica, molendina, piscarias, pontes, omnénque utilitatem ex decursu fluminum provenientium nec de terra tantum, verum etiam de suis propriis capitibus census annui redditionem”²⁸⁵.

En la “Lombarda” figuran como regalías: “arimanie, viae

229 Solmi, *Storia del diritto italiano*, 3.^a ed., pág. 736.

230 Conf. MGH, *Leges*, II, págs. 75-76.

231 Blondel, loc. cit., con ref. a Brunner, *Sitzungsberichte Acad. Berlin*, LII, 1885.

232 Arrigo Solmi, loc. cit. Ver su estudio *Le diete imperiali di Roncaglia*, *Atti della R. Deput. di st. patria per le prov. parmensi*, X, 1910.

233 Blondel, *Etude sur les droits régaliens*, pág. cit.

234 Es preciso recordar que en Roncalia se determinaban los derechos del Imperio frente a las usurpaciones de los Municipios. Como se ha notado (Solmi, *Storia*, pág. 530), en Roncalia se había querido frenar el movimiento de la independencia municipal, reivindicando para el emperador los derechos soberanos que se atribuían los concejos, y por eso se colocaron en las ciudades jefes (*dominus, potestas*) de nombramiento imperial y como garantía de los supremos derechos teóricamente atribuidos al emperador. Frente a la “Constitutio de regalibus”, 1158, la “Pax Constantiae”, 1185, después de la victoria comunal de Legnano, es la decadencia del Imperio y el triunfo municipal.

235 Conf. Rahewin, *Gesta Friderici*, IV, 7.

publicae, flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia, portus, ripatica, vectigalia, que vulgo dicuntur telonia, moneta, mulcta poena compendia, bona vacantia..."²³⁶. Y Baldo, hablando de Federico I, exaltaba el impulso de la soberanía, radicante esencialmente en la jurisdicción²³⁷. De ese índice pueden deducirse algunas regalías en relación directa con el dominio eminente sobre los campos; aparte de los "bona vacantia", los derechos sobre ríos ("molendina, piscarias, pontes, omnemque utilitatem..."). Averiguar la procedencia de tales atribuciones importa mucho para valorar la construcción de la teoría y su resonancia hispánica. Blondel ha afirmado que en la "Constitutio de regalibus" se trata de principios germánicos disimulados por apariencias romanas; era la boga de lo romano que dominaba: el propio Federico en sus discursos repetía textos de derecho romano²³⁸. Para Blondel es difícil buscar origen romano a esos derechos: dejando aparte el de nombrar magistrados, que en el propio derecho justiniano se hacía por elección, no pueden relacionarse, dice, los derechos sobre minas, salinas y caminos.

Esta tesis, así expuesta, no nos parece aceptable, ya que la raíz romana tuvo que encontrarse forzosamente en algunos territorios. Ahora bien: es perfectamente posible llegar a levantar toda la teoría de las regalías sin necesidad de apelar a persistencia de institutos romanos. No puede pensarse, por ejemplo, que el régimen de regalías en derecho escandinavo proceda de Roma²³⁹, y es concebible una teoría análoga a base de los derechos fiscales, principalmente, merced a ese dominio superior que sobre toda la tierra se atribuyeron los príncipes germa-

236 Ver texto en MG., *Leges*, IV, n. CIII.

237 Baldo de Ubaldí, *Consilia*, núm. 300. "In dei nomine. Ad evidentiam promitto, quod textus imperialis constitutionis Federici imperatoris sic dicit: Omnis iurisdictio et omnis districtus apud principem est, et omnes iudicis a principe administrationem accipere debent et ius iurandum praestare, quale constitutum est."

238 G. Blondel, *Etude sur les droits régaliens*, págs. 248-252; ejemplos, págs. 250-251.

239 Conf. L. Beauchet, *Histoire du droit de propriété en Suède*, páginas 62-63.

nos ²⁴⁰ y que entre nosotros está lógicamente apoyado por la estructura de la reconquista. Y no puede olvidarse que si en cierta forma aquella propiedad crea una soberanía, muy frecuentemente es la soberanía que va imponiendo ciertos derechos de propiedad ²⁴¹. Piénsese en la función y en la antigüedad de ese "Bannbezirke" estudiado por Hermann Aubin ²⁴². Sería preciso un estudio detallado y local para llegar a conclusiones de conjunto.

En España hay textos que pueden ayudar mucho a aclarar este problema sin necesidad de acudir a la comparación con el régimen mantenido en Indias ²⁴³.

Las Partidas acogieron aquel concepto: —"...et las rentas de las salinas et de las pesqueras e de las ferrerías et de los otros metales, et los pechos e tributos que dan los homes son de los emperadores et de los reyes" ²⁴⁴—, probablemente de los "Libri feudorum" ²⁴⁵. En el mismo sentido insiste el Ordenamiento de Alcalá ²⁴⁶. No sería, sin embargo, difícil encontrar an-

²⁴⁰ Referencias más modernas a esa idea, en Hinojosa, *El régimen señorial*, pág. 28.

La tesis tradicional puede estudiarse en Ficker, *Vom Reichsfürstentum*, como en la *Sybel's Historische Zeitschrift*, VII, 453-463. Blondel, hablando de la construcción de la teoría sobre los derechos fiscales de los monarcas alemanes (*Étude*, pág. 256), recuerda que desde que los germanos se fijaron definitivamente sobre el suelo, se reconoce al rey un derecho de dominio eminente "Obereigenthum", que ha podido calificarse de "Bodenregal"; y hace referencia al *preceptum regis* de la *Lex Sal.*, I, 4.

²⁴¹ La idea comunmente aceptada puede verse en Solmi, *Storia del diritto*, págs. 736-738.

²⁴² Conf. H. Aubin, *Die Entstehung der Landeshoheit nach nieder-rheinischen Quellen*, Berlín, Ebering, 1920, *Historische Studien*, heft. 143, pág. 287 principalmente.

²⁴³ Sobre las minas, por ejemplo, Ots, *El derecho de propiedad en Indias*, ANUARIO, I, págs. 51 sigs.; Solórzano, *Política indiana*, VI, I.

²⁴⁴ *Partidas*, III, 18, II.

²⁴⁵ Conf. *Libri feudorum*, II, 56. Sobre las relaciones entre ambos textos, el estudio de Román Riaza, *Las Partidas y los Libri feudorum*, Comunicación a la Semana de Historia del Derecho Español, Madrid, abril-mayo, 1932.

²⁴⁶ *Ordenamiento de Alcalá*, 32, 47: "Todas las mineras de oro e de plata e de plomo e de otra guisa qualquier, que minera sea en el senno-

tededentes puros ²⁴⁷. Quizá se trata aquí de un ejemplo de regalía fundado sobre el régimen patrimonial e incorporado a los derechos de índole señorial, luego adquiridos por el monarca. Otro es el caso de la regalía de los montes, más bien germánica: Pertenece al rey en derecho escandinavo ²⁴⁸. Derivada de apropiación monárquica es asimismo la regalía de caza, pesca y uso de bosques ²⁴⁹, consecuencia del dominio sobre bosques y aguas. Nótese que en derecho romano los animales cazables “ferae igitur bestiae et volucres et pisces”, eran “res nullius”, aptos para la libre ocupación ²⁵⁰. También en derecho germánico, exceptuadas las abejas, y salvado a favor del propietario cierto privilegio de cazar con determinadas artes ²⁵¹, era libre la caza. Caza y pesca son singular elaboración de la soberanía y el *bannus* o distrito regio ²⁵². No faltan ejemplos entre nosotros ²⁵³.

rio del rey, ninguno non sea osado de labrar en ella sin mandado del rey”; 32, 48: “Todas las aguas e poços salados, que son para facer sal, e todas las rentas dellas rindan al rey.”

247 Gerhart Seeliger, *Regalien*, en *Hoops Reallexikon*, III, 482, advierte que el “Bergregal” aparece en Italia en el siglo XI, y que es “muy anterior” (pág. 483) la regalía del metal y la sal.

248 Cl. v. Schwerin, *Regalien*, en *Hoops Reallexikon*, III, 485: “Ganz gleiche Verhältnisse schildert das jutische Gesetz in dem Satz, dass in der Allmende der König dem Boden und die Bauern den Wald haben.”

249 Conf. Brunner, v. Schwerin, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, 102: “Waldungen, Wildnisse, Gewässer, die im Eigentum des Königs standen, und solche, an denen er sich das Aneignungsrecht beilegte, konnten mittels des Königsbannes eingeforstet, zu Forsten (forestes, forestae) erklärt werden, indem sich der König oder der Stammesherzog die Nutzungen (Jagd, Fischerei, Holztrieb, Schweinemast, Viehweide) ausschliesslich vorbehält und jeden Eingriff in sein Recht bei Strafe der Königsbannes untersagte...”

250 Conf. Sohm-Mitteis-Wenger, *Institutionen, Geschichte und System des römischen privatrechts*, ed. 1928, pág. 294.

251 Ver L. Beauchet, *Histoire de la propriété foncière en Suède*, pág. 450.

252 Hace ver que caza y pesca se forjan paralelamente merced al influjo del *banno*. Ludwig Felix, *Der Einfluss von Staat und Recht auf das Entwicklung des Eigentums*, II, 1, págs. 559-561.

Sobre la pesca como viejo derecho de los *markgenossen*, Ludwig Klaiher, *Beiträge zur Wirtschaftspolitik oberschwäbischer Reichsstädte im*

En cuanto a la regalía de los molinos (*molendina*), si bien puede pensarse en antecedentes de la última época romana²⁵⁴ en el sentido de monopolio de producción, se explica como concepto patrimonial y deriva del régimen de las aguas²⁵⁵.

ausgehender Mittelalter, pág. 85, siguiendo a Schröder, *Lehrbuch der deutsche Rechtsgeschichte*, 6.^a ed., I, 226.

253 Ejemplo de concesión de caza por el monarca, privilegio de 1045 al monasterio de Santa Juliana, publ. en Muñoz, *Colección*, pág. 199. Ejemplo de pesca, Fernán González a Santa María de Rezmondo, en 969, publ. Muñoz, pág. 34: "Et ideo pro subsidio fratrum concedo Fredinando Gundisalviz ex meo imperio piscaría integra in aqua Pisorga de illo Saliceto de Molinos de Castrello de ripa in ripa cum suo profundo pelago usque in piscaria de Valle de Vite". Fuero de Villavicencio, 1221, publ. Muñoz, pág. 181: "Carreras, exitus, pescaderiae, montes, fontes, damus ad istos omnes de Villa Vicenzi." A veces queda en propiedad regia, como en el Fuero de Palenzuela, publ. Muñoz, pág. 277. "Et si homo de Palenciola fuerit captus in illo pelago Regis, qui est de Ponte usque ad Sanctam Mariam de palacio et in fanariego similiter cum retes, barredera, vel cum paradeyro, perdat istas duas retes." Casos de "Fischerei" en propiedad particular, Fuero de Miranda de Ebro, 1099, Muñoz, págs. 346-347; fuero de Toledo, 1176, Muñoz, pág. 381. Fuera de España, el caso de la concesión de pesquerías hecha en 943 por la iglesia de Ravenna a una *scola piscatorum* es bien conocido. (Ver L. M. Hartmann, *Zur Wirtschaftsgeschichte Italiens in fruheren Mittelalter*, página 27.)

Hace ver el movimiento pretencioso de la soberanía algún dato que permite concebir la pesquería como derecho señorial basado en la usurpación. Así nota Canseco (ANUARIO, I, 351, n. 1) que los tenientes de las torres de las murallas tendieron a asimilar su tendencia a la de los castillos terminados "y pretendieron ejercer los derechos que a éste correspondían y exigir las exacciones correspondientes, que se conocían y comprendían con el nombre de *castellaje*, entre los cuales estaba el tomar una parte de la pesca que se hiciera en los ríos del término adscrito al castillo", que en León era el alfoz. Recuérdese la lucha del momento en el asunto de las truchas, con sentencia desfavorable. Díez Canseco, loc. cit.

254 Conf. Flach, *Les origines de l'ancienne France*, I, 415, sigs., quien mantiene la tesis de que los derechos banales de la Edad Media derivan de los derechos públicos antiguos. Ver, sobre el molino y el horno, lo que dice Sée, *Les classes rurales*, pág. 409. También debe verse Viollet, *Établissements de S. Louis*, I, pág. 63.

255 Así v. Schwerin, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, Leipzig, 1919, pág. 130: "Es hat sich ein Jagdrecht, ein Bergrecht und ein

Para llegar a hacer una síntesis de los influjos que pesan en la formación del "dominium eminens" en relación con la idea de las regalías, habría que considerar también de qué modo éstas resucitaban un momento patrimonial y, sin embargo, apoyaban la elaboración política de los conceptos estatales. Sobre ello ha hecho Caro atinadas consideraciones²⁵⁶. Véase cómo entre nosotros se ha podido llegar a la ley 234 del Estilo, que significa, al propio tiempo que la patrimonialización del Estado, la exaltación cesarista de ese mismo poder del Estado²⁵⁷. Todo ello exige un minucioso examen de nuestras instituciones y una exquisita atención en la valoración de las influencias que reflejan las fuentes.

JUAN BENEYTO PÉREZ.

Wasserrecht entwickelt. Allerdings bilden diese eine Mischung von Privatrecht mit öffentlichem Recht." Sobre el caso concreto, Guido Kisch, *Das Mühlenregal im Deutschordensgebiete* "Zeitschrift der Savigny-Stiftung", Germ. Abt., XLVIII, 1928, págs. 176-193.

La relación del molino con el agua la notó Lamprecht, *Beiträge zur Geschichte der französische Wirtschaftslebens*, 1878, pág. 104, n. 28. Inama-Sternegg exalta la relación del régimen del molino con el derecho señorial a reglamentar la producción (*Deutsche Wirtschaftsgeschichte*, II, 297). Ver Carl Koehne, *Studien über die Entstehung der Zwangs-und Bannrecht*, "Zeitschrift der Savigny-Stiftung", Germ. Abt. XXV, 1904, 172-191.

256 Georg Caro, *Grundherrschaft und Staat*, en sus *Beiträge*, páginas 22-46. Asimismo en el trabajo *Zur Geschichte der Grundherrschaft in Oberitalien*, mismos *Neue Beiträge*, págs. 100-129; con ref. a las regalías que en 1115 se atribuía el obispo de Lodi, pág. 114.

257 *Leyes del Estilo*, 234: "Otrosí es, a saber, que el rey puede dar, a quien tuviese por bien, de los términos de las villas que [no] han partido entre sí los conceyos, y vale tal donación, maguer el conceyo lo contradiga; mas si los han partido o dados no los puede dar el rey."