



Ambas coinciden también en que al mismo tiempo que se debatía la Constitución había que hacer compatible la tarea constituyente con la cotidiana acción de gobierno.

Por último y para terminar este esquema comparativo, poner de relieve el carácter generalizable que la constitución actual ha dado al tema autonómico, diseñando un modelo de estado que vive las incertidumbres de un modelo sui generis de autonomía que de facto, es un estado de federalismo avanzado. En cambio la Constitución de 1931 dió un tono muy restrictivo al tema de la distribución territorial del poder.

Para terminar quisiera poner de relieve un dato que sirve de denominador común a ambos textos constitucionales. Me refiero a la intensa ilusión que ambos provocaron. En las dos situaciones se le otorgó al texto una especie de valor taumatúrgico, como si con el solo hecho de su promulgación, se fuesen a arreglar de golpe todos los problemas de la convivencia española. Parece como si la sociedad española quisiera hacerse a la idea de que un nuevo texto podría arreglar pacíficamente todos los problemas del país. Hubo mucho de ilusión democrática, de esperanza en que España podría volver a recuperar su pulso. Una vez más el pueblo español vivió colectivamente y en su amplia mayoría la creencia de conseguir una existencia pacífica encauzada en un texto constitucional. El texto de 1931 no logró alcanzar estos objetivos. Confiamos que el vigente permita a nuestra patria alcanzar las cotas de prosperidad y bienestar que se merece este viejo y a veces excesivamente confiado pueblo.



EL DERECHO PRIVADO EN LA ESPAÑA PRERROMANA.

Rafael Pérez Molina

Profesor de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba.

1.- EL MATRIMONIO: Se infiere su existencia del texto de Estrabón, sacado de su obra Geografía (Entre el 29 y el 7 a. De C.), 3, 4: 17 y 18: "Ceden el lecho a sus maridos" o "casar a sus hermanos". Estas expresiones junto con otras del mismo texto, como padres, madres, hermanos, denotan un régimen familiar con origen en el matrimonio, polémica a parte, sobre si podemos encontrarnos ante una cultura matriarcal, patriarcal o en régimen de transición.

1.1.- CAPACIDAD PARA CONTRAERLO: Tratándose de la época que se trata, en donde la esperanza de vida no debía sobrepasar un número de años próximo a la de la actual, es lógico pensar que la edad para contraer matrimonio fuera similar exigida por el derecho romano, es decir 14 años en el hombre y 12 en la mujer. No obstante, pensamos que esta situación sería comprobada materialmente mediante una inspección corporal.

Creemos que ni siquiera se plantearía la posibilidad de unir en matrimonio a personas con imposibilidad manifiesta para la procreación, siendo el caso más evidente el del hombre castrado.

Se contraería entre miembros de una y otra familia, y no dentro de la misma, dado que se trataría de grupos reducidos, evitando así su debilitación.

El hecho de que el varón saliera de su familia para integrarse en la de su esposa, supondría participar del culto practicado en esta última.

Sobre el consentimiento de los contrayentes, como requisito para la existencia del matrimonio, pensamos que si bien habitualmente, la unión se produciría por voluntad deseada y manifestada de ambos jóvenes, habría casos en que esa unión viniera impuesta desde la esfera jerárquica de sendas familias por interés en ocupar un más alto escalón dentro de la pirámide del núcleo de población de integración

familiar.

Pero además, en el supuesto de que los contrayentes estuvieran bajo la potestad familiar, como realmente lo estarían, parece lógico pensar que, al menos, se exigiría que la persona que ostentara la jefatura familiar, no se opusiera a la unión matrimonial.

Por la razón ya apuntada, constituirá un impedimento para contraer matrimonio, el parentesco de consanguinidad en línea recta; pues al tratarse de grupos reducidos, el admitir este tipo de uniones, supondría una desaparición anunciada del grupo.

No nos atrevemos a opinar sobre otros supuestos de imposibilidad matrimonial, como pudiera ser la unión entre personas relacionadas por parentesco de afinidad o de consanguinidad en línea colateral, por no disponer de las más mínimas fuentes de conocimiento. Sería por tanto muy arriesgado emitir un pronunciamiento en tal sentido.

Tampoco nos comprometemos a dar opinión afirmativa o negativa sobre la posibilidad de contraer matrimonio entre la adúltera y su cómplice; aunque sí creemos que se admitiría, dadas las circunstancias de este tipo de sociedades, el matrimonio entre el raptor y la raptada.

Gran riesgo de error correríamos, si afirmáramos o negáramos la posibilidad de unión de la viuda con anterioridad al transcurso del tiempo de gestación desde la muerte de su primer marido, aunque parece lógico que se evitara, impidiendo así una paternidad incierta, sobre todo teniendo en cuenta, que con el rito de la covada el marido no sólo reconocía, sino que reafirmaba su paternidad.

Si nos inclinamos por afirmar que se trataría de uniones monogámicas; pues en caso de que no fuera así, el autor que relata la forma de vida ibérica, con sentido crítico, hubiera narrado la situación de bigamia o poligamia.

1.2.- EN CUANTO A LA FORMA: Alguna solemnidad debió adoptarse. Dado que con el matrimonio el varón salía de su familia para integrarse en la de la esposa, y que como veremos más adelante, existía la dote, posiblemente este acto solemne estaría relacionado de alguna forma con la constitución de esa dote y la celebración de algún acto de culto, que ratificara la plena integración del marido en la familia de la mujer.

1.3.- DISOLUCION: Sólo admitimos como causa cierta, el fallecimiento de uno

de los contrayentes, que dejaría en libertad al otro para poder contraer nuevo matrimonio, aunque esto último lo admitimos con reticencias, dada la fuerte vis atractiva que hacia la familia de la esposa había supuesto la integración en ella del esposo supérstite

Como causas posibles de disolución, pero en entredicho, admitimos, el hecho de que el marido desapareciera por haber caído prisionero de otra comunidad; aunque parece lógico pensar en la exigencia del transcurso de un tiempo mínimo de ausencia, a favor de la seguridad. O el divorcio, entre otras razones, por adulterio.

2.- LA DOTE: Esta institución es citada por Estrabón, en el mismo texto citado con anterioridad. Con independencia de la polémica o debate que pudiera abrirse sobre si fuera el hombre quien dotara a la mujer o ésta la que dotara a sus hermanos, si pretendemos, como así es, desarrollar un trabajo completo dentro de lo posible sobre el campo del derecho privado en la era primitiva o prerromana, es obligado hacer, como hacemos, un pronunciamiento de cierta complejidad sobre esta institución y no una mera cita de las misma.

2.1.- CONCEPTO: La dote es el conjunto de bienes que uno de los contrayentes o un tercero en su nombre entrega al otro contrayente del matrimonio, como ayuda para el sostenimiento de sus cargas.

A la vista de esta definición, se puede comprobar con facilidad, que existe una diferencia con respecto al concepto tradicional romano (1). Fundamentalmente la diferencia se debe a la innovación contenida en nuestra definición, que permite entender como dote también el patrimonio que el marido o un tercero en nombre del marido entrega a la mujer para ayudar al sostén de las cargas del matrimonio.

Si nuestra definición no contuviera esta innovación, obviamente no podríamos encuadrar dentro de la dote a la prerromana.

Precisamente esta diferencia es la que denota el importante papel que jugó la mujer en esta sociedad del Norte de la Península en la época primitiva, como contraposición al jugado en otras sociedades posteriores, como por ejemplo la romana, en donde el papel predominante correspondió al varón.

1 Joan Miquel en su obra *Derecho Privado Romano*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas s.a., Madrid, 1.992, pág. 368, define la dote como el conjunto de bienes que la mujer o un tercero en su nombre entrega al marido para ayudar a sostener las cargas del matrimonio.

Teniendo en cuenta esta contraposición, debería entenderse que en el Norte de la Península, y en el periodo del derecho primitivo o prerromano, el patrimonio llevado por el marido al matrimonio, en concepto de dote, sería asumido por la mujer, haciéndose ésta propietaria; igual que el marido se hacía propietario de la dote en derecho romano, aunque se tratara de una propiedad funcional.

De otro lado, de la referencia a la dote que hace Estrabón, no es que se deduzca su obligatoriedad, pero no es menos cierto que en la práctica, y dada la significación social que supondría, siempre se daría, en mayor o menor medida.

2.2.- CLASES DE DOTE: No podríamos hablar con propiedad, como en derecho romano, de varias clases de dote (según su constitución: Profecticia -constituida por el paterfamilias de la mujer- o adventicia -constituida por cualquier otra persona-; o según se hayan o no evaluado los bienes: Estimada o inestimada). Sin embargo, aunque no sea por el texto en sí mismo, podría entenderse en consonancia con la interpretación que la doctrina hace del texto de Estrabón, que podría existir una dote similar a la profecticia romana, pero con una diferencia que es la que produce la idiosincrasia de la dote prerromana, y que viene dada porque, en vez de provenir del paterfamilias de la mujer, provendría de la persona que dentro de la familia de la que procedía el marido tomara las decisiones importantes, fuera una mujer o sus parientes masculinos, en cuyo caso tendría aplicación la figura que se conoce como avunculado (control de las decisiones familiares por los parientes masculinos de la mujer). Esta última posibilidad permitiría hablar también de una dote que podría ser similar a la adventicia romana, en tanto procediera del tío del varón que iba a formar parte de otra familia al contraer matrimonio, tío materno, hermano de la madre que no se habría desvinculado de la familia, pudiendo explicarse así, que el gobierno de la familia o del grupo social, a pesar de la gran influencia de la mujer, no correspondiera a ésta, sino al hermano de la madre, al tío materno que no se había desvinculado.

2.3.- CONSTITUCION: Aunque no existe base suficiente para poder determinar con exactitud el momento de la constitución de la dote, al tratarse de sociedades primitivas, es lógico pensar que se constituiría en el momento previo inmediato a la realización del acto que supusiera la incorporación del marido a la familia de la mujer.

No podemos resolver la duda que se nos plantea en cuanto a la posible restitución de la dote, en supuestos de disolución del matrimonio. Sin embargo, si por alguna causa, a pesar de que como hemos señalado con anterioridad, se constituiría en

un momento muy inmediato al acto de incorporación del marido a la familia de la mujer, el matrimonio no llegara a tener virtualidad, los bienes que constituyeran la dote deberían volver a su origen.

3.- LA HERENCIA: Dice Estrabón que «Son las mujeres las que heredan». Y para sacar una conclusión de esta afirmación, debe ponerse a nuestro juicio, esta frase en relación con la que el mismo autor ubica en el texto, a continuación de la anterior: «Y las que se preocupan de casar a sus hermanos».

Evidentemente, lo expuesto no viene sino a corroborar el papel predominante de la mujer en esta sociedad.

Heredar, supone suceder a una persona en sus bienes (en la actualidad también ha de hacerse cargo de las deudas, salvo aceptación de la herencia a beneficio de inventario -El *beneficium inventarum* es una innovación de Justiniano-), al fallecimiento de ésta. Por ello esta sucesión se ha venido denominando como «Mortis causa».

La herencia en el periodo del derecho prerromano o primitivo en el Norte de la Península, se transmite a las hijas.

El primer interrogante que se puede formular, es si heredan todas las hijas. Nuestro parecer es que no, que sólo heredaría una, la de mayor edad. La expresión: «Y las que se ocupan de casar a sus hermanos», así lo corroboraría. No todas las hermanas asumirían las gestiones encaminadas a casar a sus hermanos, sino la hermana mayor, la más representativa. En un régimen de ginecocracia, no cabe pensar en que dentro de una misma familia sean varias las personas que tomen las decisiones importantes; igual que tampoco cabe pensarlo en una familia patriarcal. «Las mujeres cultivan la tierra». La agricultura, sin duda suponía importante parcela de la actividad económica de esta sociedad, parcela que era controlada por la mujer.

No tendría sentido que heredaran todas las hermanas, cuando de lo que se trataba es de que el patrimonio permaneciera íntegro dentro del grupo familiar, incluso aunque las hijas permanecieran siempre vinculadas a la familia, siendo el varón el que saliera de ella, porque también se trataría de evitar que se plantearan contradicciones a la hora de tomar decisiones.

Ha de partirse de la base de que ni siquiera en el derecho romano, puede hablarse del Derecho de Sucesiones, como una parcela perfectamente acotada, frente a otras parcelas del derecho, porque ello es una creación de la dogmática moderna,



que aparece en el plan de Savigny, en el Código Civil Alemán (BGB) y en la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña (2).

Por las mismas razones apuntadas anteriormente, pensamos que la herencia siempre sería a título universal, es decir sin distinguir entre herencia propiamente dicha y otros tipos de sucesión, como puede ser el legado (3).

Se trataría en definitiva de mantener el control de la totalidad del patrimonio que pudiera constituir la herencia en manos de la persona que rigiera la vida familiar. Si se admitiera la posibilidad de una institución similar al legado, el patrimonio familiar se dividiría, con lo que tal fin devendría imposible.

Debió tratarse de un tipo de sucesión abintestato, debido a que la persona llamada a suceder, está en la conciencia de todos, es la persona que ostenta el poder de decisión familiar, tras el causante. Es la siguiente en la jerarquía familiar. No se tendría que expresar, por tanto, por parte del causante, previamente a su fallecimiento, cual es la persona llamada a sucederle. En todo caso, sería imposible, o sin efecto alguno, una pretendida decisión en tal sentido. Consecuencia de lo anterior, es la inexistencia de testamento.

Por ello tampoco sería necesario prever un régimen de sucesión legal, determinando quien tiene preferencia en razón del parentesco, ya sea en línea ascendente, descendente o colateral. Ni ocurriría como en sociedades posteriores, cuando una persona, a falta de descendientes, recurre a la adopción, para así disponer de un heredero nombrado por el causante, como si de un hijo se tratara. Porque si bien es verdad que admitimos la posibilidad, aunque sea en raras ocasiones, de que un extraño (parentesco figurado) fuera quien en un momento determinado, pudiera suceder en la herencia, precisamente sería en función de que el parentesco figurado, fue asimilado al parentesco real, como ya a lo largo de la exposición hemos tenido oportunidad de indicar.

2 Así lo indica Joan Miquel en la página 387 de la obra citada.

3 Según nuestro vigente Código Civil (art. 660) es heredero el que sucede a título universal y legatario el que sucede a título particular.



Consecuentemente ni sería necesaria, ni se produciría, la aceptación de la herencia; ni su rechazo, a no ser por la salida, muy improbable, de la persona destinada a suceder, de la familia, por haber sido aceptada dentro de otra, en base al parentesco figurado.

Por razones obvias, nunca se daría el supuesto de nulidad o revocación de la disposición por la que se establece la persona llamada a suceder. Sí pudo darse el caso de que poco antes de que se produjera el fallecimiento de la persona que iba a ser sucedida, la siguiente en el escalafón de la jerarquía familiar, aquella a la que le tocaba asumir el primer puesto, y por tanto recibir la herencia, no lo hiciera, bien por premoriencia, bien por salida de la familia, al ser aceptada dentro de otra en base al parentesco figurado. Aunque este último supuesto no se daría, en pura lógica, dentro de las sociedades con cultura matriarcal, en donde sería siempre el marido el que se incorporaría a la familia de la mujer.

La sucesión prerromana se trataría de una institución similar, aunque no idéntica, a la de los herederos sui de la primitiva sucesión romana (4). No sería idéntica, entre otras razones, porque aunque la relación de los sui herederos se basaba en la confianza recíproca de los hermanos, las XII Tablas daban derecho a ejercitar la *actio familiae erciscundae* (acción para la división de la herencia), que en la actualidad podría decirse que se corresponde con la *actio communi dividundo* (acción para la división de la cosa común), aunque con la diferencia de que allí iba referida exclusivamente a los bienes provenientes de la herencia, y aquí a cualquier bien que se posea en copropiedad o comunidad de propietarios.

4 Con respecto a esta figura, Gayo (2, 157) explica que incluso en vida del padre, se consideran, de alguna manera, propietarios (*vivo quoque parente quodammodo domini existimantur*). Y Paulo (Paul. 2 ad Sab.D. 28, 2, 11) dice que la continuación en la propiedad de los sui herederos hace que sea como si en realidad no se tratara de una sucesión, ya que estas personas en vida de su padre tenían ya algo parecido a una propiedad.



LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DELITOS AJENOS EN LOS FUEROS MUNICIPALES CASTELLANO-LEONESES.

Dr. Miguel Pino Abad

*Titular de Universidad de Historia del Derecho y de las
Instituciones. Universidad de Córdoba.*

1. Introducción.

Durante los siglos medievales, la inmensa mayoría de las conductas delictivas debían su perpetración a individuos que actuaban dentro de la misma demarcación territorial donde tenían localizado su hogar. No hay que olvidar que a ello contribuyó decisivamente la severa dependencia y la falta de libertad que soportaban las personas que vivieron en esa época, lo que les conminaba a que se desenvolvesen desde su nacimiento hasta su muerte en un reducido espacio.

El clima generalizado de violencia que sacudió a estos años, provocó que muchos pequeños propietarios asentados en las aldeas buscaran el auxilio de los más poderosos señores residentes en las ciudades, a cambio de comprometerse a pagarles determinados impuestos y a realizar ciertos servicios en su beneficio. Estos hombres tenían muy limitada su capacidad de desplazamiento, pues no podían abandonar la tierra que les pertenecía si con ello quedaban mermados los ingresos económicos o la prestación de servicios en favor de su señor. Ello no significaba que se prohibiese la transmisión patrimonial del terreno de que eran titulares, pero todo quedaba supeditado a que el adquirente siguiese soportando las cargas que pesaban con anterioridad sobre el vendedor. Si ese requisito no era observado, la penalización podía ascender a la pérdida de hasta la mitad de las tierras que pasarían al dominio del señor (1).

1 Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ: «Muchas páginas más sobre las behetrías», en Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), 4 (1927), pág. 5 y ss.