

EL VALOR DE LA COSTUMBRE JURÍDICA COMO FUENTE DEL DERECHO EN EL PENSAMIENTO DE EDUARDO DE HINOJOSA

FRANCISCO RUBIA MUÑOZ
Abogado. Doctorando Universidad de Córdoba

RESUMEN

Este artículo de investigación trata de exponer la importancia que tuvo el elemento germánico. De forma específica nos referiremos a los monumentos e instituciones germánicas, que invadieron la Península Ibérica sobre el siglo V, y que de manera ejemplar, el ilustre investigador Eduardo de Hinojosa y Naveros en su fundamental obra *El elemento germánico en el derecho español*, expone y analiza tres tipos de costumbres bárbaras en las que se refieren a la singular manera de impartir justicia por los ciudadanos en la mayoría de las poblaciones de nuestro país, de forma anecdótica, diremos que se hacía con el consentimiento del poder Estado. Esto sucede desde el comienzo de la Baja Edad Media hasta comienzos del siglo XV.

PALABRAS CLAVE: Historia, derecho, jurídico, escuela alemana, edad media, costumbre consuetudinaria

ABSTRACT

This research article tries to expose the importance of the Germanic element. In a specific way we frequent the Germanic monuments and institutions, which invaded the Iberian Peninsula approximately the fifth century, and that exemplar, the illustrious researcher Eduardo de Hinojosa y Naveros, in his fundamental work *The Germanic element in Spanish law*, exposes and analyzes three types of barbarian customs in which they refer to the singular way of imparting justice by the citizens in most of the populations of our Country, in an anecdotic way we will say that it was done with the consent of the power of the State. This happens at the beginning of a Bajadad Media until the beginning of skiglo XV.

KEYWORDS: Law, history, legal, researcher, German school, people, customary, Germanic element

INTRODUCCIÓN

La primera definición que hacemos sobre lo que significa la palabra Derecho, nos lo manifiesta el Diccionario de la Lengua Española como: «conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad, y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva»¹. Por otra parte, y abundando en algunos conceptos de lo que se entiende por Derecho, nos acordamos de las reflexiones del ilustre investigador y juristas Joaquín Costa, sobre la concepción del significado de Derecho, éste nos habla de hechos «el hecho jurídico individual y social, las prácticas sociales mantenidas con exigencia y respaldo, fuertes en una sociedad por su relación necesaria con la convivencia pacífica y el ideal de la justicia»². El historiador Rafael Altamira nos habla sobre el Derecho positivo como «el conjunto de reglas legales y consuetudinarias reconocidas por un pueblo, o por una parte de él y en un momento dado»³.

Volviendo al concepto de lo que el derecho representa como hecho jurídico, es necesario acudir al gran historiador y jurista alemán Freiderich Von Savigny, creador e impulsor de la Escuela Historia alemana, y una de las personalidades más importantes de la historia del pensamiento jurídico.

Savigny piensa que «el Derecho es un producto natural de las convicciones profundas de un pueblo, expresadas de manera espontánea o a través de la historia, y en el transcurso del tiempo, al que va forjando las estructuras jurídicas, manifestando el carácter del pueblo». Añade, además, que «Su sede propia es la conciencia común, y es con el avance de la cultura se van diferenciando»⁴. Mantuvo, además, que el derecho de igual manera aparece y se divulga de forma gradual y espontánea, como sucede con el arte o la lengua, sin que ninguna revolución y manera de pensar o de le-

¹ Diccionario de la Real Academia Española. Edición del tricentenario, actualizado año 2020. Disponible digitalmente en: <https://dle.rae.es/derecho//MYaRpA6>

² DELGADO ECHEVARRÍA J., *Joaquín Costa, jurista y sociólogo*. Madrid, Universidad Carlos III, 2018. Disponible digitalmente en: <http://hdl.handle.net/10016/26335pdf>

³ ALTAMIRA Y CREVEA, R., *Historia en el Derecho Español*. Ed. Librería General de Victoriano, 1903, p.18.

⁴ SAVIGNY, F. K. von, *De la vocación de nuestra época para la legislación y para la Ciencia del Derecho*. Madrid, Universidad Carlos III, Ed. Comaes S.L., 2008, pp. 13-16

gislar sea capaz de alterar en cuanto a su esencia. Viene a resaltar de nuevo Savigny el papel que desempeña el pueblo como protagonista de la creación del derecho, nace de él y se desarrolla en éste, a medida que la comunidad se transforma o bien se perfecciona en ella.

Resulta también importante el factor historia en el espíritu que conlleva la Escuela Histórica, como elemento vital, pues sólo en la historia se puede asimilar las construcciones de los pueblos, y es así, como en la historia se asimila el presente.

En este sentido, se pone de manifiesto, que el pasado en todo momento dirige y condiciona el presente. Los pensamientos e ideas de cada periodo de ese pasado no son ideas concebidas de la nada, son pues el significado de la herencia particular, es el resultado de la historia propia del pueblo. «No crea cada tiempo de por sí y arbitrariamente su propia vida, sino que ella se produce en indisoluble comunidad con todo el pasado». Por lo cual es de suma importancia conocer la historia y sostener viva la relación con el pasado, ya que en el pasado está el sentido del presente y por consiguiente obviar a la historia podría decirse que significaría amputar la vida de la comunidad, por ello resulta fundamental conocer esa historia y sostener viva la relación con el pasado, como bien dice Savigny sobre la historia, es «la mejor parte de la vida intelectual y moral de la nación»⁵.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el Derecho emana del pueblo conforme a sus costumbres y creencias, estos hábitos y convicciones se desarrollan bajo la Ciencia del Derecho, por lo que existen dos componentes en él, el político y el técnico. El primero se refiere a la conciencia popular y el segundo a la actividad que realizan los encargados dedicados al complejo mundo del Derecho, nos referimos a los juristas.

La Escuela Histórica que creó Savigny piensa que el Derecho consuetudinario, se puede valorar en varios sentidos: el primero pensar que todo Derecho es creación del pueblo; en segundo lugar, el Derecho es legal, ya que es creado por el pueblo, y se manifiesta en preceptos escritos; y en tercer lugar, se refiere al Derecho de los juristas, los cuales organizan y

⁵ GÁLVEZ IÑIGO, A., «Una aproximación a la Escuela Histórica del Derecho según F.K. von Savigny», *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, 2002, p. 18. Disponible digitalmente en: https://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/5021/%C3%81lvarez_G%C3%A1lvarez_2002_2.pdf?sequence=1&isAllowed=y

exponer todo lo concerniente al material jurídico, que desarrollarán los representantes del pueblo.

Para que el Derecho pueda desenvolverse, es imprescindible acudir a la Ciencia del Derecho, en función de cómo aparezcan los hechos jurídicos, transportados por el espíritu popular. La ciencia del Derecho realiza una tarea histórica, es decir, su labor en obligarse y profundizar el pasado jurídico tiene un determinado pueblo, ya que el derecho actual será pasado en cuanto al derecho del futuro. La cuestión es que ese derecho servirá para comprender y asimilar al pasado, y así visualizar el presente, con objeto de revelar lo acontecido con anterioridad.

Savigny piensa además que la Ciencia del Derecho debe de convertir en la herencia jurídica de las generaciones pasadas en una herramienta capaz de servir a las generaciones futuras, y para eso es necesario tener un grandioso conocimiento histórico, el cual permitirá dividir los elementos útiles de los que no lo sean⁶.

La verdadera labor de la Ciencia del Derecho realizada por Savigny hay que considerarla como instrumento para asimilar el Derecho en toda su extensión. En primer lugar, cómo se realizó ese Derecho en los momentos contemporáneos y dependiendo de las necesidades fundamentales del pueblo. En segundo lugar, aplicar ese derecho, encajando con las necesidades del mismo; y por último, ese derecho debe ser adecuado a esos cambios que han sido probados en la sociedad que lo siente día a día. Por lo que, según Savigny, una Ciencia del Derecho compuesta como aquí se expone hace que el Derecho consuetudinario no deaiga⁷.

I. HISTORIA DEL DERECHO EN ESPAÑA

La historia del derecho es la ciencia que se ocupa del derecho en el pasado, referente a distintos pueblos y épocas⁸. Refiriéndonos a la historia del derecho en España, tenemos que mencionar que el primer investigador que se ocupó de localizar y ordenar nuestra historia del derecho fue Francisco de Espinosa, allá por el siglo XV. Este abogado vallisoletano estudió el origen de las leyes de Castilla desde los visigóticos.

⁶ *Ibid*, p. 28

⁷ ÁLVAREZ GÁLVEZ, I., *op. cit.* p. 29.

⁸ GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, R., *Elementos formativos del Derecho en Europa*, Granada, 1982.

Con posterioridad hubo un cuantioso número de personajes ilustres en lo que respecta a nuestro país, los cuales se preocuparon en la localización y estudio de las normas del pasado. Entre ellos citamos a los siguientes juristas, siguiendo un orden cronológico: Lorenzo de Padilla se dedicó a la compilación y redacción de textos legales; al canonista Antonio Agustín su labor fue las antigüedades romanas; Diego de Covarrubias preparó una edición referente a leyes germánicas; al Magistrado sevillano Juan Lucas Cortés, que publicó una obra erudita con la descripción de los cuerpos legales. En cuanto a los territorios hispánicos, al jesuita Andrés Marcos Murriel, el cual extrajo de los archivos castellanos una colección de monumentos legales, y expuso su famosa carta a Amaya, su madurado proyecto de escribir una «historia breve y limpia de las leyes». Francisco Martínez Marina, en su famoso *Ensayo histórico crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de León y Castilla y su Teoría de las Cortes*, contribuyó a la historia del derecho en sentido liberal y nacional, limitado sólo al término de León y Castilla. Tomás Muñoz y Romero realizó una inmensa información sobre los antiguos Códigos. Rafael Altamira estuvo también muy ligado acerca de los análisis de la legislación alemana con respecto a nuestro país; como catedrático de universidad de Oviedo, promovió en ésta unos experimentos basados en el análisis de textos jurídicos del pasado, en cuanto a monografías muy interesante durante los cursos de los años 1901-1902 y 1903; alentando a los alumnos en resumir algunos títulos como éste que versa sobre *Historia de los pueblos germánicos y romanos de Dhan*. Rafael de Ureña también estuvo muy implicado en la investigación de los documentos del pasado, concernientes a los pueblos que se asentaron en la Península Ibérica y lo demuestra en su obra *Las Observaciones* donde dedica importantes páginas a los investigadores europeos que contribuyen a ilustrar los problemas de la historia de España, con principal referencia a los alemanes, concretamente a los germanistas. Como colofón a esta relación de investigadores y científicos españoles analistas de documentos que nos dejaron las generaciones que estuvieron asentadas en la Península Ibérica y que trataban sobre derecho, queremos referimos al investigador granadino Eduardo de Hinojosa, autor de la renovación científica de la historia del derecho, uniendo al conocimiento de las fuentes el método con su obra *El elemento germánico en el derecho español* presentada en el congreso celebrado en Berlín en el año 1908, lo cual constituye la base y la guía para la investigación de nuestro derecho en la época de la Edad Media⁹.

⁹ Ibid., p. 4.

Es justo y también necesario hacer mención en este artículo a la mayoría de investigadores alemanes de los siglos XIX y XX, los cuales efectuaron una gran labor de investigación sobre el pasado jurídico español, los cuales estaban convencidos de que la historia del reino visigodo pertenecía a su propio pasado. Habida cuenta que lo que acontece a lo germánico se reconoce con el pueblo alemán, pues los visigodos habían sido significados ser un pueblo germánico; la cuestión es que era indudable que la Historia del Derecho visigodo estaba ligada a la Historia del Derecho alemán.

Como prueba irrefutable la encontramos en la publicación del año 1826 de los *Monumenta Germanie Historica*, colección de textos medievales que comenzaron a publicarse ese mismo año. Dicha colección fue fundada y patrocinada por el ciudadano prusiano Karl Freiherr von Stein en 1819¹⁰.

Los mencionados monumentos medievales se introdujeron en la mayoría de los países europeos –Italia, Francia, España y las comunidades escandinavas– que recibieron la colonización de la población germánica: y es por lo que la mayoría de los historiadores del Derecho español se interesaron en conocer y entender la disciplina, concretamente la del derecho romano y visigodo de la Edad Media¹¹.

De los historiadores e investigadores alemanes que participaron en el análisis y estudio de nuestra historiografía, podemos citar a los siguientes: Adolf Helfferich, hispanista prusiano, estudioso de la legislación visigoda; J. G Bisdeweg, que trabajó sobre las fórmulas visigóticas y los trabajos preparatorios de edición crítica de la *Lex Visigotorum* en los *Monumentae Germanie Historica*, bajo la dirección de Geor Heinrich Pertz; y no podremos olvidarnos del inolvidable investigador Julius Ficker, el cual mantenía la afinidad entre las fuentes medievales hispánicas y las escandinavas, en lo que respecta al derecho de familia¹².

¹⁰ LÓPEZ NEVOT, J.A., *La recepción de la historiografía jurídica alemana en España (1843-1936)* Ed. Bohlau Verlag Koln Weimar Wein, p. 569. Disponible digitalmente: consulta el 20 de mayo 2021 file:///C:/Users/Usuario/Downloads/HINOJOSA%20POR%20LOPEZ%20NEVOT.pdf

¹¹ *Ibid.*, p. 555.

¹² LÓPEZ NEVOT, J.A., «Eduardo de Hinojosa, Historiador del Derecho», *Revista del Derecho, Empresa y Sociedad*, n.º 12, (2018), p. 32. Disponible digitalmente en: consulta el 25 mayo 2021. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-EduardoDeHinojosaHistoriadorDelDerecho-6596388%20(5).pdf

Hinojosa no olvida en su *Introducción* de su obra *Historia general del Derecho español*, donde rinde tributo a varios investigadores alemanes: Hübner y Momsen, como sobresalientes en cuanto a sus trabajos sobre las instituciones de la España romana, a Maasen sobre las colecciones de derecho canónico español y a Dahn, respecto al Derecho visigodo¹³.

II. LA COMUNIDAD ARIA

Creemos importante hacer alguna referencia sobre la comunidad aria, tanto en lo que concierne a su forma primitiva de vivir en su pasado, como lo que significaron sus normas consuetudinarias. Los germánicos son un pueblo ario, y entendemos que está compuesto por una serie de comunidades algunas procedentes de los países escandinavos (noruegos, daneses suecos e islandeses), burgundios y francos. Como datos de interés, en cuanto a las condiciones fundamentales jurídicos que los caracteriza, diremos que es una comunidad que se gobierna mediante asamblea, regida por un príncipe, lugar donde se resuelven, y se vislumbran todos los asuntos importantes que acontecen al pueblo, mediante asamblea general, además de príncipes y sacerdotes, acuden los hombres más ancianos. En dicha asamblea se enjuician todas las acciones a tomar contra todo aquel que haya sido acusado por haber cometido algún delito, y según la naturaleza de éste, se aplicará la pena que corresponda. Si la infracción fuese por haber cometido traición o desertión, la pena era la horca. Si alguien demostraba que otro individuo había sido infame o cobarde, se procedía a ser ahogado en un lago. Las demás infracciones menores, se procedía a que el infractor entregara al ofendido un numero de caballos o de ganado (cabras u ovejas).

La forma de celebración del juicio en las asambleas consistía en la denominada *ordalía*, cuyo símbolo era en la época primitiva el palo o la vara, y posteriormente pasó a ser el hacha. En el poste de ejecución, se ejecutaba a la persona que cometían determinados delitos, como, por ejemplo, a quien no pagaba sus deudas, y como dato interesante, en caso de que su familia no pagaba sus deudas, se le negaba la sepultura.

El pueblo germano elegía a sus reyes, según su nobleza, sin embargo, señalaban a sus capitanes, por su valor en el campo de batalla.

¹³ *Ibid.*, p. 33.

La función principal de la comunidad aria era hacer la guerra, o colaborar en ella con otros pueblos. Cuando no lo hacían, o bien se dedicaban a la caza o se consagraban a ejercer el robo.

El concepto de familia en el pueblo ario era primordial, la mujer se le tenía en gran estima, ésta no podía contraer matrimonio con sus parientes más cercanos. El marido era el encargado de castigar a su mujer cuando le era infiel. Los hijos eran herederos de los padres. El pariente de tío es una figura bastante valiosa.

Es importante resaltar el concepto en la comunidad germánica, la llamada *enemistad* y *amistad*. Cuando existían desavenencias entre familias, originado por ofensas o cualquier otra cuestión de agravio entre ellas; discutían y posteriormente, trataban de reconciliarse, y dicho acuerdo consistía en la entrega de cabezas de ganado por la parte de quien se pensaba había cometido las injurias¹⁴.

III. ÉPOCA PRERROMANA

Para tener noticias de la historiografía jurídica en la Península Ibérica tenemos que remontarnos, a la época prerromana, donde se encuentra el derecho primitivo, el cual antecede a la dominación romana. En dicho periodo, parece ser que convivían varias culturas jurídicas, es decir, cada pueblo tenía su propia cultura. García Gallo alude al respecto, en la existencia de unos derechos puros, refiriéndose a los íberos, celtas, fenicios-cartagineses o greco-íberos.

En ese sentido el gran historiador Menéndez Pidal, hace un comentario refiriéndose a ese tiempo:

Los datos que poseemos acerca de la España Prerromana permiten afirmar que, en correspondencia con los diversos niveles culturales que en la misma se dan, existe una gran diversidad entre los sistemas de derecho de cada pueblo. Esta diversidad se advierte solo entre los pueblos próximos a la costa mediterránea que, aunque habían tenido en su mayor aislamiento. Entre los primeros se da el caso de que juntos a una ciudad íbera se haya establecido una colonia griega, dando lugar a un derecho griego-íbero. En el interior todavía pueden señalarse algunas regiones como la de los Vacceos, más refractarios a todo influjo extranjero. Los pueblos del Norte de

¹⁴ GIBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA, R., *op. cit.*, pp.42-48.

la Península viven en un régimen matriarcal que asciende a instituciones jurídicas, como la propiedad, el matrimonio y la herencia.

Esto demuestra que ningún derecho de estas comunidades extranjeras, hicieron mella en las costumbres que existían en la Península Ibérica¹⁵.

En gran parte de la Península Ibérica se recibió en el siglo V la visita de la comunidad germánica, y con ésta sus instituciones jurídicas, y a través del tiempo fueron introduciéndose en la población tanto hispana como portuguesa. Ese elemento formativo que de forma paulatina se injertó en las fuentes jurídicas de la Edad Media, nos referimos con toda seguridad al elemento germánico, sin lugar a dudas de vital importancia para el desarrollo de nuestra costumbre jurídica.

Numerosos investigadores conocedores del derecho germánico se han interesado por el elemento formativo de carácter germánico de los Estados cristianos de la Península Ibérica en la Edad Media, y han comprobado, en las primeras impresiones, que la existencia de normas que están en el derecho español de ese tiempo pertenecen a la etapa anterior a la invasión árabe.

Pérez Pujol es de la misma opinión de la subsistencia de costumbres primitivas a través de estos elementos formativos como así lo demuestra en su obra *Instituciones sociales de la España goda* en la que trata sobre asuntos de familia y organizaciones referidas a la propiedad y la herencia¹⁶.

Todos los esfuerzos que ejercieron por parte del Estado y de la Iglesia en anular y expulsar ese derecho consuetudinario de carácter germánico que practicaba la comunidad hispana, fueron nulos e insuficientes. Resulta paradójico cómo sobrevivió el derecho germánico en buena parte de la Península Ibérica. En primer lugar, durante la invasión árabe el poder central, ocupado en su lucha con los musulmanes por su existencia, dejó crecer en cierto modo la influencia de las costumbres germánicas que se fueron introduciendo en la población, lo cual favorecía su expansión; y después de la invasión musulmana, resurgieron con más fuerza estas normas consuetudinarias de raíz germánica.

¹⁵ Id., «Concepto de la Historia del Derecho Español». *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, ISSN 02010-1076, 1986, p. 354.

¹⁶ ALTAMIRA CREVEA, R., *op. cit.*, pp.87-88.

Por otra parte, tenemos que decir que dicho elemento germánico viene a ser la base del derecho consuetudinario en España. Además, fue el derecho que durante la Edad Media se fijaba por escrito. Se aplicó a los diplomas, fueros locales y territoriales hasta el siglo XIV. Las fuentes que adquirieron esas normas consuetudinarias fueron: El Código de Huesca, el Fuero de Navarra, Fuero Viejo de Castilla, Fuero de León.

Concluyendo respecto a la veracidad sobre las raíces germánicas en las fuentes medievales en nuestros territorios hispanos, lo manifiesta el historiador Pidal:

todos los escritores que, conociendo el derecho germánico, se han ocupado del de los Estados cristianos de la Península Ibérica en la Edad Media, han notado el primer golpe de vista la existencia, en las fuentes del derecho español pertenecientes a la época que sigue a la invasión árabe, de instituciones jurídicas desconocidas o combatidas por la *Lex Visigotorum*. Casi todos los eruditos que han fijado su atención sobre tal hecho, le han explicado naturalmente, como signo de subsistencia de un derecho visigodo consuetudinario opuesto en varios puntos al que la *Lex* contiene¹⁷.

El historiador alemán Ficker realizó algunas investigaciones sobre instituciones concretas, sobre el derecho germánico, y a Hinojosa su formación, la cual fue clásica en la historia del derecho consuetudinario, y respecto a esto manifiesta lo siguiente:

entre las instituciones jurídicas más importantes y diversas, un núcleo común en lo fundamental, procedente sin duda de la época anterior a la invasión árabe, que se ha conservado en los territorios que fueron el centro de la resistencia a las invasores, así como, en parte, entre los visigodos sometidos a la dominación árabe, y que pasa a las ciudades que los árabes conquistan y a otras de nueva formación. Hasta la mitad del siglo XIII, los fueros apenas muestran huella alguna del derecho romano.

Después de este manifiesto, parece ser que Hinojosa quiere dejar para el recuerdo el arraigo que tuvo el elemento germánico en la base de la comunidad española, antes y después de la invasión árabe, y también, a pesar de que el Estado y la Iglesia trataron de repudiar y anular dichas costumbres, con el siguiente comentario:

¹⁷ MARTÍNEZ NEIRA, M. / SALGADO CARRANZA, A., *El Elemento germánico en el Derecho Español/ E. de Hinojosa*. Ed. Dykinson. Madrid. 2019, p. 17. Disponible digitalmente en: <http://handle.net/10016/2887pdf>

El vago recuerdo de las costumbres antiguas se conservan indefinidamente en las clases populares, en quienes la instrucción no acumulada no ha penetrado ni ha podido destruir el fondo primitivo mantenido intacto por la tradición. Mientras la sociedad permanece bien organizada bajo un gobierno protector y normal, la tradición de las costumbres antiguas permanece en el pueblo adormecida¹⁸.

V. EL ELEMENTO GERMÁNICO EN LAS FUENTES MEDIEVALES HISPANAS

V.1. NATURALEZA DEL DERECHO GERMÁNICO

Podemos definir el Derecho germánico como una serie de normas y usos jurídicos característicos de estos pueblos. Dichos clanes procedían del norte de Europa. El conocimiento que se tiene sobre la llegada de estas hordas, lo hacen en primer lugar en Roma, allá por el siglo IV de nuestra era, y sobre las noticias que tenemos en cuanto a la vida jurídica, nos viene dado por el político y militar Julio César y por el historiador Tácito, referente a la etapa más arcaica, y en lo que respecta a la legislación, que se difundió a cerca de los reinos bárbaros, en lo que se desintegra el Imperio romano, allá por el siglo V.

El fundamento de la estructura de la legislación germánica, respecto a los asentamientos, se refieren a amplios grupos familiares denominados *Sippe* así como congregaciones comarcales, asegurando su continuidad de vida, en parte compleja, pero sincronizada. Esta manera de vivir, en definitiva, consta de tres elementos básicos: el primero, trata de comprobar constantemente cómo se desarrolla la vida diaria de las familias, mediante numerosos lazos de vecindad dentro de las asociaciones municipales, y también dentro de sus familias. El segundo elemento nos referimos al intenso blindaje que existía entre las asambleas de los varones de estas familias o *Sippen*, para solventar todo tipo de problemas que acaeciera de cualquier índole, ya fuese penal, político o bien religioso, y que eran precisamente de gran interés para las mencionadas asambleas, las cuales tenían una manera muy peculiar de reunirse, y lo hacían habitualmente, en los claros de los bosques, casi siempre en la nocturnidad de la noche, en los *novi* y *plenilunios*, debido a cuestiones que iban con la religión, la seguridad y la economía. (De esta costumbre en el modo de reunirse, nacerán los plazos por noches, las

¹⁸ GIBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA, R., *op. cit.*, pp. 377-378.

fases de la luna, y las estaciones del año). Como punto tercero, se trata de lo aportaban las distintas *Sippen*, sistemáticamente, con el objeto de lograr entre ellas la máxima unión, protegiendo así sus valores e intereses.

Podríamos estimar la palabra germánica de *Sippe* como el ingrediente básico, cuya traducción sería asociación familiar, la cual tenía la misión de perseguir para su estabilidad de forma obsesiva en su existencia todo lo que se refería a la economía, la guerra y la religión. El primer significado de esta palabra viene a tratar a la parte de consanguinidad, empleada para fijar la conexión con cualquier persona allegada perteneciente a sus antepasados, y para conseguir esta conexión, se toma como punto de referencia cuatro generaciones, apartando de dicho cómputo a sus descendientes (como sujeto base los padres, abuelos y bisabuelos, serían quince personas de cuatro generaciones y se dividen en dos importantes grupos: primer grupo «a los del género masculino parientes de la espada o de la lanza», que corresponde a los del género masculino, y un segundo grupo que se refiere a «parientes del huso de la rueca», en el que se reúnen el género femenino (madre, abuela y bisabuelas maternas, así como abuela y bisabuela paternas), incluyéndose además los varones de la línea femenina abuela y bisabuelos maternos.

La mencionada agrupación *Sippe* contiene una serie de consecuencias jurídicas de manera privada, y por otra parte pública, respecto a lo que se refiere de forma comunidad parental. En el caso público la *Sippe* llegó a ser la asociación más antigua, consiguiendo la garantía de la paz social, y consiguiendo la seguridad, obligando a la totalidad de la asamblea a cumplir las normas establecidas. La desobediencia o el desacuerdo de estas obligaciones podía suponer un grave delito, el cual se castigaba con la denominada *Faida* o enemistad, y podía ser apartado de la paz general, sufriendo la consiguiente venganza del ofendido.

La *Sippe* garantizaba a todos los integrantes de la asamblea la defensa y la promoción social y personal, cuando alguno de sus componentes necesitaba ser auxiliado en algún momento determinado en su entorno personal, como por ejemplo la falta de alimentos u otra necesidad de distinta naturaleza. También podemos añadir a la garantía manifestada la protección en el ámbito penal y procesal. Como nota importante, haremos mención de las características tan peculiares que tenía el sistema jurídico germánico, basado en una fuerte carga psicológica-social, la cual estaba muy arraigada en la mentalidad de la inmensa mayoría de los miembros de la comunidad

germánica, que llegó a perdurar durante mucho tiempo en dicha sociedad, incluso a pesar de los consiguientes cambios sociales.

La plena autoridad legal la ostentaba el señor de la casa. En cuanto a la mayoría de los componentes de la comunidad doméstica, es decir, esposa, hijas, hermanas, solteras, viuda, e incluso personas allegadas a una comunidad, como pueden ser también los extranjeros alojados en ésta, estaban bajo la tutela del señor.

En definitiva, la *Sippe*, como referencia de casta, viene a ser una agrupación de tipo genealógica que, por conducto del sexo masculino, engloba a los hombres y mujeres, los cuales eran los descendientes de un tronco masculino común, y según su afinidad consanguínea, la cual decidirá el vínculo masculino que existe entre las personas de varias generaciones que provienen de un varón, siendo pues, el punto de partido común de todas.

En el ámbito privado y refiriéndonos a la posesión de la tierra, ésta era distribuida en porciones, dividida entre las familias, dichas porciones en alemán era *Hufe* en castellano antiguo era *huedra*, y se efectuaba mediante dos sistemas. El primero lo utilizaba cada una de las familias, trabajando el trozo de terreno que le correspondía con el fin de suministrar alimentos, y construía su morada dentro del espacio mencionado, donde hacían las correspondientes labores agrícolas. El segundo elemento se refería al dominio de la tierra que eran propiedad de la *Sippe*, de donde se abastecía a toda la comunidad, en cuanto a todo lo que pudiese necesitar ésta, a más cantidad de terreno para seguir labrándola, proveer de madera y agua suficiente. Es decir, cubrir todas y cada una de las necesidades que pudieran surgir en la comunidad.

Esta manera de desenvolverse la comunidad nace una estructura social, cuya mentalidad de todo lo descrito, presenta un Derecho consuetudinario y natural, exaltando todo la integridad guerrera y la lealtad personal, además del sistema pagano dirigido a la vitalidad y las decisiones rentables básicas, tanto en lo original, como en lo comunitario.

Este Derecho es elaborado por etnias distintas, y, sobre todo, son unas normas contrarias al Derecho romano, que nació del Estado. Sin embargo el Derecho de los pueblos germánicos es elaborado por distintos grupos, y culturas, los germanos mantuvieron y preservaron siempre sus creencias e ideologías mitológicas, desde tiempo inmemorial, y mantuvieron una in-

tensa conciencia de lo que supone la unidad, la cual revela la uniformidad y coherencia de su sociedad jurídica.

Una de las características del Derecho germánico se define por la cultura de su pueblo, la cual viene a tratar de la unidad de sus normas sociales, en cuanto a las condiciones de la forman en que viven, como hemos expuesto.

El derecho del que hablamos no surge de los dirigentes, del conjunto de la comunidad, reunida en sus asambleas populares. En dichas asambleas, los que formaban parte pensaban cuál sería la resolución más acertada y más necesaria, acerca de cubrir las carencias más fundamentales de su ilustración.

La forma de crear este Derecho reside en la conciencia popular, no se trata de un Derecho escrito, y se transmitía de generación en generación. Lo cual significa que estamos ante lo que se denomina costumbre, la cual sería completada por resoluciones adoptada por toda la comunidad con el fin de seguir manteniendo un equilibrio en la conciencia general.

Con el paso del tiempo, emergen las leyes, las cuales son también creadas por el pueblo, siempre en el ámbito de las asambleas generales; éstas con el paso del tiempo su participación en el ámbito jurídico fue cada vez menor, pasando el protocolo donde se decidía todo lo que concierne al ámbito jurídico a expertos, que disponían de los textos y los preparaban para que los monarcas los promulgaran.

El Derecho germánico viene a surgir fundamentalmente de los siguientes elementos:

- V.1.1 Articulación de posiciones contrarias, en cuanto a la colectividad individual. La personalidad jurídica de la persona respecto a derecho, y los derechos subjetivos se obtienen en el momento en que el individuo pasa a pertenecer a la agrupación comunal, y sus intereses están por encima de los demás individuos.
- V.1.2 Religiosidad. El conjunto de las relaciones sociales se comprende como el legado de los dioses, desde el cual es necesario que el Derecho esté en paz. La religión de los germanos habían adquirido desde sus comienzos veneración a las fuerzas de la naturaleza, mediante una fusión entre dos tipos de dioses, los *Vanes*, relacionados con las normas jurídicas colectivas e individuales y los *Ases*, partidarios y adictos a enaltecer la importancia de los méritos individuales. Estos dioses vienen a señalar un destino a

los seres humanos, interviniendo en sus vidas con las denominadas *ordalías*.

- V.1.3 Reciprocidad. La totalidad de la conexión jurídica, así como el derecho subjetivo, se concebía sobre el concepto de la reciprocidad de las obligaciones y derechos que existía entre los individuos que actuaban en la relación del derecho subjetivo.
- V.1.4 Materialidad. El derecho tenía que limitarse a una serie de actos de carácter fácil de estos sujetos de derecho. Separando así los objetos personales que pertenecían al individuo material, adquirida y aportaban testigos llamados rogados para esa situación, mediante compra, y dejando a un lado el derecho, el cual nunca se podía comprar.
- V.1.5 Literalidad. La legislación debía ser empleada de modo literal, bien fuese consuetudinario o escrito, incluso cuando no fuese ecúánime.
- V.1.6 Formalismo. Se seguían siempre ceremonias específicas para cada clase de relación jurídica, en el momento que se llevaba a cabo.
- V.1.7 Publicidad. En el momento en que se ejercía tales derechos, debían ser visibles y audibles. En el primer caso, se ejercería con la expresión externa de señorío, y en cuanto a la segundo, se llevaba al acto testigos rogados, con el ánimo de que tuviesen la importancia debida en la resolución que tomases en la asamblea popular.
- V.1.8 Agrupación. La verdadera capacidad jurídica, en cuanto a la manera de proceder de los individuos libres, miembros de las asambleas populares, de las distintas *Sippen* siempre actuaron de forma una, a través de agrupaciones.
- V.1.9 Autoayuda. En primer lugar, se confiaba en quien era el titular e iba a ejercer eses derecho, y si era necesario podía pedir ayuda en la acusación contra quien tenía que reparar el daño causado, cumpliendo con sus obligaciones¹⁹.

¹⁹ PÉREZ PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M., *Breviario de Derecho germánico*. Ed. Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1993, pp. 17-24.

En gran parte de la Península Ibérica recibió en el siglo V la visita de la comunidad germánica, y con ésta sus instituciones jurídicas, y a través del tiempo fueron introduciéndose en la población tanto hispana como portuguesa. Ese elemento formativo que de forma paulatina se injertó en las fuentes jurídicas de la Edad Media, nos referimos con toda seguridad al elemento germánico, sin lugar a dudas de vital importancia para el desarrollo de nuestra costumbre jurídica.

Numerosos investigadores conocedores del derecho germánico se han interesado por el elemento formativo de carácter germánico de los Estados cristianos de la Península Ibérica en la Edad Media, y han comprobado en las primeras impresiones, de la existencia de normas que en el derecho español de ese tiempo pertenecen a la etapa anterior a la invasión árabe.

Pérez Pujol es de la misma opinión de la subsistencia de costumbres primitivas a través de estos elementos formativos como así lo demuestra en su obra *Instituciones sociales de la España goda* en la que trata sobre asuntos de familia y organizaciones referidas a la propiedad y la herencia²⁰.

Todos los esfuerzos que ejercieron por parte del Estado y de la Iglesia, en anular y expulsar ese derecho consuetudinario de carácter germánico que practicaba la comunidad hispana, fueron nulos e insuficientes. Resulta paradójico como sobrevivió el derecho germánico en buena parte de la Península Ibérica. En primer lugar, durante la invasión árabe, el poder central, ocupado en su lucha con los musulmanes por su existencia, dejó crecer en cierto modo la influencia de las costumbres germánicas se fuesen introduciendo en la población, lo cual favorecía su expansión, y después de la invasión musulmana resurgieron con más fuerza estas normas consuetudinarias de raíz germánica.

Por otra parte, tenemos que decir que dicho elemento germánico viene a ser la base del derecho consuetudinario en España, y además fue el derecho que durante la Edad Media se fijaba por escrito. Se aplicó a los diplomas, fueros locales y territoriales hasta el siglo XIV. Las fuentes que adquirieron esas normas consuetudinarias fueron: El Código de Huesca, el Fuero de Navarra, Fuero Viejo de Castilla, Fuero de León.

²⁰ ALTAMIRA CREVEA, R., *op. cit.* pp. 87-88.

Concluyendo respecto a la veracidad sobre las raíces germánicas en las fuentes medievales en nuestros territorios hispanos, lo manifiesta el historiador Pidal:

“todos los escritores que, conociendo el derecho germánico, se han ocupado del de los Estados cristianos de la Península Ibérica en la Edad Media, han notado el primer golpe de vista la existencia, en las fuentes del derecho español pertenecientes a la época que sigue a la invasión árabe, de instituciones jurídicas desconocidas o combatidas por la *Lex Visigotorum*. Casi todos los eruditos que han fijado su atención sobre tal hecho, le han explicado naturalmente, como signo de subsistencia de un derecho visigodo consuetudinario opuesto en varios puntos al que la *Lex* se contiene”²¹.

El historiador alemán Ficker realizó algunas investigaciones, sobre instituciones concretas, sobre el derecho germánico, y a Hinojosa su formación, la cual fue clásica en la historia del derecho consuetudinario, y respecto a esto manifiesta lo siguiente:

entre las instituciones jurídicas más importantes y diversas, un núcleo común en lo fundamental, procedente sin duda de la época anterior a la invasión árabe, que se ha conservado en los territorios que fueron el centro de la resistencia a las invasores, así como, en parte, entre los visigodos sometidos a la dominación árabe, y que pasa a las ciudades que los árabes conquistan y a otras de nueva formación. Hasta la mitad del siglo XIII, los fueros apenas muestran huella alguna del derecho romano.

Después de este manifiesto, parece ser que Hinojosa quiere dejar para el recuerdo el arraigo que tuvo el elemento germánico en la base de la comunidad española, antes y después de la invasión árabe, y también, a pesar de que el Estado y la Iglesia trataron de repudiar y anular dichas costumbres, con el siguiente comentario:

El vago recuerdo de las costumbres antiguas se conservan indefinidamente en las clases populares, en quienes la instrucción no acumulada no ha penetrado ni ha podido destruir el fondo primitivo mantenido intacto por la tradición. Mientras la sociedad permanece bien organizada bajo un gobierno protector y normal, la tradición de las costumbres antiguas permanece en el pueblo adormecida²².

²¹ MARTÍNEZ NEIRA, M. / SALGADO CARRANZA, A., *op. cit.*, p. 17.

²² GIBERT SANCHEZ DE LA VEGA, R., *op. cit.*, pp. 377-389.

Eduardo de Hinojosa y Naveros nació en Alhama de Granada, sobre el mes de noviembre de 1852. Estudió Derecho y Filosofía y Letras, doctorándose en ambas disciplinas unos años más tarde. En 1900 es nombrado Catedrático de Historia Antigua y Media de España en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Madrid.

En 1878 este ilustre investigador marchó a Alemania a propuesta del Ministerio de Fomento, donde residirá varios meses. Aprende alemán, y entra en contacto con investigadores de la denominada segunda Escuela Histórica del Derecho: Mommsen, Dahn, Wastz, Kuhn, Puchta, Maasun, Ficker, Fitting²³.

Hay que decir sobre Hinojosa que perteneció a la llamada «generación de sabios» o generación de 1880, a la cual podemos también añadir al ilustre y gran defensor de la costumbre jurídica Joaquín Costa. Como dato curioso respecto a Hinojosa, y otros autodidactas de la mencionada «generación de sabios», nos referimos a la falta de maestros que de alguna manera les hubiesen guiado o encauzado en la vida científica, sin embargo, tuvieron que ser ellos mismos sus propios guías, y convertirse en autodidactas, y renacer así de la mediocridad que existía en la España de final del siglo XIX²⁴.

A Hinojosa le sedujo de los investigadores alemanes la seriedad utilizada, en cuanto al método, y es así como se siente cautivado por la Historia de las instituciones del pasado, y de la manera que ejercían el poder y disponían la sociedad. Hinojosa importa de Alemania los métodos empleados por esta segunda generación de la Escuela Histórica de Savigny²⁵.

Sin que nunca se haya sabido con certeza las causas por las que Hinojosa abandonara la investigación de la obra *Historia del Derecho*, aunque en ciertas ocasiones se justificara y culpara a la escasa documentación para

²³ LÓPEZ NEVOT, J.A., *op. cit.*, p. 31.

²⁴ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho en España» *Anuario de historia del derecho español*, n.º 63-64 (1993-94), pp. 1067, 1073-1075. Disponible digitalmente en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-EduardoDeHinojosaYLaHistoriaDelDerechoEnEspana-134609%20\(10\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-EduardoDeHinojosaYLaHistoriaDelDerechoEnEspana-134609%20(10).pdf)

²⁵ <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-EduardoDeHinojosaYLaHistoriaDelDerechoEnEspana-134609.pdf>

poder desarrollarla convenientemente²⁶. Como consecuencia de la decisión que tomó de dejar los estudios sobre la Historia general del Derecho, viene a abrirsele una nueva etapa, dedicada especialmente a la investigación de las instituciones medievales, poniendo en práctica los conocimientos que adquirió en su estancia en Alemania; y cómo no, siguiendo la senda del fundador de la Escuela Histórica Alemana F. Savigny; es decir, abandona el romanismo y pasara al germanismo²⁷.

Para Hinojosa la forma de llamar la atención, en cuanto al interés que surgió en él para consagrarse al estudio de las fuentes medievales españolas, según manifestó ante los asistentes al III Congreso Internacional de las Ciencias Históricas que se celebró en Berlín en el año 1908, según Martínez Neira y / Ramírez Jerez P.: «Era la manera de reivindicar el germanismo».

Por otro lado, mencionaremos una frase de Galo Sánchez, alumno quizás el más allegado a Hinojosa y que dice así: «Fue en 1887, con la publicación de su Historia general del derecho español, cuando Hinojosa comenzó el itinerario que le condujo a esta convicción»²⁸.

Como decíamos anteriormente las normas visigodas establecidas por el rey, así como por la Iglesia, contrarios al derecho consuetudinario germánico, habían intentado por distintos medios la forma de apartar estas costumbres germánicas de la comunidad hispánica, sin éxito. Es de admirar cómo el pueblo hispano de la Edad Media, habiendo estado tan romanizado, abandonara por completo dichas raíces y adoptara la legislación consuetudinaria germánica, tan diferente a ésta. Lo cual demuestra el arraigo que tuvieron las costumbres germánicas en la Península Ibérica a través de la Historia.

Las primeras poblaciones que adoptaron este derecho consuetudinario fueron León Castilla y Portugal. Con posterioridad influyen en Aragón y Navarra, ésta última no tuvo nunca la influencia del derecho romano. En Cataluña, a pesar de tener el influjo del derecho franco, derecho privado penal y procesal, se comprobó que hubo reminiscencia visigoda, aunque hay que decir que sí se rigió durante la Edad Media por el derecho romano.

²⁶ MORÁN MARTÍN, R., Ed. e-legal History Review. ISSN 1699-5317, n.º 30 (2019) <http://centenariohinojosa.edu.umh.es/wp-content/uploads/sites/1417/2019/03/HINOJOSA.-TORRES.-e-LHR-0.pdf>

²⁷ *Ibid.*, p. 3

²⁸ MARTÍNEZ NEIRA, M. / SALGADO CARRANZA, A., *op. cit.*, p. 9.

Las fuentes del derecho consuetudinario germánico se dividen en dos grupos, las normas de derecho local, las cuales son las más antiguas, y se reconocen del siglo X y las territoriales, pertenecen al fuero de León del año 1020, los *Usatici Barchinonae* 1068, el Fuero de Aragón, 1247, el de Navarra, y el Fuero de Castilla, a finales del siglo XIII.

Las normas consuetudinarias que proceden calan en la sociedad hispana, en la primera fase de la Edad Media. Presentan su proceder de la denominada *Sippe germánica*, esto se refiere al derecho germánico, como unidad jurídica, que engloba al conjunto de la familia y pariente de sangre, como factor protector, y descendiente de un tronco común familiar. Es en definitiva un sentimiento que se releva con el ánimo de vengar a todo lo que está relacionado con todas las afrentas graves que se cometían a todos los miembros de la familia. Así mismo como el de ser *cojuradores*, y a la vez, protector de los menores de edad, mujeres solteras y viudas. Esta figura de *cojuradores* se encuentra en los Fueros de León, Castilla y Portugal. Corresponde además al derecho germánico, el constituir los matrimonios, entre ellos el matrimonio por compra, destacando el *mercatio*.

En todas las regiones cristianas de España por aquella época, la comunidad absoluta de bienes, como régimen preferido para organizar a los matrimonios, era normal nombrarlos como *germanitas*, *agermanament*, y a veces *unitas*. Aunque difícil de comprender, parece ser que copiaron algunas regiones de otras, lo que nos lleva a la conclusión que la comunidad de bienes proviene del derecho consuetudinario visigodo.

Lo mismo ocurre con el consejo de familia, constituido por los parientes de ambas líneas de la familia, el cual ejercía la tutela sobre los menores de edad, y sobre las mujeres solteras. Este consejo de familia también tenía el derecho de privar a los padres pródigos del cuidado de sus hijos, y de la administración de sus bienes, eligiendo un tutor de entre los miembros de la familia, sustituyendo al padre o la madre, aunque bajo la vigilancia del concejo.

Según consta en la mayoría de los fueros en nuestro territorio, respecto a la independencia doméstica del hijo, como único medio de emanciparse con respecto a la patria potestad, en dicho caso de que el padre quisiera desentenderse de esa patria potestad de su hijo, la fórmula era: en presencia de los miembros del concejo de forma solemne y en presencia de toda la vecindad.

En cuanto a la transmisión de la propiedad de las fincas, se hace de la misma manera que lo realiza la legislación consuetudinaria germánica; así lo confirman los actos simbólicos que se ofrecían en los actos previos a la venta del objeto en cuestión. Si se trataba de tierra, (un puñado de tierra); si se trataba de una finca de árboles, (una rama). Respecto a la celebración de los contratos y asuntos de negocios, hay que destacar que cuando llegaban las dos partes a un acuerdo, se daban un apretón de manos. Es digno de destacar también que todas las normas que componen los fueros sobre delitos y penas tienen los mismos rasgos fundamentales del derecho consuetudinario²⁹.

No podemos dejar de lado las instituciones germánicas de tipo penal y de orden civil más importantes del derecho germánico, que anidaron en la sociedad tanto hispana como portuguesa durante la Edad Media y que vivieron hasta mediados del siglo XIV: *La venganza de la sangre, la pérdida de la paz y la prenda extrajudicial*.

V.2. LA VENGANZA DE LA SANGRE

La legislación española que presentaba en los tiempos posteriores a la invasión musulmana era de la misma naturaleza de las costumbres germánicas, y por consiguiente se rompía la paz social, de dos formas: una limitada, quien cometía ciertos delitos a la parte ofendida, la cual tenía derecho a vengarse de la ofensa recibida, y tomarse la justicia por su mano; y otra forma era general, la cual era la referida a la comunidad política y social a la que pertenecía, y consistía en que la venganza pertenecía a todos los miembros de esa comunidad.

Esa enemistad que se creaba entre la parte ofendida y el que sufría el derecho de venganza, se le llamaba *inimicitia*. A la persona que se le señalaba como culpable se les denominaba *homiciero* en de Castilla y Aragón «homicida», en Portugal y Navarra *homizian*, en León *inimicus*. El ciudadano que era imputado por *Inimicitia* era condenado a pagar una multa, y a ser desterrado de la población a la que pertenecía, estando además expuesto a la venganza por parte de la persona ofendida que en un momento dado podría quitarle la vida. Eran numerosos los delitos que podría producir la *Inimicitia*, sobre todo, los delitos que estaban relacionados contra el honor

²⁹ HINOJOSA Y NAVEROS, E. de, *El elemento germánico en el derecho español*. Ed. Imprenta Clásica Española, 1915, pp.18-27.

y de sangre; entre ellos podemos destacar los más graves: el homicidio y la violación.

En los primeros años de la Edad Media, buena parte de las acciones violentas contra las personas, la legislación consuetudinaria visigoda castigaba a muerte a todo aquél que cometía estos delitos, y se le imponía multas, servidumbre o *traditio in potestatem* y ello daba lugar a la venganza de la sangre, por lo que es necesario decir que este monumento jurídico se encontraba muy arraigado en la comunidad, a pesar de la legislación legal que la prohibía tajantemente.

Había además otras clases de delitos que se insertaban en la *inimicitia*, como son las ofensas de hecho, o bien de palabra, así como cuando la mujer se producía en la misma venganza de la sangre como consecuencia de homicidio, cuando ésta elegía al raptor en vez de a sus padres.

Era necesario para iniciar la declaración judicial de la *inimicitia* por la persona ofendida, para que comenzase el proceso legal contra el que había cometido el delito, y se procediese a declararle enemigo. El plazo que existía para presentar acusación por homicidio o bien por otro delito era de sesenta días a un año. Siempre en domingo ante el consejo. En caso de que el acusado negara que hubiese cometido el delito que se le imputaba, tenía que enfrentarse a una persona de igual condiciones para batirse en duelo. Si era vencido, se le declaraba enemigo del concejo; y si la suerte le acompañaba, en tal caso, debía ser «saludado» por quien le acusaba en el campo del combate: ello significaba un indicio de reconciliación.

A la hora de proceder al derecho de acusación, cuando se trataba de homicidio, generalmente casi todos los fueros admitían a los familiares más cercanos de quien había cometido el delito. En primer lugar señalaban al hijo, cuando el padre faltaba, y posteriormente a los demás parientes: el hermano, sobrino y primo hermano e incluso al primo segundo. Para ser llamado a responder sobre la causa, la persona requerida tenía que ser mayor de catorce años.

Durante los siglos XII Y XIII, en los reinos de Aragón y de Castilla, eran muy frecuentes las luchas familiares que se originaban por diversas y variadas causas, y en la mayoría de las veces el homicidio estaba presente. Por este motivo, el protocolo para determinar al culpable, el familiar más próximo al fallecido podía acusar hasta cinco personas, por creer que hubiesen intervenido el dicho homicidio. Tras reunión en el concejo, se

citaba a dichas personas, declarando enemigo al que no comparecía, y el que comparecía y confesaba el delito era desterrado. Algunas veces se acusaba directamente a una sola persona, y los demás convocados quedaban fuera de la denuncia, pasaban a ser libres. Hay que decir que el acusador, cuando señalaba de forma directa al que creía ser el autor de la muerte de su ser querido, tenía la obligación de jurar sobre la cruz y los evangelios, con doce *cojuradores* de su linaje, o en su defecto, vecinos de su localidad, que era cierto que dicho individuo era el causante de ello.

Cuando cualquier ciudadano cometía un delito, bien homicidio o causaba heridas de mayor o menor gravedad a otra, se enfrentaba, además, a desembolsar una cantidad económica, llamada *Wergeld*, en concepto de indemnización por el daño causado, que podía en cierto modo atenuar la venganza de la familia, indistintamente que se pudiera producir. La cuantía económica que el enemigo en cuestión tenía que aportar oscilaba entre quinientos sueldos para los nobles y trescientos para los ciudadanos libres. Dicha cantidad de sueldos se dividía en tres partes, una parte se consignaba al rey, la segunda para el señor de la ciudad o autoridades municipales y la tercera para la familia del fallecido o herido.

El tiempo establecido para pagar el *Wergeld* era de tres plazos de tres de nueve días; pasado el primer periodo de nueve días y el autor del delito no lo hacía efectivo, el juez lo encarcelaba, y pasado el tercer vencimiento y sigue sin hacer frente al pago, es entregado a la familia del difunto, que puede dejarle morir de hambre, sin embargo, de ninguna manera se le podía dar muerte. En algunas ocasiones se les permitía a los familiares cortarle al enemigo la mano derecha.

Después de pagar la multa pecuniaria *Wergeld*, quedaba el estado de «enemistad», dicho estado iba acompañado por el destierro y la *venganza de la sangre*, hasta que la parte ofendida quiera perdonar a su «enemigo». Una vez comprobado que se ha efectuado la pena pecuniaria, se le daba un plazo de nueve días para huir y dejar la población. En caso de que no quisiera abandonar la ciudad, era expulsado de forma violenta, incluso se permitía que cualquier conciudadano pudiera herirle o matarle si presentaba resistencia. Estaba terminantemente prohibido ayudar, acoger, proteger o defenderlo, bajo imposición de elevadas multas.

Era evidente que el derecho de venganza estaba consentido, sobre todo en ciertos delitos, como son los de homicidio y violación de la mujer, sobre todo cuando el autor de los mencionados delitos se le sorprendía *in fraganti*,

y la consecuencia era darle muerte al criminal, sin ser acusado, ya que así lo disponían los fueros de aquella época; es decir, estaba autorizado por las autoridades judiciales.

El derecho de venganza estaba sometido a una serie de restricciones, como no quitar la vida al enemigo en su casa, ni en ningún lugar donde tuviera derecho de asilo. Como es el caso de los privilegios que mantenía la Iglesia, otorgado por los reyes, con el ánimo de amparar a enemigos, para refugiarse en monasterios e iglesias. Una vez que transcurría el tiempo, podía aparecer la reconciliación entre las familias, la que había sufrido la pérdida de su ser querido y la que autora del homicidio. Esta manera de hacer olvidar lo que sucedió entre los dos vínculos y llegar a la *pax*. Se celebraba ante el Concejo, y la forma de realizar la conciliación, era mediante el beso de la paz, el cual se tenían que dar ambos, seguido de un apretón de manos. Este procedimiento de arreglo entre las dos partes se venía haciendo en España desde el siglo XI hasta el XIII en gran parte de los territorios españoles... Este modo de hacer justicia estuvo en nuestro país fuertemente arraigado y fue muy difícil sustituir esta costumbre de origen germánica por otros sistemas de administrar justicia.

Hay que poner de manifiesto que, en la Edad Media, cuando se imponía una pena corporal, se hacía con el ánimo de apaciguar o apagar la sed de venganza que sufría la familia por la muerte de su ser querido hacia quien la había ocasionado.

El poder estatal, muy preocupado por tolerar esta manera de hacer justicia, intentó el cambio de sistema en administrarla, y así eliminar el derecho de tomarse la justicia por su mano. Mediante un sistema de penas que reemplazara la venganza de la sangre. Para que la justicia fuese administrada por los tribunales del Estado, había que concentrarla y reconocerla solo en el poder estatal, al cual se tenía que acudir cuando la persona lo necesitaba, y ese derecho exclusivo de poder acusar a los autores que cometían los delitos de cualquier índole. El Estado organizó una serie de instituciones públicas, con el fin de intervenir, llegada la hora en que la parte ofendida no utilizaba su derecho. La misión que se propuso el poder público no fue tarea fácil a la hora de reemplazar la suerte de hacer justicia, ya que hubo algunas regiones que opusieron resistencia a los cambios que se intentaban hacer, y esto lo demuestra el periodo de tiempo que transcurre en efectuarse en sustituir la costumbre de tomarse la justicia por su mano. Esto ocurre a partir del siglo XIII cuando se llevan a cabo los intentos de llevar a

buen término la sustitución de las penas a imponer a quien cometía un determinado delito, y la época en que se terminó de asentar el procedimiento fue casi finales del siglo XV³⁰.

V.3. LA PÉRDIDA DE LA PAZ

La pérdida de la paz constituye otra herencia procedente del derecho germánico. Existen dos clases de privación de la paz, la primera es considerada como la paz de la ciudad y la segunda es concerniente a la paz del reino. Las autoridades que eran competentes en hacer cumplir los requisitos de la privación de la paz, la cual competía con las propias del municipio de la ciudad en las que moraban los ciudadanos que vivían en ella y la siguiente, la promulgaba el rey.

El significado de hostilidad o enemistad frente a la localidad se sabía, cuando se creaba, el nombramiento de «enemigo de todo el concejo», junto a esto se encuentra además la designación de *proditor*, *traditor*, *traydor*, estos apelativos se basan en que la mayoría de los hechos que se engendraban en la pérdida de la paz pública. Estos hechos eran considerados como hechos o delitos de traición. En ocasiones acusaban a las personas que delinquían con el nombre de *encartatus*, «encartado». El concejo procedía mediante veredicto acusando a determinada persona y proclamando la pérdida de la paz, con el consiguiente envío de una carta.

Como resultado de la privación de la paz, era muy corriente que algún individuo de la ciudad estaba legitimado para dar muerte de manera impune al que estaba encartado, y consiguientemente su casa y sus enseres eran arrasados, destruidos o embargados.

Una vez que se demostraba que cualquier persona demostraba que en ella existían indicios de haber cometido cierto delito, traía consigo y de *ipso facto*, la pérdida de la paz. Solamente existía una excepción, al del origen anterior, y se refería a cuando alguien realizaba ciertos delitos y eran descubiertos *in fraganti*. En este caso, era necesario incoar un procedimiento el cual estaba abocado a establecer el hecho censurable y la consiguiente resolución judicial.

Los delitos que ocasionaban la pérdida de la paz general de la ciudad, relacionados de manera *in fraganti* y que engendraban la pérdida de la paz

³⁰ HINOJOSA Y NAVEROS, E. de, *op. cit.*, pp. 13-69.

en esa época, nos referimos al siglo XIII, donde el Fuero Real, señalaba como delitos propios: el rapto y la violación. Los demás delitos que originaban dicha pérdida de la paz general, por un lado, se referían a las infracciones que se infringían, como es el caso del deber de fidelidad y la desobediencia a la autoridad judicial, la muerte de algún ciudadano sin previo desafío, y cuando se producía una declaración de enemistad. También cuando después de haberse reconciliado, se producía al inconveniente entre las partes, relativo a esta avenencia. Además, como se encontraba en tiempo de tregua, o bien después de haber prestado la *fideiussura de salvo*. Esta institución estuvo muy desarrollada en los reinos de Castilla y Aragón, y consistía en hacer una promesa solemne, con el solo fin de prevenir el riesgo de cualquier futura agresión o daño tanto de muerte como de ocasionar alguna lesión a una persona determinada. Este protocolo lo hacían todas aquellas personas que se sentían amenazadas por alguien, y decidía acudir a la autoridad judicial para que obligase a la persona en cuestión a darle *fideiussa de salvo*, lo cual consistía en declarar ante dicha autoridad la persona de quien se sospechaba podía hacer daño a la que creía sentirse intimidada, en sufrir dicho agravio.

La pérdida de la paz se le imponía a todo aquel ciudadano que se negara a comparecer ante la justicia. También a todo el que no cumplierse con el mandato del acto de reconciliación con el consejo municipal, por no prestar el juramento de *fideiussura de salvo*, por no impedir la huida del delincuente que escapaba de la acción de la justicia. La pena mencionada se imponía a todo el que abusaba de la joven que le estaba confiada, y a la mujer que habitaba con el hombre, sin que fuese servidora suya.

Era frecuente durante los siglos XII Y XIII, en los reinos de Castilla y Aragón, que las autoridades impusieran también la pena correspondiente a la pérdida de la paz, a los homicidas, y a los que violaban el honor de una mujer. Sin embargo, estos delitos eran sometidos en la mayoría de los fueros de otros reinos a la venganza de la sangre.

Una vez que el concejo municipal se pronunciaba en resolución, y el ciudadano era declarado culpable y como resultado sufría la pérdida de la paz, éste tenía la obligación de abandonar la ciudad o reino en el que vivía, y se le concedía un plazo, que generalmente era de treinta días. Concretamente en el reino de Castilla se procedía a anunciar al «encartado» en el mercado de la población a la que pertenecía, con objeto de que todos sus conciudadanos supiesen que estaba condenado a muerte. Una vez que

todos eran conocedores de quién era el «encartado» nadie podía darle cobijo, ni ayudarle, ni ocultarle. Toda la población estaba obligada a colaborar con la justicia. Si cualquiera osaba a no cumplir las normas establecidas al respecto, se le imponía la pena pecuniaria que correspondía al delito de homicidio. Bajo ningún concepto se le daba muerte.

El proscrito debía ser detenido por cualquiera; si alguien lo hiere o le da muerte, no sufre ninguna multa, ni incurre en enemistad. Con esto se demuestra que todos los ciudadanos de una comunidad tenían la obligación de colaborar con la justicia.

Existían además de los delitos ya mencionados, otros de distinta naturaleza, como es el delito de aquel delincuente que devastaba una vivienda, bien por demolición o por incendio. Ello daba lugar a ser acusado de haber cometido este delito y padecía la pérdida de la paz.

Como podemos observar, todos los delitos cometidos por medio de la violencia, aunque fuesen de distinta naturaleza, eran causa para ser despojado de la pérdida de la paz general.

Como deber cívico de todas aquellas personas que convivían en la misma ciudad del «encartado» era la de tomar parte en arrebatarle a éste su morada y de todo aquello que le pertenecía. Con ello se daba a entender que la ciudad le expulsaba para siempre de ella. Si sus bienes eran apreciables y no se destruían, se confiscaban o embargaban, con la consiguiente adjudicación al rey.

La forma de hacer justicia que hemos relatado, perduró en los reinos de León, Aragón Castilla y Navarra hasta muy cerca del siglo XV³¹.

V.4. LA PRENDA EXTRAJUDICIAL

Los germánicos utilizaban una forma muy peculiar a la hora de hacer cumplir las obligaciones contraídas, bien por la demanda de créditos por de la realización de los contratos, las cuales eran muy común en la Edad Media, y nos referimos al monumento consuetudinario, de la prenda extrajudicial.

Para hacer cumplir los compromisos contraídos de las personas, cuando se establecía un contrato, o se pedía un crédito, se aplicaba el cumplimiento

³¹ *Ibid.*, pp. 70-79.

de la prenda extrajudicial, también se hacía la deuda, cuando el propietario de animales, ocasionaban daños hechos, y cuando se introducían en los campos sembrados y ocasionaban grandes destrozos, solía aplicarse esta antigua costumbre, y consistía en preñar los bienes y enseres de la persona que había contraído esa obligación, o bien era dueño de ese animal que había originado dichas pérdidas.

Los objetos que se prendaban eran siempre de naturaleza mueble pertenecientes al deudor. El moroso solo podía ir a la justicia cuando negaba la existencia de lo que se le había prendado, y las consecuencias de ello se ponía en discusión, a pesar de que lo común, en esos tiempos, era que, cuando se producía incumplimiento de la obligación, el acreedor se dirigía directamente al domicilio del deudor y se disponía a preñar los objetos de valor que él creía que podrían ser suficientes para saldar la deuda que había contraído.

La prenda extrajudicial cumplimentaba el procedimiento ordinario con el objeto de que cumplieran todas las obligaciones, tanto del contrato como del delito. Dicho principio se hallaba en numerosos fueros de Castilla y Aragón durante los siglos XII Y XIII. La prenda extrajudicial podemos decir que significaba ser una herramienta para que el acreedor en parte obligara al deudor a que cumpliera con lo que había pactado y a la vez servía de garantía para que el acreedor en cualquier momento deseara hacer efectivo el mencionado crédito. Sus muebles y objetos de valor pasaban a manos del acreedor, el cual estaba obligado a protegerlos hasta que el deudor hacía efectivo el compromiso o bien presentaba un fiador. Esta medida se producía si finalmente el deudor no se oponía en cuanto a lo que se le pedía en la demanda; de otro modo quedaba subordinado a lo que surgía del litigio entre acreedor y deudor. Había algunos fueros pertenecientes a Castilla y Portugal que exigían, antes de proceder a preñar, que el acreedor requiriese al deudor para que saldase la deuda: esta diligencia se producía mediante acto en presencia de testigos. En caso de que el deudor no hiciera efectivo la deuda o no presentase un fiador, se consideraba legal la prenda. También podría ocurrir que el deudor deseara poner su demanda bajo un juicio arbitral, en cuyo caso y en algunas ocasiones ocurría que el deudor quedase libre de ser preñado.

Por otra parte, algunos fueros eran partidarios de prohibir preñar al deudor más de una vez al día, sin embargo, en otros dominios si era legal. Esa frecuencia en los actos celebrados para hacer efectivo la prenda privada

varias veces, tenía el fin de violentar al deudor, e intentar que liquidara lo más rápido posible su deuda.

Cuando el acreedor se disponía a efectuar la prenda extrajudicial al deudor, generalmente iba acompañado de varios vecinos, con el simple propósito de servirles de testigos. Algunos acreedores creían necesario en vez de ir acompañados de quien pudiese declarar lo que se pretendía prender, le escoltara el sayón de la ciudad (nos referimos al personaje llamado verdugo, e individuo que procedía a ejecutar las penas a los con siguientes reos). De todos modos, diremos que en ningún caso acudía funcionario alguno que perteneciera a la autoridad judicial o compitiera al poder del Estado, es decir, quienes realizaban todo el protocolo y ejecutaban la prenda extrajudicial, correspondía solo al acreedor.

En los actos en los que se realizaban el embargo preventivo de los bienes del deudor, estaba totalmente prohibido portar armas de ningún tipo, debido a que se produjesen actos de violencia en el transcurso del mencionado acto. En cuanto al tiempo que el acreedor tenía para ejecutar la prenda extrajudicial, en los tiempos de la Alta Edad Media parece ser que no existía un límite de tiempo, más adelante la costumbre decidió que tal acto se ejecutara de tres en tres días; Pasado el límite de tiempo estipulado y el acreedor no había recibido el importe de su crédito, o bien era negado a la llamada a su puerta, el acreedor, se sentía legitimado para dirigirse al juez con el fin de que el deficitario le abriera la puerta de su vivienda y se permitiese a proceder a prender sus bienes muebles, en consonancia a la deuda que había contraído y a la pena pecuniaria que hubiese lugar.

El acreedor no podía prender cuando quisiera, en la inmensa mayoría de los lugares de los reinos de Aragón, Castilla y Navarra, estaba prohibido efectuar el mencionado acto, ciertos días en el año, como son los domingos, las fiestas religiosas, el día del mercado, en los días de ayuno, antes de la misa matinal, los días de antes y después de la época de la recolección, el día de San Pedro, y el día de San Agustín. Tampoco estaba permitido efectuar la prenda en la onomástica del deudor, o bien de su fiador.

La figura de fiador era considerada en algunos fueros como el sujeto que estaba obligado a ser prendado en lugar del fiador, si éste era insolvente. Otros fueros dejan al albedrío del acreedor para que eligiera a quien quería prender, si al deudor o al fiador. En algunas ocasiones se podía prender por deudas contraídas por parte de los familiares del deudor o de sus vecinos. Como consecuencia de ser familiar de un deudor podía estar sometido a ser

prendado. Esta garantía de forma colectiva se hallaba en el fuero de Salamanca, en el susodicho caso de que el deudor no tuviese suficientes bienes muebles para saldar la deuda, se procedía a prender a los familiares de éste, bien si habitan en la misma población, o en otras ciudades cercanas a la del deudor.

Existía además en algunos fueros de León, Castilla y Aragón la figura de la prenda extrajudicial del vecino, por deudas contraídas por otro habitante. Esto se refería a la prenda privada del forastero, cuando éste no tenía fiador ninguno y no se sometía al mismo juez que el demandado.

Existían algunos fueros que, para poder prender en otras ciudades, era necesario la autorización por parte de las autoridades del consejo, al cual pertenece al que prenda. Los objetos y enseres que se disponían a ser prendados no podían embargarse si eran imprescindibles en la vida del deudor, como es el caso del caballo, las bestias utilizadas para el sustento diario, las armas, la cama del enfermo, así como de la mujer que estaba embarazada y su vestimenta. Sin embargo, se podía prender, las puertas de la vivienda, y las tejas de la misma. Como dato curioso en Navarra se podía prender el cadáver del deudor.

En todos los fueros pertenecientes a los reinos que existían en España durante la Edad Media existía un principio general que todo acreedor tenía la obligación de respetar, y nos referimos a que la prenda extrajudicial solamente podía retenerse y jamás adquirirla con ánimo de apropiarse de ella, así como de hipotecarla, ni usarla.

El derecho visigodo concedía un plazo indeterminado para proceder al pago de la deuda, no obstante, algunos fueros solían señalar un plazo de tres a nueve días para que el acreedor como responsable de los bienes muebles prendados del deudor, velara por todo aquello que les pudiese sobrevenir, en cuanto a su culpa o negligencia, así como a la depreciación de dichos enseres.

En la mayoría de las regiones de España se encontraba muy desarrollado el derecho del acreedor de prender el ganado del deudor, así como sus animales domésticos, con el ánimo de satisfacer las deudas que éste había contraído. Uno de los fueros que regula este trámite es el fuero de Teruel.

En el reino de Aragón una vez que el acreedor había prendado el ganado del deudor, solían pactar las dos partes en connivencia, y procedían a la venta de dichas reses y se satisfacía de esa manera la deuda contraída. En

caso de que se vendiese el ganado y no fuese suficiente para liquidar el total de la deuda, el deudor podía seguir prendado. Los responsables del ganado prendado que huían fuera de la ciudad y se trasladaban a otros lugares, donde por circunstancias no podían ser perseguidos, se ordenaba al propietario del campo donde pernoctaban los animales, y se les autorizaba para prenderlos en casa de quien en ese momento poseía las reses. Este acto de prender lo hacía la persona autorizada en compañía de vecinos de la localidad en que se hallara. Cuando se producía la escapada con el ganado a otro lugar para intentar no ser prendado por el acreedor, en numerosos casos se dejaban escondidas las reses en algún corral de la nueva población, y por eso, de la causalidad era descubierto, la autoridad se dirigía al pregonero para que diese un pregón, e intentar que el dueño se diera a conocer. Si no aparecía, se ordenaba a que los animales fuesen llevados a los montes más cercanos para que pastasen.

Otro de los derechos que ostentaba el acreedor en el derecho de prenda, con referencia a los animales que hacían labores en el campo, así como los que eran de compañía, como por ejemplo el caballo, y teniendo en cuenta que el prendador no tenía responsabilidad alguna si a esos les ocurría alguna desgracia, dependía siempre de la condición de si quería o no alimentarlos, en el supuesto caso que decidiera no hacerlo, y como consecuencia de ello el animal pereciera de hambre, solo estaba obligado a guardar la piel del mismo y presentarla ante el consejo y dar las oportunas explicaciones, hechas bajo juramento y probar así que los restos del animal expuestos pertenecían a los que habían sido prendados.

V.5. LA PRIVACIÓN DE LA SEPULTURA DE LOS DEUDORES

Las primeras noticias que aparecen sobre esta maléfica y brutal costumbre, de privar de la sepultura al deudor encausado, aparecen en el siglo IV, y como prueba de ello expondremos los comentarios que, hizo el arzobispo de Milán, San Ambrosio. Este nos relata como espectador de esta sorprendente costumbre, vigente ya en la Baja Edad Media, y al parecer muy acorde en aquellos tiempos en Italia.

Cuantas veces he visto a los usureros exclamar de retener como prenda los cadáveres; consitiéndolo yo, de buen grado, que estrechasen de esta suerte a su deudor, para que, dirigida la acción contra éste, quedara el fiador libre de responsabilidad, pera tales son las facultades del Usurero Decidles, pues: sujetad a vuestro reo, y para que no pueda evadirse, lle-

vadle a vuestra casa y encerradlo en vuestra cámara, mostrándoos de esta suerte más duros que los propios verdugos. La cárcel no recibe y el recaudador resuelve al que vosotros retenéis en prisión; la cárcel despide a los criminales después de muertos; vosotros los encerráis. El difunto es absuelto por la severidad de las leyes y es retenido por vosotros.

A continuación del relato del monseñor, añade con posterioridad, dirigiéndose al usurero, que pensara detenidamente lo que estaba haciendo, como si quisiera advertirle sobre las posibles consecuencias morales que le originarían. Y en algunos casos el acreedor cedía del intento de seguir adelante con su intención y dejaba que su familia enterrase al cadáver.

En la misma época, allá por el año 526, en el Imperio bizantino el Emperador Justino se dispuso a poner fin a tan inhumana costumbre. En principio este emperador, ante la situación del bochornoso abuso que daba el acreedor, declarando nulo el procedimiento en cuestión de cuanto hiciesen los familiares y amigos del difunto para exonerar la deuda del acreedor, en parte cegado en privar la sepultura a su deudor. Ordenó además que todas las cosas volvieran al estado en el que se hallaba antes de que el acreedor empleara la violencia e intentara presionar a los parientes del deudor. Impondría una multa a éste por no poder hacer frente a la deuda contraída, y si no podía pagarla, le aplicaba la correspondiente pena corporal.

Las medidas que empleó el Emperador Justino no fue del todo lo eficiente que se esperaba, y su sucesor Justiniano decidió imponer nuevas penas incluso más severas que su antecesor, que sin éxito en su deseo quiso acabar con el comportamiento violento que seguía aconteciendo en la colectividad, cuando el acreedor perseguía inmune a los parientes y amigos del deudor, en los momentos que se dirigían al cementerio para dar sepultura al deudor.

El Emperador Justiniano impuso castigos a todo aquel que molestara al deudor enfermo o a su familia, o que se tomara la justicia por su mano, apropiándose de sus bienes, con la pérdida de sus derechos hacia el deudor, e incluso tendría que pagar todo el montante que le reclamaba a la familia y herederos del difunto. Este correctivo se le imponía también a todo aquel que se opusiera a darle sepultura al muerto.

Tras las duras disposiciones que introdujo Justiniano para erradicar esta diabólica costumbre en el periodo que estuvo vigente, comenzado en el periodo del Imperio bizantino, y a pesar de ello, no fueron suficientes tales medidas y todo ello debido a que la dañina costumbre de impedir dar la

sepultura al que se había comprometido en saldar una deuda y no podía hacerlo, demuestra todo ello lo arraigada que estaba la mencionada norma consuetudinaria en la sociedad³².

La situación que presentaban los ciudadanos que contraían deudas en España, parece ser que es similar a los demás países de la Europa cristiana. Según el contenido de todos los fueros que regulaban la costumbre respecto al comportamiento que ofrecía el acreedor frente al deudor en el momento que prendaba sus bienes muebles, tanto con posterioridad al estar enfermo, o se hallaba de cuerpo presente, y finalmente cuando se hallaba empotrado en un ataúd y transportado al cementerio, en la mayoría de las veces el comportamiento de la parte acreedora era despreciativo y violento, y lo mismo sucedía con toda la familia y amigos que intentaba oponerse a la voluntad del prendador, si no le saldaban la deuda.

En cuanto a la existencia de esta bárbara costumbre en nuestro país, se sabe que el testimonio más arcaico al respecto se encuentra en la jurisprudencia del Fuero general de Aragón, fuente de derecho, la cual nos habla de un suceso, en el que un individuo demandado ante los tribunales negó rotundamente las alegaciones que pedía el actor en la demanda, mediante juramento ante el concejo de los hechos que le acusaban. Dicho acreedor que le acusaba desafió al acusado, alegando que el deudor estaba cometiéndolo perjurio. Se dejó transcurrir el tiempo, y cuando pasaron diez años volvió el actor a las andadas y volvió a desafiar al mencionado acusado, el cual se hallaba muy enfermo, pero a pesar de ello aceptó el desafío, alegando con la condición de hacerlo con una persona que estuviese en su misma situación. Pasados unos días falleció el enfermo, y llevado por sus parientes al cementerio, el cortejo fúnebre fue increpado y el acreedor se apropió del cadáver, con el mismo propósito de siempre, prestar la fianza y liquidar el coste de la demanda.

Unos días después la familia del mencionado deudor fallecido y el acreedor que litigaba prestaron fianza sobre el asunto que les traía, y unos días después, volvieron a presentarse ante el monarca, y oídos ambos, se dictó una resolución en favor de la familia del deudor, y fue debido a que el actor había presentado al año y un día presentó las pruebas del supuesto perjurio que afirmaba el acreedor, es decir, fuera de plazo requerido para que fuese válido y por consiguiente dichas alegaciones habían prescrito,

³² *Ibid.*, pp. 149-152.

siendo condenado al pago de quinientos sueldos de multa, por haber impedido que se le diera entierro al demandado. Como podemos ver lo que el rey condena no es precisamente el hecho de impedir el enterramiento, sino la caducidad de la acción de la demanda de perjurio. Aquí se demuestra que el impedimento de la sepultura del deudor se encontraba vigente y se permitía en este reino.

El tema que nos ocupa estuvo presente en la mayor parte del territorio nacional y europeo hasta primeros del siglo XIX, lo cual demuestra el arraigo tan profundo que sostuvo semejante costumbre.

Cómo justificar tan bárbaro comportamiento en las personas que, por su propio egoísmo e interés económico, dilapidaban, moral y económicamente a otras, sin ningún miramiento, ni respeto, y solo les guiaba el afán de ser recompensados, simplemente por haber ofrecido y concedido un crédito, y con posterioridad, queriendo satisfacer la deuda sin ningún miramiento hacia la persona que con toda seguridad no podía hacer frente a ello, y al final se dejaba embargar sin ninguna piedad.

Estos monumentos consuetudinarios, como la venganza de la sangre, la pérdida de la paz, en el orden penal, así como la prenda extrajudicial y la privación de la sepultura de los deudores, en el orden civil, no son más que enfermedades de los estados económicos y social, que tienden a perjudicar a la población de una nación.

Cuando las personas no hallan en quien dirige un país, y están ausentes las garantías suficientes que necesita y que es necesario tenerlas, para que sirvan de protección, en este último caso de los intereses económicos, que afectan a su propiedad. Cuando el Estado carece de medios suficientes y son esenciales para que se produzcan las condiciones de la vida cotidiana, hay que decir que el país en cuestión está en plena decadencia, y surge de manera evidente el fenómeno de tomarse la justicia por su mano.

Todos los procedimientos que se utilizaban en los tiempos de la Edad Media estaban sustentados en tres principios: las promesas que se hacían respecto a la protección que había asignada en la legislación, la débil eficacia del poder del Estado que había para dar garantía a su cumplimiento y la confianza que podía tener el pueblo en la acción de los tribunales. Ni las promesas que se hacían de protección eran ciertas, ni se insertaban en las leyes, y tampoco el Estado era lo suficientemente organizado para que se

pudieran cumplir dichas leyes, ni menos aún los tribunales de justicia podían asegurar el amparo a quien acudía a ellos.

La mayoría de los defectos que adolecen de manera general, como hemos visto en la última fase de este artículo, viene a recordarnos que, cuando los ya descritos y analizados monumentos consuetudinarios y también llamadas costumbres antiguas vieron la luz, podríamos decir que viajaban por el tiempo en las mentes de la sociedad, quedando adormecidas, pero pendientes de aparecer precisamente en el pueblo, cuando no encuentran en el Estado, o en quien le guía, las suficientes garantías que protejan sus derechos, así como sus intereses, y queden en el abandono.

Todo hace pensar que las mencionadas instituciones y costumbres ejercieron fuera del sentido común social, y navegaron en su negativa condición agarradas a la decadencia que se desprendía del poder que ejercía el Estado. Todo ello trae como consecuencia la reacción inmediata del pueblo, al no encontrar otro camino que tomarse la justicia por su mano³³.

CONCLUSIONES

En España el pueblo visigodo adoptó la influencia del derecho romano en cuanto a ser su Derecho legal, como así lo demuestra el *Liber* o *Lex Wisighotorum*, pero sin embargo éste siguió fiel a su derecho consuetudinario de reminiscencia germánica.

El arraigo de las costumbres visigodas en la sociedad de la Península Ibérica, durante el largo periodo de la Edad Media, fue trascendental y significativo en el modo de ejercer y administrar justicia y esto lo pone de manifiesto los monumentos consuetudinarios de índole penal, procesal, civil y familiar. Estas instituciones son las que componen el denominado Elemento germánico en el derecho español, y que constituyeron la base de nuestras costumbres de la mayoría de las regiones de nuestro país.

Eduardo de Hinojosa, después de su estancia en Alemania y haber contactado con los investigadores de la segunda generación de la Escuela Historia Alemana, fundada por Friedrich Karl von Savigny, inmerso en sus investigaciones referentes al Derecho romano, y por causas aún desconocidas, cambia de aptitud, y con gran acierto según nuestra impresión decide

³³ HINOJOSA Y NAVEROS, E. de, *Estudios sobre la historia del derecho...*, op. cit., pp. 153-163.

comenzar un método distinto de investigación, llamado comparativo, y lo pone a prueba en el análisis las instituciones germánicas de derecho consuetudinario acaecidas en la Península Ibérica, por el pueblo ario que comenzó a invadirnos, a principios del siglo V.

Este ilustre historiador, después de su estancia en Alemania –como se ha dicho– importa dichos métodos, suponiendo un cambio importante en su visión investigadora, decidiendo dar de esta manera un paso importante y trascendental en nuestra historia del derecho consuetudinario.

El análisis que hacemos en este artículo sobre las mencionadas costumbres visigodas, relatadas por Hinojosa, viene a demostrar la dureza con la que la población se permitía de alguna forma en administrar justicia, ante la observación de poder del Estado, aunque intentó en numerosas ocasiones en desterrar y anular estas singulares y terroríficas formas de aplicar derecho, que el pueblo seguía adoptando de manera consecutiva para defenderse y quedar satisfecho ante los delitos que se cometían contra él.

Sin embargo, ese mismo Estado que trataba de impedir esa actitud del pueblo, para él incorrecta, no ponía ningún medio eficaz para impedirlo. Es decir, el pueblo actuaba ante la ineptitud del poder de quien era ajeno a esta situación. Consecuencia de la decadencia y pésima actuación del poder Central, que no poseía una verdadera organización de justicia que pudiera defender y ofrecer serias garantías a esa sociedad en los distintos intereses que pertenecían a los ciudadanos, tanto de índole económico y de nivel personal, para que dichos seres humanos viviesen con una relativa tranquilidad. La Historia ha demostrado que un pueblo cuando se siente desprotegido, reacciona de forma automática con sus propios impulsos, evidentemente crueles y desmesurados, pero al fin al cabo necesario para impartir justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ALTAMIRA Y CEVEA, R., *Historia en el Derecho Español*. Madrid, 1903, p. 18.

——— *Historia del Derecho Español*. Librería General de Victoriano. Madrid, 1903, pp. 87-88. Disponible digitalmente en: consulta el 20 de abril 2021. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/HISTORIA%20DEL%20DERECHO%20ESPA%C3%91OL%20DE%20RAFAEL%20ALTAMIRA.pdf>

- ÁLVAREZ GÁLVEZ, I., «Una aproximación a la Escuela Histórica del Derecho según F.K. Von Savigny ». *Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, n.º 5, 2002.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Joaquín Costa, jurista y sociólogo*, Universidad Carlos III, Madrid, 2018.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Edición del tricentenario, actualizado año 2020.
- GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, R., *Elementos formativos del Derecho en Europa: germánico, romano, canónico.*, Granada, 1982.
- «Concepto de la historia del derecho español (1947)». *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n.º 6, (1988), pp. 337-409.
- HINOJOSA Y NAVEROS, E. de, *Estudios sobre la historia del derecho español*. Madrid 1903.
- *El elemento germánico en el derecho español*. Madrid, Imprenta Clásica Española, 1915.
- LÓPEZ NEVOT, J.A., «La recepción de la historiografía jurídica alemana en España (1843-1936)», en CZECHUN, Ignacio (coord.): *Recht im Wandel-Wandel des Rechts: Festschrift für Jürgen Weitzel zum 70. Geburtstag*, 2014, pp. 555-582.
- «Eduardo de Hinojosa, Historiador del Derecho». *Revista del Derecho, Empresa y Sociedad*, n.º 12 (2018), pp. 29-37.
- MARTÍNEZ NEIRA M. /A. SALGADO CARRANZA, A., *El elemento germánico en el Derecho español / E. de Hinojosa*, Ed. Dykinson 2019 disponible digitalmente en: <http://hdl.handle.net/10016/28877pdf>
- MORAN MARTIN R. Ed. e-legal History Review. ISSN 1699-5317, n.º 30 (2019) <http://centenariohinojosa.edu.umh.es/wpcontent/uploads/sites/1417/2019/03/HINOJOSA.-TORRES.-e-LHR-0.pdf>
- SAVIGNY, F. de: *De la Vocación de nuestro siglo para la legislación y para la Ciencia del Derecho*.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: «Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho en España», *Anuario de historia del derecho español* , n.º 63-64 (1993-1994), pp.1065-1088.

