

Cotitularidad y comunidad

Gesammte Hand o comunidad en mano común (*)

II.—LA COMUNIDAD EN MANO COMÚN EN EL DERECHO ESPAÑOL.

A) *La comunidad en mano común en la doctrina y en la jurisprudencia españolas.*

La distinción entre la comunidad en mano común y la comunidad por cuotas ha tenido repercusión en algunos ordenamientos modernos. Así, el Código civil alemán, para el caso en que un derecho pertenece a varias personas, admite dichas dos situaciones de cotitularidad, si bien, en la duda, presume existente la comunidad romana o por cuotas ideales (§ 741) (1), y aplica la comunidad germánica para la ordenación jurídica de la comunidad hereditaria, la sociedad civil y la comunidad conyugal de bienes (2). Igualmente, o en términos análogos, el Código civil suizo (3).

No ocurre lo propio en los Códigos del grupo latino, los cuales sólo acogen la comunidad romana o por cuotas. El nuestro, influido por el francés y por el Derecho romano, no trata orgánicamente más que la comunidad por cuotas intelectuales o abstractas (4 y 5).

(*) Véase el núm. 215 de esta REVISTA.

(1) Vid. Wolff: *Derecho de cosas*, vol. I, págs. 548 y sigs.

(2) Cód. alemán, párrafos 741 y sigs., 705 y sigs., y 1.437 y sigs.

(3) Código civil suizo, arts. 646 a 654, 215 y sigs., 544 y 602 y sigs.

(4) Cfr. Castán, *Derecho civil*, II, págs. 196 y 197; Pérez y Alguer, *Notas a Enneccerus. Derecho de obligaciones*, vol. II, pág. 429; Valverde: *Tratado de Derecho civil español*, II, 1910, pág. 238.

(5) Vid. art. 392 y sigs. del Código civil español.

Algunos escritores patrios, con criterio demasiado rigorista, llegan a la radical conclusión de que el Código español no conoce más que el condominio romano y que, por tanto, no es lícito dar carta de naturaleza en nuestro sistema positivo a la comunidad de tipo germánico (1).

Sin embargo, las exigencias de la técnica y las necesidades de una adecuada sistematización jurídica obligan a acudir a la *gesammte Hand* para explicar ciertas especiales relaciones o situaciones en que una cosa, y más generalmente un patrimonio, pertenece conjuntamente a varios sujetos, de tal modo que no pueden ser encuadradas en el concepto del condominio romano o por cuotas.

Cierto sector de la doctrina francesa y especialmente italiana ha hecho uso de dicha forma de comunidad con relación a determinadas figuras e instituciones jurídicas. Esta orientación doctrinal, que tiene sus más destacados representantes en Masse (2) y Ferrara (3), ha sido aceptada por autores del renombre de Chironi (4), Cicu (5) y Antonio Scialoja (6).

Tampoco en la doctrina española faltan autores que hayan hecho de la *gesammte Hand* concreta aplicación a instituciones determinadas, entre ellas, como más señaladas, la comunidad matrimonial

(1) Por ejemplo, Chamorro Piñeiro («Los derechos hereditarios», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril, 1941, pág. 333), tratando de la comunidad hereditaria, dice: «No es preciso—ni parece posible en nuestro sistema legal—salirse del tipo de la comunidad romana, único conocido por el ordenamiento de los derechos sobre cosas.» Igualmente, De la Cámara («El Derecho hereditario in abstracto», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, julio, 1926, págs. 505 y 506) declara que nuestro Código «desenvuelve las ideas de comunidad de bienes y condominio por los cauces del Derecho romano, sin dejar resquicio por donde introducir—como forma de copropiedad—el dominio en mano común de los germanos.»

(2) Masse: *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*. París, 1902.

(3) Ferrara: «Tracce della comunione di Diritto germanico nel Diritto italiano, en *Rivista di Diritto Civile*, 1909, págs. 498 y sigs., recogido en su *Teoría de las personas jurídicas*; vid. también *Trattato di Diritto civile italiano*. Roma, 1921, págs. 455 y sigs.

(4) Chironi: «Comunione degli utili fra coniugi», en *Studi e questioni di Diritto civile*, III, págs. 492 y sigs.

(5) Cicu: *Il Diritto di famiglia*, Roma, 1914, pág. 101.

(6) Scialoja (A.): *Sulle origine delle società commerciali*. Torino, 1911.

de bienes, la comunidad hereditaria, el consorcio foral aragonés y los aprovechamientos comunales, en los términos que a continuación se verá al tratar de cada una de dichas entidades (1).

Fuera injusto silenciar la gran labor desarrollada, a este respecto, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, con su técnica siempre moderna y progresiva, al par que serena y estudiada, ha adaptado al molde de la comunidad germánica la sociedad de gananciales, la comunidad hereditaria y la propiedad comunal, llegando incluso, en la resolución de 8 de julio de 1933, a consagrar doctrinalmente la distinción entre la comunidad por cuotas y la comunidad en mano común (2).

Ciertos autores, sin embargo, aun reconociendo la semejanza existente entre la comunidad de derecho germánico y ciertas insti-

(1) Incluso algunos autores intentan una visión más amplia y genérica de las posibilidades de aplicación de la *gesammte Hand*, y así dice el profesor De Castro (*Derecho civil de España*, Valladolid, I, pág. 493, nota 2) que «en el Derecho español se puede utilizar para la sociedad de gananciales, la sociedad familiar gallega, la sociedad continuada aragonesa, ciertos tipos de comunidad, etc.». Y en el mismo sentido dicen Pérez y Alguer (*Notas a Wolff. Derecho de cosas*, vol. I, pág. 553) que «el Código civil no da base para el examen de las dos modalidades de comunidad por cuotas y de comunidad en mano común, siquiera se señalen instituciones especiales donde tiene reflejos la doctrina de la comunidad germánica. ., como son, por ejemplo, la comunidad conyugal y la de coherederos.» Vid también Pérez y Castán, *Notas a Kipp-Wolff, Derecho de familia*, vol. I, págs. 416 y sigs. En análogo sentido, Hernández-Ros Codorniu («Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición. ¿Cuándo se transfieren a la mujer?», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1943, páginas 510 y sigs.) considera como supuestos concretos de *gesammte Hand* la comunidad entre coherederos, la propiedad comunal, la comunidad conyugal, las comunidades familiares del Derecho foral y la sociedad.

(2) «La técnica civil moderna—expresa el ilustrado Centro—ha puntualizado la existencia de dos tipos definidos para los casos en que la titularidad de derechos sobre las cosas viene atribuida simultáneamente a dos o más sujetos: comunidad de tipo romano—*condominium iuris romani*—, en que parece inspirarse nuestro Código civil, y según el cual, la cosa corresponde por cuotas ideales a cada uno de los condóminos, quienes además pueden ejercitar en todo momento la acción de división; y la copropiedad de tipo germánico—*condominium iuris germanici*—, según la que los condueños forman una colectividad a la que pertenece la cosa o derecho, sin que corresponda a ninguno de los que integran aquélla la propiedad de cuota real o ideal, ni la facultad de ejercitar la *actio communi dividundo*.»

tuciones, rechazan su aplicación a las mismas (1). Messineo, por ejemplo (2), comparando la *gesammte Hand* en su forma originaria y primitiva con la comunidad matrimonial de bienes, rechaza su reducción a una idea unitaria por estimar existentes entre ellas determinadas diferencias. Pero este criterio es equivocado, «pues —como dice Ferrara (3)—sabido es que la *gesammte Hand*, como todo otro instituto jurídico, se ha transformado en el transcurso de los siglos, atenuándose y perdiendo alguno de los elementos primordiales; por consiguiente, no basta constatar que algunos caracteres habían llegado a, menos para negarla, sino que debía examinarse si en la ulterior fase de desenvolvimiento jurídico se mantenía este tipo, inspirando la reglamentación de tal régimen entre cónyuges. También la comunidad conyugal moderna del Código germánico no es semejante a la del derecho antiquísimo; sin embargo, ninguno niega la relación de filiación histórica y la persistencia patrimonial relacionada con el vínculo personal de los sujetos, y todas las particularidades de este ordenamiento encuentran la explicación más armónica y transparente en los principios de la comunidad de derecho germánico, mientras que abandonando este hilo conductor se entra en un mar de confusiones y sutilezas».

Por otro lado, no ha de darse nunca al olvido el valor relativo y limitado de los conceptos en cuanto son creaciones lógicas de que nos valemos para una mejor aprehensión de los fenómenos jurídicos que se dan en la vida real. Una institución, un complejo de relaciones jurídicas, pertenece al mundo de los hechos empíricos; un concepto, una determinada categoría jurídica, forma parte del mundo de las ideas, de la Lógica. Una adaptación exacta entre la idea y lo que se trata de representar, entre el fenómeno jurídico y la construcción técnica, es sumamente difícil de conseguir. Los conceptos y las clasificaciones no son, al fin y al cabo, sino esquemas abstractos, recursos o expedientes técnicos que aplicamos a la multiforme variedad de los hechos objetivos para su conocimiento exacto y sistemático; una adecuación perfecta entre los unos y los otros es, puede decirse, casi imposible. De aquí que toda construcción jurídicodogmática, demasiado rígida siempre por muy perfec-

(1) Vid Verga: *Le comunione tacite familiare*, 1930, págs. 136 y sigs.

(2) Messineo, ob. cit., págs. 52 y sigs.

(3) Ferrara: *Trattato di Diritto civile italiano*, Roma, 1921, pág. 457.

ta que sea, ofrecerá resquicios y claros por donde la realidad del derecho vivido, elástica y variable, no dejará de mostrar ciertas peculiaridades irreducibles a ser esquematizadas de modo geométrico. Pero este defecto, inherente a toda construcción técnica, no puede inducirnos al equívoco de rechazarla, siempre y cuando se compruebe su bondad esencial y su valor jurídico, pues de otro modo sólo obtendríamos una masa amorfa de datos y hechos asistemáticos e incapaces de ser objeto de una ordenación verdaderamente científica (1).

Además, y como ha dicho un autor patrio (2), «si nos dejáramos llevar de la corriente de aquellos escritores que, al comparar dos instituciones, cuidan con preferencia de apuntar hasta las más nimias y accidentales diferencias, incurriríamos en el error de desnaturalizar y desarticular el derecho, porque para crear las diversas categorías jurídicas interesa, tanto o más que marcar diferencias, destacar analogías, puntos de contacto, como para formar una cadena no basta con poner los eslabones sueltos, sino que la cadena será útil cuando los tengamos sucesivamente unidos».

(1) «Los conceptos—ha escrito recientemente Carnelutti (Prefacio a la edición española de las *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, traducción de Guasp, Barcelona, 1942, pág. 10)—son precisamente el producto de la anatomía, esto es, del análisis; mejor dicho, son construcciones mentales que nosotros formamos descomponiendo y reconstruyendo la realidad y constituyen el elemento indispensable de la ciencia.» «Mi intención y mi método—prosigue luego, pág. 12—se refieren precisamente a la fusión del conceptualismo y del realismo jurídico. A propósito de lo cual, conviene hacer saber que la concepción realística del conceptualismo no se obtiene en absoluto limitando la formación de conceptos, es decir, contentándose con conceptos menos acabados o, en suma, con medios conceptos; si haber llevado hasta el máximo posible, en los límites de mis fuerzas, la finura conceptual quiere decir conceptualismo, yo soy verdaderamente el conceptualista más intransigente entre los juristas italianos. La verdad es que, en mi opinión, la intervención del realismo para evitar los peligros de esta dirección consiste, por el contrario, solamente en darse cuenta de que una cosa son los conceptos y otra los datos; mientras que éstos se hallan en la naturaleza, aquéllos se hallan en el pensamiento, y, por eso, deben ser comprobados continuamente, atendiendo a la experiencia.» «Un jurista puede multiplicar y afinar sus conceptos hasta el extremo, con tal que los extraiga de la experiencia y los sumerja continuamente en ella, experiencia que no es sólo la Ley, sino su aplicación diaria.»

(2) Donderis Tatay: *La copropiedad*, pág. 76.

B) *El origen histórico de la misma en nuestro Derecho.*

Para negar la existencia de la *gesammte Hand* en los Derechos del llamado grupo latino, ciertos tratadistas se apoyan en razones de tipo histórico. «Cuando, en efecto—dice Messineo (1)—, no se conjetura simplemente, sino que se afirma una verdadera relación genética entre un principio y una institución jurídica, se tiene la carga de hacer tangible la sustancial uniformidad del concepto que inspira a entrambos, y de ahí la constante inmanencia del principio mismo en la comunidad conyugal a través de todo su desenvolvimiento histórico.»

A dicha tesis cabe oponer :

1.º Que afirmar la génesis germánica de una institución no implica desconocer el posible influjo que otros factores extraños al Derecho germano hayan podido ejercer sobre la misma (2).

2.º Que por nuestra parte, y en cuanto al Derecho español se refiere, cuando afirmamos que determinadas figuras jurídicas (comunidad conyugal de bienes, comunidad cohereditaria, propiedad comunal, consorcios domésticos de nuestras regiones de Fuero, etcétera) son situaciones de *gesammte Hand* o propiedad mancomunada, no queremos con ello decir que traigan su causa histórica directamente del Derecho germano, sino simplemente que se trata de supuestos jurídicos que doctrinalmente pueden ser explicados mediante el expediente dogmático de la *Gemeinschaft zur gesammten Hand* o comunidad sin cuotas; esto es, de fenómenos que encajan exactamente en el marco conceptual de dicha forma de cotitularidad, de institutos jurídicos cuya naturaleza, régimen y funcionamiento se adecúan en un todo sustancial a los cánones característicos de la *gesammte Hand* del Derecho de familia germánico.

Es más, y sin que esto suponga desconocimiento o menosprecio

(1) Messineo, ob cit., pág. 47.

(2) Es innegable que en el desarrollo histórico de la comunidad matrimonial como régimen económico debió influir, y en no pequeño grado, la tendencia a una protección cada vez más enérgica de los derechos de la mujer, así como las ideas cristianas sobre la plena compenetración de vida de los esposos. Vid. Messineo, ob. cit., págs. 47 y sigs.; Castán: *Derecho civil*, III. pág. 527.

de las influencias germanas en este punto, hemos llegado al convencimiento más acabado de que dichas situaciones de comunidad tienen su auténtico entronque histórico en el primitivo Derecho celtibérico, en el *substratum* indígena nacional, que ni la dominación romana ni la invasión bárbara pudieron borrar.

Indudablemente—hace notar Cárdenas (1) respecto a la comunidad matrimonial de bienes—, entre los romanos no se conoció jamás este derecho, que era incompatible con la precaria situación jurídica de la mujer.

a) El *origen germánico* de las comunidades matrimoniales de bienes ha sido defendido por Hinojosa (2). «Encontramos en todos los Estados cristianos de España—dice el ilustre historiador de nuestro Derecho—la comunidad absoluta de bienes como régimen preferido para ordenar los de los esposos, con los nombres de *germanitas*, *hermandad*, *hermanamiento*, *agermanament* y a veces *unitas*. La extensión con que se usa, difícilmente explicable por haberla tomado unos Estados de otros, conduce a establecer la conclusión de que la comunidad de bienes procede del Derecho consuetudinario visigodo.» También Cárdenas (3) cree que el origen de los gananciales se encuentra en las primitivas costumbres de los godos (4).

El primer texto legal, al parecer de Recesvinto, que se ocupa de la materia es la ley 16, título II, libro IV, del *Liber Iudiciorum*, y cuyo objeto es determinar que los gananciales se dividan en proporción al capital que cada uno hubiese aportado al matrimonio. Sin embargo, hay razones suficientes para creer, y así lo estiman gran número de autores (5), que los gananciales existían ya mucho

(1) Cárdenas: «Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio», en sus *Estudios jurídicos*, II, Madrid, 1884, pág. 63.

(2) Hinojosa: *El elemento germánico en el Derecho español*. Madrid, 1915, págs. 19 y 20.

(3) Cárdenas, ob. y lug. cit., págs. 68 y sigs.

(4) Igualmente Brocá (*Historia del Derecho de Cataluña*, I, Bosch, Barcelona, 1918) sostiene la filiación germánica de los restos que de la comunidad matrimonial de bienes quedan en algunos lugares de Cataluña.

(5) Hinojosa, ob. cit., pág. 11; Cárdenas, ob. y lug. cit., págs. 65 y sigs.; Castán, *Derecho civil*, III, págs. 586 y 587; Pérez y Castán, *Notas a Kipp-Wolff, Derecho de familia*, vol. I, pág. 269.

tiempo antes de que el *Liber* los regulara, y que la ley recesvintiana no hizo más que reconocerlos, modificando tan sólo la forma de distribución de las ganancias obtenidas, las cuales, según parece, con anterioridad se partían por mitad entre los cónyuges, con independencia absoluta de la cuantía de los bienes por cada uno aportados. Y esto se comprueba si consideramos que en los documentos castellanos y leoneses de los siglos x y xi, la distribución de los bienes gananciales se pacta siempre por mitad (1), lo cual es un dato en favor de la existencia de una costumbre anterior a la mencionada ley de Recesvinto, que no pudo ser destruída por ésta y siguió observándose, siendo consignada, además, en su forma primitiva en los Fueros municipales e incluso en el Fuero Viejo de Castilla (2), y posteriormente en el Fuero Real (3).

Ahora bien: si admitiéramos con dichos autores que estas comunidades son manifestaciones de un Derecho godo consuetudinario, ¿cómo explicar su existencia en ciertas regiones de la Península que ni fueron ocupadas por los visigodos, ni sufrieron germanización alguna? (4). En efecto, algunas regiones del centro de Es-

(1) Vid. los documentos que cita Cárdenas, ob. cit., II, págs. 77 y 78.

(2) Fuero Viejo de Castilla, ley 1.^a, tit. 1.^o, lib. V.

(3) Fuero Real, ley 1.^a, tit. 3.^o, lib. III.

(4) La subsistencia en las fuentes del Derecho medieval español de instituciones jurídicas desconocidas o combatidas por la *Lex Wisigothorum*, ha inclinado a muchos autores a considerar este fenómeno como signo de pervivencia de un Derecho consuetudinario visigodo opuesto en diversos puntos al que en la *Lex* se contiene (Hinojosa, ob. cit., págs. 7 y sigs., con abundante bibliografía). Pero—como observa García Gallo (*Historia del Derecho español*, I, Madrid, 1941-1945, 2.^a edic., págs. 376 y 377, nota 28)—«esta teoría no explica cómo el Derecho de Castilla, Navarra y Aragón en la Edad Media es germánico, siendo así que estos tres territorios están habitados por una población que ni es visigoda, ni ha sido dominada por los visigodos, ni ha experimentado posteriormente una recepción jurídica visigoda. La coincidencia entre este Derecho y el germánico es indudable. Pero, en cambio, no se muestra que aquél proceda de éste. Sin duda, ocurre aquí lo que en otros territorios del mundo romano, es decir, se trata de supervivencias del Derecho romano vulgar.» Vid también Ríza-García Gallo, *Manual de historia del Derecho español*, Madrid, 1934, págs. 108 y 211. Otros autores han sostenido que al perderse, con el choque de la conquista árabe, la legislación visigoda, reaparecieron, quedando al descubierto, los estratos primitivos del Derecho indígena nacional. Vid. Pérez Pujol, *Historia de las Instituciones sociales de la España goda*, I, Valencia, 1896, pág. 15, nota 2, y Prólogo a

paña, la zona pirénaica y, especialmente, Vasconia, puede decirse que no sintieron el influjo gótico. Y, sin embargo, en todas estas regiones de la Península la comunidad matrimonial de bienes, con diversas formas y denominaciones, muestra especial arraigo y desarrollo: piénsese en el consorcio conyugal, régimen legal vigente en Aragón, así como el pacto de hermandad llana, practicado en la parte alta del mismo antiguo reino (1), en la comunidad vizcaína (2), en las conquistas de Navarra (3), en la comunicación universal de bienes del Fuero del Baylío (4), en el pacto de la *convivença en mitja guardanyeria* del valle de Arán (5), en el matrimonio *per carta de a metade* de Portugal, recogido en el Código vigente (artículo 1.108) (6); en el antiguo Fuero de Vicedo, que regía

Comas, *Proyecto de Código civil: Enmienda presentada al Senado*, Madrid, 1885, pág. XIV; y Bernaldo de Quirós, artículo «Derecho español», en *Enciclopedia Jurídica Española*, XI, pág. 133.

(1) Isábal: «Pacto de hermandad», en *Enc. Jur. Española*, XXIV, páginas 180-182; Costa: *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, I, págs. 205 y sigs.

(2) Por influjo del principio de troncalidad, la comunidad de bienes del Fuero de Vizcaya (ley 1.ª, tít. 20), es absoluta o limitada, según que al disolver el matrimonio haya o no hijos legítimos. Angulo Laguno, *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, págs. 223 y sigs.

(3) Vid Yaben y Yaben: *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Madrid, 1916.

(4) Es un punto muy discutido si en la actualidad tiene vigencia o no el Fuero del Baylío, pero por la afirmativa se ha pronunciado reiteradas veces la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros. Puede verse en este sentido, como más reciente, la resolución de 11 de agosto de 1939. Vid. Martínez Pereda: «El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho celtibérico», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, marzo y mayo 1925; Borralló y Salgado: «Fuero del Baylío». *Estudio históricojurídico*, Badajoz, 1916; Bozá y Vargas: «El Fuero del Baylío», 1938; Arribas Portales: «Algunas anomalías del Fuero del Baylío y de su aplicación conjunta con instituciones del Código civil», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, abril 1945; y Castán: *Derecho civil*, I, edic. de 1924, págs. 875 y siguientes.

(5) Al parecer, hoy en desuso. Vid. Brocá: ob. cit., pág. 844; Borrell y Soler: *Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.ª edic., IV, Barcelona, 1944, página 322.

(6) Es una comunidad universal análoga, por no decir idéntica, a la del Fuero del Baylío.

en algunos lugares de la provincia de Santander (1); en la comunidad de bienes entre los cónyuges que se originaba, según el Fuero de Oviedo de 1145 (2), por el nacimiento de un hijo, y, finalmente, en la propia sociedad de gananciales de Castilla.

Pues bien, en todas estas comarcas y regiones no germanizadas existe, como vemos, la comunidad de bienes en el matrimonio. ¿Cómo se explicaría esto si dicho régimen económico matrimonial procediera directa y exclusivamente del Derecho visigodo, si hubiera sido una aportación germánica al acervo de nuestro Derecho nacional? (3). Indudablemente, se trata de instituciones que provienen del primitivo Derecho celtibérico, el cual, en contacto con el romano, dió lugar al llamado *Derecho romano vulgar*, en parte romano y en parte indígena, en distinta proporción según las regiones (4).

(1) Por este Fuero, con vigencia en el llamado valle de Eviceo o Vicedo (Laredo, Ampuero, Seña, Cerecedo, etc.), los cónyuges que no renunciaban al mismo se comunicaban y adquirían por mitad, al año y día de casados, todos los bienes que llevaron al matrimonio y los que hubiesen adquirido o heredado por cualquier título durante el mismo, quedénles o no hijos. El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de junio de 1869, lo rechazó como costumbre derogatoria por no estar acreditado que dicha práctica se hubiese observado general y constantemente en Laredo por más de diez años, y que en este mismo tiempo se hubiesen dado conseqüentemente dos juicios por ella. Vid. Costa: *Derecho consuetudinario*, I, págs. 206 y sigs. En opinión de Isábal («Pacto de hermandad», en *Enc. Jur. Esp.*, XXIV, págs. 180-182) dicha comunidad todavía se pacta en algunos lugares de Santander.

(2) Vid. Fernández Guerra: *El Fuero de Avilés*, pág. 126.

(3) De Ruggiero (ob. cit., I, pág. 817) rechaza, con relación al Derecho italiano, la tesis germánica sobre el origen de la comunidad conyugal de bienes, por estimar que hay vestigios de la misma en algunas regiones de Italia (Cerdeña, Sicilia, Istria y Piamonte) que se sustrajeron al influjo del Derecho germánico. Y en el propio sentido se expresa Verga (*Le comunione tacite familiare*, 1930, págs. 22 y sigs.) respecto a los consorcios familiares.

(4) Vid. García Gallo: ob. cit., I, págs. 132-133, 316 y 376. Como dice este autor, la aportación indígena no fué igual en todas las regiones, pues dependía del grado de romanización de las mismas; así, fué mayor en el interior de la Península, y sobre todo en Vasconia, que en el Levante y Sur. Vid. también Altamira: *Cuestiones de Historia del Derecho y de legislación comparada*, Madrid. 1914, págs. 94-95. Está acreditada en otros muchos lugares del Imperio la existencia del Derecho romano vulgar. Roberti: *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, pág. 7.

Hay, además, otras razones en contra de la filiación exclusivamente germánica de las comunidades conyugales de bienes. Los visigodos y demás pueblos bárbaros que invadieron la Península Ibérica constituyeron siempre una reducida minoría frente a la población hispanorromana (1), por lo que no parece natural, ni siquiera probable, pensar que esta última aceptara las costumbres de aquéllos. Buena prueba de ello nos la suministra el hecho de que las leyes visigodas en muchos lugares no se aplicaron. «La *Lex Wisigothorum*, considerada como un triunfo del Derecho romano y de la influencia eclesiástica sobre el Derecho consuetudinario germánico—reconoce el propio Hinojosa (2)—, no llegó a aplicarse en muchos casos. Algunas de sus disposiciones tal vez no se observaron jamás; otras lo fueron sólo donde la fuerza del Poder central logró, por distintas causas, afirmarse de una manera sólida; otras rigieron transitoriamente.»

b) En favor de la *tesis celtibérica* (3) abogan, además, consideraciones de otra índole. España se romanizó mucho menos de lo que ordinariamente se cree. Muchas regiones permanecieron impenetrables al Derecho romano y siguieron rigiéndose por sus costumbres. Por otro lado, en mucho tiempo ni siquiera Roma se propuso aplicar su Derecho, y ello es natural si se recuerda el carácter marcadamente nacional, privilegiado y exclusivista del *ius civile*. Sólo a partir de Vespasiano y Caracalla se intenta sustituir el Derecho indígena por el romano (4), pero sin conseguirlo realmente, pues aquél siguió aplicándose de hecho. Si consideramos lo nominal de la dominación romana sobre ciertas regiones españolas (Lusitania, Navarra, Cantabria y Vasconia), la crisis de la vida romana

(1) Cuando sobreviene la invasión bárbara se calcula en nueve millones de hispanorromanos. Se carece de datos para determinar con exactitud el número de godos, suevos, vándalos y alanos; pero, según la opinión más probable, el total de todos ellos no pasaba de trescientos mil. Vid. García Gallo: ob. cit., I, págs. 288-289, con abundante bibliografía sobre el tema.

(2) Hinojosa: ob. cit., págs. 10-11.

(3) El origen celtibérico del régimen de comunidad en el matrimonio es sostenido por Ureña: *Historia de la literatura jurídica española*, I, 2.ª edic., Madrid, 1906, pág. 251; y *La legislación gótico-hispana*, 1.ª edic., Madrid, 1905, pág. 32; Martínez Pereda: ob. y lug. cit.; Pella y Forgas: *Código civil de Cataluña*, I, 2.ª edic., I, Barcelona, 1943, págs. 39-40.

(4) García Gallo: ob. cit., I, págs. 128-129; Broca: ob. cit., pág. 22.

en el Bajo Imperio y el apogeo de la vida rural y local, las dificultades de comunicación, la natural resistencia de los celtíberos a regirse por la Ley romana, la inadaptabilidad de ésta a un medio ambiente tan distinto y la preponderancia de la costumbre sobre el Derecho escrito, necesariamente llegaremos, con el profesor García Gallo (1), a la conclusión de que en el siglo IV el Derecho indígena español era un Derecho vivo, y que, en consecuencia, la vida jurídica de los celtíberos se regulaba sustancialmente por la costumbre nacional (2).

Únicamente en las regiones más romanizadas es donde puede observarse una tendencia desfavorable a las formas de comunidad conyugal. Así, en Cataluña rige actualmente el sistema romano de separación de bienes bajo su especie dotal; pero lo arraigado que ya desde antiguo estaba en la práctica el régimen de comunidad, hizo que subsistiese, si bien solamente con carácter paccionado y en algunas zonas aisladas (3). Igualmente, en Baleares es

(1) García Gallo: ob. cit., I, pág. 129, nota 3.

(2) Sostienen la subsistencia del Derecho celtibérico, a pesar de la dominación romana, Cárdenas: «Ensayo histórico sobre la dote, arras y donaciones esponsalicias, desde el origen de la legislación española hasta nuestros días», en sus *Estudios Jurídicos*, II, Madrid, 1884, pág. 10; Costa: *Estudios Ibéricos*, Madrid, 1891-1895, pág. 51; *La religión de los celtíberos y su organización política y civil*, Madrid, 1917, págs. 59, 64-66; y *Derecho consuetudinario y Economía popular de España*, I, 2.^a edic., págs. 36-37; Brocá: ob. cit., pág. 23; Ríaza-García Gallo: ob. cit., pág. 56; Pella y Forgas: ob. cit., I, págs. 23-25, 64-66; Pérez Pujol: *Historia de las instituciones sociales de la España goda*, I, Valencia, 1896, 27-28 y 42-43; y Martínez Pereda: «El Fúero del Baylio, residuo vigente del Derecho celtibérico», en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, marzo 1925. Por el contrario, Hinojosa afirma (*Historia general del Derecho español*, Madrid, 1887, pág. 142) que «no hay testimonio alguno que acredite la subsistencia del derecho indígena de España en los últimos tiempos del Imperio. La romanización, más rápida e intensa en nuestra patria que en ninguna otra de las regiones del orbe romano, y el carácter nivelador de la legislación bajo los emperadores cristianos, dieron por resultado el triunfo de la cultura y del derecho del pueblo Rey en la Península». Igualmente Minguijón: *Historia del Derecho español*, cuad. I, Barcelona, 1925, pág. 73.

(3) Persiste todavía el régimen económico de la comunidad matrimonial en Tarragona, bajo la forma de *associació a compres i millores* (Vid. Moragas: «Associació a compres i millores», en *Conferències sobre Varietats Comarcals del Dret Civil Català*, Barcelona, 1934, págs. 193-220); en Tortosa,

régimen legal, en defecto de pacto, el de separación absoluta de bienes (1), y los Fueros que el rey Don Jaime dió a Valencia en el año 1240, siguiendo también la técnica romanística (2), establecían como sistema económicomatrimonial subsidiario el de separación de bienes (3). Ello no obstante, estaba dicho sistema tan desacorde con las prácticas y usos de los valencianos, y satisfacía tan mal las necesidades de la familia, que, paralelamente a la Ley, se

con el nombre de *agermanament a totes passades* o *matrimonio mig per mig*; en Gerona, donde recibe el apelativo de pacto de igualdad de bienes y ganancias o de lucros y aumentos de dote, y en el Valle de Arán, donde se conocía, pues según parece ha caído en desuso, como pacto de *convinezza en mitja guadanyeria*. Vid. Borrell y Soler: ob. cit., IV, págs. 313 y sigs.; y Brocá: ob. cit., págs. 833-844.

(1) Recientemente, Ballester Pons («El matrimonio cristiano y aspecto económico», Mahón, 1944, separata de la *Revista de Menorca*, recensión en *Revista de Derecho Privado*, junio 1945, pág. 412), ha propugnado la supresión de esta reminiscencia romana y hacer extensivo a Baleares, como régimen legal subsidiario, el de gananciales de Castilla.

(2) Los Fueros valencianos, en igual o mayor grado aún que las Partidas, recibieron casi en su totalidad el Derecho romano, hasta tal punto que, en muchos lugares, el Código de Justiniano aparece literalmente copiado o simplemente extractado. Para el estudio de los Fueros de Valencia puede verse: Chabás: *Génesis del Derecho foral de Valencia*, Valencia, 1902; Boix: *Apuntes históricos sobre los fueros del antiguo reino de Valencia*, Valencia, 1855; Dánvila y Collado: *Estudios críticos acerca de los orígenes y vicisitudes de la legislación escrita del antiguo reino de Valencia*, Madrid, 1905; Castañeda: *Estudios sobre la historia del Derecho valenciano y en particular sobre la organización familiar*, Madrid, 1908; Cebrián Ibor: *Los Fueros de Valencia. Apuntes preliminares para su exposición y completo estudio*. Memoria presentada al III Congreso de Historia de la Corona de Aragón; hay tirada independiente publicada en Valencia, 1925; Beneyto Pérez: «Sobre la territorialización del Código de Valencia», en *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, t. XII; y del propio autor: «Sobre las glosas al Código de Valencia», en *Anuario de Historia del Derecho español*, XIII, págs. 136-167. No falta un autor (Galo Sánchez: *Anuario de Historia del Derecho español*, III, pág. 583) para quien el modelo romanístico inmediato de los Fueros valencianos no fué el Código justiniano, sino *Lo Codi*. En contra, vid. García Gallo: ob. cit., I, pág. 616.

(3) Así, el Fuero X, rúb. I, lib. V, disponía: «*La muller no haja alguna cosa en aquelles coses quel marit guanyara, o conquerra oltra lo exouar el creix que li es fayt per raho del exouar. Si donchs lo marit no ho feu passar e comprendre en la carta que fon feyta el temps del matrimoni entre ell, e ella*» (folios 133 y 134 de la edición de 1547).

desarrolló con carácter convencional y consuetudinario una comunidad universal de bienes que los capítulos matrimoniales de la época (*cartes*) conocen con el nombre de *germania* (1), y que, indudablemente, debió alcanzar una difusión extraordinaria.

Por otro lado, como escribe Martínez Pereda (2), la tesis del abolengo celtibérico es la única que puede explicarnos «el espléndido desenvolvimiento que el régimen de comunidad matrimonial ha tenido en el suelo peninsular; no obstante oponerse a su desarrollo la influencia poderosa que en nuestra evolución jurídica ejerció primero el Derecho romano, con su sistema dotal de separación, que no admite siquiera la relativa comunidad de gananciales, y más tarde el Derecho musulmán, que produce las costumbres holgazanas de la capital del Califato (donde se negaba a la mujer participación en los gananciales)».

Únicamente tratándose de instituciones de gran antigüedad y arraigo, profundamente enraizadas, hubiesen podido, como en efecto hicieron, resistir la influencia avasalladora del Derecho romano, tanto bajo la dominación de los Césares, como posteriormente, bajo la más temible invasión jurídica que es la recepción medieval de los textos legales bizantinos, y persistir hasta los días actuales, acu-

(1) Vid. Castañeda: ob. cit., págs. 34-35; Beneyto Pérez: *Instituciones de Derecho histórico español*, I, 1930, Bosch, Barcelona, pág. 101; y Honorio García: *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, IX, págs. 170 y siguientes. De la trascendencia e importancia de esta institución nos da idea el hecho de que disposiciones posteriores a los Fueros de 1240 hagan ya referencia a ella y regulen aspectos parciales de la misma, no obstante ser una figura jurídica meramente consuetudinaria; así, una disposición de Alfonso III, en 1428 (fuero X, rúb. VI, lib. VI, folios 155 y 156, de la edición de 1547) relativa a las sustituciones hereditarias. Además, los antiguos fueristas valencianos no escasean en sus alusiones a la *germania*: por ejemplo, Tarazona (*Instituciones del furs y privilegis del Regne de Valencia*, estampa de Pedro de Guete, Valencia, 1580, págs. 269 y 376) y Ginart (*Reportori general y brev sumari per orde alphabetich de totes les materies dels Furs de Valencia, fins les Corts del Any 1604 inclusiv, y dels Privilegis de dita Ciutat y Regne*, Mey, Valencia, 1608, págs. 8, 112, 139 y 227). Y, sobre todo, es significativo a este respecto el número no pequeño que se conserva de capitulaciones matrimoniales en que se ha pactado *germania*. Castañeda Alcobér (ob. cit., págs. 43-45) ofrece una lista de pergaminos existentes en el Archivo de la Catedral de Valencia, relativos a contratos de *germania*, e incluso transcribe dos de ellos de los años 1320 y 1375.

(2) Martínez Pereda: ob. y lug. cit., pág. 215.

sando esa floración riquísima y variada de formas de comunidad conyugal que se da en las distintas y más lejanas regiones de la Península.

Finalmente, procede hacer notar que las *comunidades domésticas*, todavía existentes en algunos lugares de España (Alto Aragón, Norte de Cataluña, montañas vasconavarras y hasta ciertas comarcas de Asturias y Galicia), no son, en realidad, sino restos de las agrupaciones gentilicias de la España indígena primitiva (1) que, milagrosamente salvados, conservan todavía la vida patriarcal y los valores tradicionales de la familia española. Y esto, que podría, a primera vista, parecer una afirmación aventurada, fácilmente se prueba si se tiene cuenta de que los puntos o regiones donde se mantienen dichas comunidades familiares son los que a ello se prestan por sus especiales condiciones naturales, y, sobre todo, que —según escribe Costa (2)— en dichos lugares, como la raza no se romanizó, el Derecho romano no pudo allí señorearse ni suplantarse el Derecho indígena, y como ni los godos ni los musulmanes se aventuraron en aquellos angostos valles pirenaicos, el estado social no sufrió el más leve trastorno.

c) Pero si bien negamos que las comunidades matrimoniales de bienes y, en general, toda suerte de asociaciones familiares, traigan su causa históricogenética inmediata y únicamente en el Derecho de familia germano, esto, sin embargo, no nos induce en modo alguno al error de negar a éste una influencia que, sin duda, debió ser trascendental en el desarrollo y organización de dichas instituciones. Pero esto se debe más bien a la fundamental coincidencia del Derecho indígena y el visigodo acerca de este punto.

Así, tanto en el uno como en el otro, la mujer gozaba de una consideración moral y jurídica muy superior a la que tenía en Roma (3),

(1) Vid. Costa: *La religión de los celtíberos y su organización política y civil*, Madrid, 1917, págs. 59, 64-66 y 82-85; del propio autor: *Derecho consuetudinario y Economía popular de España*, I, 2.^a edic., Barcelona, páginas 30 y sigs.; Altamira: *Cuestiones de Historia del Derecho y de legislación comparada*, Madrid, 1914, págs. 90-91; Brocá: ob. cit., pág. 7; Pella y Forgas: ob. cit., I, págs. 35 y 37.

(2) Costa: *Derecho consuetudinario y Economía popular de España*, I, página 37.

(3) Vid. Pérez Pujol: *Historia de las instituciones sociales de la España goda*, I, págs. 22, 511-513 y 603.

lo cual puede explicar por qué aquellos derechos conocen el régimen de comunidad conyugal (1), resultando, en cambio, desconocido en el romano. Estrabón (2), refiriendo las costumbres de los cántabros en comparación con las de Roma, habla con sorpresa de la importancia que entre ellos tenía la mujer (3) (4). Y si entre los cántabros (5), a diferencia del Derecho romano, era el hombre quien llevaba dote a la mujer, lo mismo ocurría entre los germanos (6), según nos revela el testimonio de Tácito: «*Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert*» (7). Y esta dote del varón subsistió en España—como fruto, sin duda, de la conjunción de la dote celtibérica y la germánica (8)—en los grandes Códigos visigodos y en la legislación municipal y regional de la Reconquista (9), hasta

(1) Vid. Pérez Pujol: ob. cit., I, págs. 522 y sigs.; Brunner von Schweinin: *Historia del Derecho germánico*, trad. española de Alvarez López. Editorial Labor, 1936, págs. 230-231.

(2) Estrabón: *Geografía*, III, 4. 18: «Otras cosas hay menos civiles, pero no bestiales, a saber: que entre los cántabros el hombre lleva dote a la mujer; las hijas son instituidas herederas, y ellas colocan a sus hermanos en el matrimonio, pues estas cosas suponen cierto imperio de la mujer, lo cual no es muy civil.»

(3) Hinojosa: *Historia general del Derecho español*, Madrid, 1887, páginas 75-76.

(4) Moret y Silvela (*La familia foral y la familia castellana*, Madrid, 1863, pág. 82), al hablar de la organización de la familia vizcaína sobre la base de una completa igualdad de ambos esposos, citan el mencionado texto de Estrabón como antecedente histórico de este hecho.

(5) Afirma Cárdenas («Ensayo histórico sobre la dote, arras y donaciones esponsalicias, desde el origen de la legislación española hasta nuestros días», en sus *Estudios Jurídicos*, II, Madrid, 1884, pág. 9) ser práctica general a todos los pueblos hispánicos primitivos lo que de los cántabros nos revela Estrabón.

(6) Pérez Pujol: ob. cit., I, págs. 513-514.

(7) «La mujer no trae dote; el marido se la da.» Tácito: *La Germania*, 18, trad. española de Espasa-Calpe. Colección Universal, Madrid, 1932, pág. 24.

(8) Ureña: *Historia de la Literatura jurídica española*, I, 2.^a edic., Madrid, 1906, pág. 250.

(9) Vid. Ríaza-García Gallo: ob. cit., págs. 698-704. Las arras de León y Castilla son sustancialmente la primitiva dote iberoceltagermánica. Pero la recepción del Derecho romano vino a desnaturalizar el genuino significado de las arras al equipararlas con las donaciones *propter nuptias* y aplicarlas el régimen de éstas. «E lo que el varon da a la muger por razon de casamiento es llamado en latin donatio propter nuptias; que quiere tanto

que, al recibirse el Derecho romano justiniano, triunfa la dote romana en las Partidas (1) y otros cuerpos legales (2), llevando aquella desde entonces una lánguida existencia, quedando relegada a un lugar secundario en las relaciones económicas del matrimonio, mas sin que, ni siquiera en la actualidad, pueda estimarse totalmente desaparecida, pues muestras de la misma lo constituyen el *axobar* (*dot del pubill*) y el *escreix* de Cataluña, especialmente tal y como lo regula el Código de Tortosa (3).

Por ello, la aportación del Derecho germánico significó *un re-dezir, como donacion que da el varon a la muger por razon que casa con ella: e tal donacion como esta dizen en España propiamente, arras*» (Partida 4.^a, tit. 11, ley 1.^a). La confusión entre tan diferentes instituciones resulta bien clara en el Derecho tortosino (vid. Oliver: *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Costumbres de Tortosa*, II, Madrid, 1878, páginas 291 y sigs.) y en el valenciano, en los que se usan como equivalentes o sinónimos los vocablos de *creix* y *donacio per nupcies* (cfr. Tarazona: ob. cit., págs. 221 y 272). En realidad, tanto las *Costums* de Tortosa como los *Furs* de Valencia, vinieron a involucrar en el *creix* o *escreix* dos instituciones diversas: la *morgengabe* o *pretium virginitatis* y la *donatio propter nuptias* o aumento de dote, creando así una institución híbrida o mixta, ya que, de un lado, exigen para que se perfeccione el *escreix* que la mujer sea virgen (estando prohibida su constitución a favor de las viudas) y que haya conocimiento carnal; y, de otro lado, que se haya constituido dote, mediante entrega de la misma, y que exista proporción entre la dote y el *esponsalicio* o *escreix*.

(1) Según la citada ley 1.^a, tit. 11, Part. 4.^a, «*el algo que da la muger al marido por razon de casamiento, es llamado dote: e es como manera de donacion, fecha con entendimiento de se mantener e ayuntar el matrimonio con ella; e segund dizen los Sabios antiguos, es como propio patrimonio de la muger*».

(2) Para el Código de Tortosa (Cost. II, rub. *De arres e de sponsalics*, lib. V), «*dot es aquel que la muller aporta o dona al marit en temps de nupcies*». Y análogo concepto era el que los *Furs* tenían de la dote. «*Bens dotals se enten*—escribía Tarazona: *Institucions dels Furs y privilegis del Regne de Valencia*, pág. 217—*que son aquells que la muller porta al marit, axi mouents como seents: los quals no poden esser venuts, ni obligats per lo marit, sens la ferma de la muller ab jurament no forçada. Y deu los tenir el marit, y los fruyts son de aquel: per que soste les carrechs del matrimoni*».

(3) En este sentido opina Poch y Feixes («Origen, naturaleza y fines del *escreix*», en *Estudis Universitaris Catalans*, II, pág. 323) que el origen del *escreix* está en las donaciones matrimoniales de los primitivos pueblos de la Península, que no lograron pleno desarrollo hasta la venida de los pueblos germánicos.

surgimiento y vigorización del primitivo Derecho indígena español, que vivía oscurecido y oprimido por el romano, absorbente y uniformista. Al contacto con las costumbres germánicas, en gran parte coincidentes con las celtibéricas, hay un a modo de renacimiento de estas últimas (1), acabando por fundirse ambas y surgiendo así una costumbre visigoda—mezcla de elementos primitivos, romanos vulgares y germánicos—que ha de dominar completamente la vida jurídica de la Alta Edad Media (2).

De aquí que, en resumen, las diversas manifestaciones de la comunidad conyugal de bienes, existentes actual e históricamente en España, si bien no traen su origen exclusivo del Derecho de familia germánico, sí que resultaron robustecidas por el mismo durante la dominación visigoda. Así, pues, más que de origen germánico de las comunidades matrimoniales y familiares, debe hablarse de reforzamiento germano de las formas comunales celtibéricas de la España prerromana.

JUAN GARCÍA-GRANERO.

(1) Este fenómeno de coincidencia de las instituciones indígenas de la España anterior a la dominación romana y las que traían los pueblos germánicos, así como el robustecimiento que aquéllas experimentan por influjo de estas últimas, se ha observado en diversos puntos y por distintos autores. Cfr. Altamira: ob. cit., pág. 97; Pella y Forgas: ob. cit., I, pág. 25; Ríaza-García Gallo: ob. cit., pág. 107. Y de modo más explícito escribe Ureña (*La legislación góticohispana*, Madrid, 1905, 1.^a edic., pág. 32): «Al contacto del Derecho germánico resurge de su tumba el Derecho celtibérico. Y el uno para los vencedores y el otro para los vencidos dibujan instituciones similares en el mismo y uniforme fondo de la legislación romana. La dote cántabra y la dote germánica; la comunidad económica del matrimonio celtibérico y los gananciales visigóticos; la patria potestad de las antiguas tribus hispánicas y la autoridad tutelar de la madre de la familia goda; el Consejo o junta de parientes en nuestro Derecho primitivo y en la legislación germánica.» Y por lo que se refiere a las formas publicitarias que acompañan a la transmisión de bienes inmuebles, ha puesto recientemente de relieve Roca Sastre (*Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.^a edic., Bosch, Barcelona, I, 1945, págs. 39 y sigs.) el fortalecimiento que el principio formalista del Derecho indígena celtibérico experimentó a causa de la invasión germánica frente al sistema romano de clandestinidad en las transferencias y de ausencia de requisitos formales.

(2) García Gallo: ob. cit., I, pág. 509.