

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS SERVIDUMBRES EN LA *LEX ROMANA BURGUNDIONUM*

M.^a EUGENIA ORTUÑO PÉREZ
Universidad del País Vasco

El ámbito jurídico en el que se movieron los burgundios resulta bastante desconocido. Hemos fijado nuestra atención sobre una parcela de la regulación jurídica que el rey Gundobado dio a las servidumbres, tal como figura en la *Lex Romana Burgundionum*, en el Título XVII, bajo el epígrafe *De clausis itineribus vel aliis servitutibus*; regulación que probablemente fue retocada por su hijo y sucesor Segismundo.

Nuestro intento requería entrar, aunque fuera en sus líneas fundamentales, en la gestación de la ley burgundia, incidiendo en algunos aspectos del trasfondo histórico en el que se desenvuelve el desarrollo legislativo de la *Lex Gundobada*.

Creemos que nuestra investigación ayudará a poner más al descubierto la influencia del Derecho Romano en las legislaciones bárbaras y más concretamente en la de los burgundios.

Este análisis cubre el período comprendido entre el último tercio del siglo V d.C. y algo más del primer decenio del siglo siguiente.

ENMARQUE HISTÓRICO

1. La penetración de los burgundios en el Bajo Imperio Romano

A) *Las primeras incursiones*

Los descubrimientos arqueológicos y las referencias de los primeros historiadores romanos que mencionan a los burgundios como Plinio el Viejo (al historiar las guerras de Germania) y Tácito en su obra sobre la Germania, han permitido conocer que eran una parte de los teutones. De ellos se tienen noticias a partir de mediados del siglo II a.C. Aparecen en la Germania oriental, ubicados en la región Báltica y más tarde pasaron a ocupar el curso medio de río Vístula.

Sus primeros contactos con los romanos tuvieron lugar mucho tiempo después. En el siglo III d.C., los burgundios se desplazaron hacia occidente y lucharon en varias ocasiones contra el Imperio llegando a penetrar en las Galias, pero siempre fueron vencidos¹. Se trataba más bien de meras incursiones que, en todos los casos, Roma logró controlar y repeler.

B) Su asentamiento en tierras del Imperio

El primer establecimiento tuvo lugar a principios del siglo V d.C., cuando los burgundios, al igual que otros pueblos bárbaros, lograron penetrar en la parte occidental del mismo aprovechando la situación de debilidad y de decadencia del poder imperial².

Fue en tiempos de los emperadores romanos de occidente, primero Honorio (395-423) y, después, Valentiniano III (425-455) y, en la parte de oriente, Arcadio (395-408) y, después, Teodosio II (408-450), cuando los burgundios invadieron la parte norte de las Galias y se asentaron como *foederati*, en la zona de Maguncia. Esto ocurrió entre los años 409 y 411. Un poco más tarde, en el año 413, se ubicaron en Worms. Fue allí donde se produjo el primer intento de conferir a su asentamiento una estructura interna más estable.

Presionados por los hunos, los burgundios se vieron obligados a cruzar el Rin, estableciéndose en el año 443, en el territorio de la actual Saboya. A pesar de la gran importancia estratégica de esta zona, Roma no se opuso a este traslado y se pactó un nuevo *foedus*.

Posteriormente, en tiempos del emperador Mayoriano (456-461), los borgoñones penetraron en Lyon. El poder imperial no consintió este hecho y la reconquistó en el año 458. A la muerte de Mayoriano, los burgundios aprovecharon el momento de crisis de autoridad y retomaron Lyon, fijando allí su capital. En los años siguientes se apoderaron de todo el valle del Ródano.

El caso del asentamiento burgundio en el territorio de las Galias romanas sigue la dinámica común a otros pueblos germánicos con la consiguiente ubicación en el territorio del Imperio de pueblos extraños al mismo, buscándose formas para que se diera justificación jurídica a las nuevas actuaciones de hecho que se habían creado.

Desde finales del siglo III se habían consentido, en las Galias y en otros territorios imperiales, los alojamientos de grupos de guerreros y de sus familias. Podían considerarse como mercenarios y, en atención a su régimen de *hospitalitas*, en algunos casos se les denominaba *laeti*³ cuando se trataba de soldados germanos a los que les concedían tie-

¹ GUICHARD, R., *Essai sur l'Histoire du Peuple Burgonde*, París, 1965, p. 29.

² Ver: *Reallexikon der germanischen Altertumskunde*, Band 4, Strassburg, 1911, pp. 224-271.

³ GLASSON, E., *Précis Élémentaire de L'Histoire du droit Français*, París, 1904, pp. 40 y ss.

ras para cultivar a cambio de sus servicios militares. En otros casos, se trataba de *foederati* cuyo régimen coincidía con el de los *laeti*, pero con el añadido de que además tenían su organización política y sus jefes propios, a los que se les atribuía el título de rey, que era una distinción que indicaba que éste era el máximo dirigente del ejército y que, como representante del grupo, tomaba las decisiones políticas del mismo. Era el rey el único responsable de su pueblo frente al emperador, incluso para percibir las soldadas anuales que éste pagaba a los guerreros bárbaros por los servicios prestados en la defensa de las fronteras del Imperio. En este caso, no era un mero alojamiento de mercenarios, sino que se trataba de una auténtica emigración de un pueblo. Los emperadores Arcadio y Honorio, en el año 398, promulgaron un edicto en el que se fijaban las normas a las que deberían ajustarse los asentamientos de los pueblos que siguieran esta práctica y en las que se determinaban las porciones de tierras que los ciudadanos del Imperio debían ceder para alojar a los federados⁴. La regulación se estableció de una manera concreta para cada pueblo.

La relación de los burgundios con Roma siguió estos últimos cauces. En ella pueden distinguirse dos fases distintas, en cuanto a la atribución de tierras se refiere. En la primera se les asignó la cesión de la mitad de las tierras ocupadas; las noticias son muy difusas, pero al parecer la convivencia entre burgundios y galo-romanos sobre el mismo territorio, desde los asentamientos de Maguncia (409-411) hasta la conquista de Saboya (443), debió discurrir sin llevarse a cabo ningún tipo de división de los bienes de la población autóctona, sino que, simplemente, el pueblo bárbaro disfrutaba del goce de la mitad de los mismos.

Cuando conquistaron definitivamente Lyon fue cuando el régimen de la *hospitalitas* derivó en el sentido de concederles la propiedad de la parte del territorio que se les había asignado y no la simple posesión, como había ocurrido hasta entonces. Se dividieron la propiedad de los inmuebles en partes iguales y la elección de la que le correspondía a cada uno recaía en los romanos.

Los motivos exactos del por qué se produjo este cambio no se conocen directamente. Tenemos conocimiento del mismo sólo a través de algunas referencias históricas indirectas, como es el caso de la Crónica denominada de Fredegario⁵, en la que se dice que los galo-romanos invitaron a los burgundios a que accedieran a la propiedad de la tierra para librarse de la gran presión fiscal que ejercía sobre ellos el poder imperial. En definitiva, esta es una cuestión que no se ha podido aclarar y que resulta aún hoy controvertida.

⁴ Los ostrogodos debían recibir 1/3 de la tierra; los visigodos exigieron 2/3 y los burgundios primero 1/2 y después 2/3 como los visigodos. Ver: AA.VV., *Histoire de la Population Française (I. Des origines à la Renaissance)*, París, 1988, pp. 136 y ss.

⁵ *Chronicarum quae dicuntur Fredegarii Scholastici libri IV cum continuationibus*, ed. KRUSCH, M.G.H., *Script. rer. Merov.*, II, 1888, pp. 1-193.

El reparto no fue siempre respetado y no dejaron de generarse incidentes entre ambas poblaciones. Este pudo haber sido el motivo por el que el rey burgundio Gundobado incluyó en la *Lex Burgundionum* una regulación muy precisa sobre este extremo. Efectivamente, en el título LIV: *De his, qui tertiam mancipiorum et duas terrarum partes contra interdictum publicum praesumpserint* de aquella ley, partiendo de lo establecido en alguna norma anterior que actualmente se desconoce y a la que se alude con el término *praeceptio*, se regula la proporción y el tipo de tierras que se deben atribuir a los burgundios. En este sentido, se mantiene el reparto anterior de las tierras, en cuanto a campos, prados, bosques y tierras abonadas (*exarta*) y, siguiendo el ejemplo de los visigodos, se aumenta en favor de los borgoñones, a dos tercios, la cuota de tierra productiva y se les concede, además, un tercio de los esclavos para asegurar el cultivo. A continuación, se determina que no entrarán en el cómputo, las propiedades que se hayan recibido por munificencia del rey.

Llegado a este punto también se había cambiado el medio utilizado para realizar el reparto, ya que la elección no la efectuaban los romanos sino que, probablemente, basándose en el catastro fiscal romano, se hacía un sorteo. Como resultado del mismo, se asignaba a cada cabeza de familia burgundio la propiedad de la porción que le había correspondido⁶. En este extremo también se advierte la mayor relevancia del pueblo burgundio porque este medio distributivo, las *sortes*, era el que solían utilizar los pueblos bárbaros para la división de las cosas comunes.

2. Intentos vertebradores del pueblo burgundio

A) Organización de su asentamiento

Con Gundobado⁷ llegó el momento de mayor estabilidad, tanto desde el punto de vista de los asentamientos territoriales, como desde el punto de vista político. En su per-

⁶ La asignación de la propiedad individual a cada cabeza de familia burgundio se confirma en la *Lex Burgundionum* LXVII, que se refiere a la división real de los bosques y campos como una práctica normal: «[...] *Secundum terram modum* [...]» Y que se les otorga la propiedad se constata en el Tít. LXXXIV de la misma ley, porque se permite su enajenación. Cf. SAITTA, B., *I Burgundi* (413-534), Catania, 1977, p. 97. En relación a la forma, el método y el tiempo en que se produjo el asentamiento romano, puede consultarse el cap. II de la obra que se acaba de citar, pp. 65 a 97. Ver también: AA.VV., *Histoire...*, op. cit., pp. 136 y ss.; LEBIECQ, S., *Nouvelle histoire de la France médiévale. 1. Les origines franques. V-IX siècle*, París, 1990, pp. 33 y ss. E. GLASSON, *Précis...*, op. cit., pp. 52 y ss.

⁷ Gundobado fue posiblemente el hijo primogénito de Carétene y de Gundioco, hermano del rey Hilperico. Al igual que sus tres hermanos era cristiano arriano y nació en Ginebra entre los años 444-445. A la muerte de su padre, cuando él tenía unos 25 años, se fue a vivir a Italia con su tío materno Ricimiro, que era Patricio en Roma. Cuando murió su tío, Gundobado fue el que recibió el título de patricio del emperador, honor que le permitió intervenir directamente en la actividad política romana hasta el punto de participar en la elección del emperador romano de Occidente, Glicerio (aproximadamente, entre los años, 473-474) y en su sustitución, que recayó en la persona de Julio Nepote.

sona se aunaban un profundo conocimiento del sistema político romano, del que era sabedor por haber formado parte del mismo como miembro de la aristocracia senatorial: fue *patricius* y posteriormente, al igual que su padre, fue nombrado, *Magister Militum Galliarum*, que le convertía en jefe de sus tropas y le atribuía el título de *rex*.

La experiencia que tenía Gundobado en el arte de la política le fue de gran utilidad para organizar internamente el asentamiento de su pueblo a semejanza de los estados territoriales. Lo hizo confiriéndole una legislación escrita.

B) La legislación burgundia como elemento vertebrador

Es al rey Gundobado al que se atribuye, no sin alguna controversia⁸, la labor legislativa burgundia, que tuvo lugar a principios del siglo VI y se tradujo, en primer lugar, en la promulgación de la *Lex Burgundionum*⁹, sobre el año 501 y, un año después, la *Lex Romana Burgundionum*. Se trata del primer derecho escrito del pueblo borgoñón y constituyó el principal eslabón para llevar a cabo su organización jurídico-política. Se trata de unas de las *leges barbarorum* más antiguas y se caracterizan por su alta romanización, ya que junto a algunos de los principios burgundios se incorporaron fundamentalmente normas de Derecho Romano vigentes en la época en la que fueron publicadas.

a) La Lex Burgundionum¹⁰

La *Lex Burgundionum* se la conoce con distintas denominaciones. Nos hallamos con las de *Liber constitutionum*, *Lex inter Burgundiones et Romanos*, *Liber Gundobati*, *Lex Gondobata* de donde proviene la expresión francesa de *Loi Gombette*, tomando en consideración el nombre de su autor, el rey Gundobado (480-516).

El hecho de que se haya encontrado en la ley alguna prescripción atribuida a Segismundo, hijo de Gundobado (516-523), ha dado pie a que se cuestionara el que Gundobado hubiera sido el verdadero artífice de la misma. Pero no parece que pueda negársele su paternidad. Dicha ley pudo haber sido completada, refundida y, en definitiva, revisada

⁸ Toda la problemática existente en torno a la *Lex Burgundionum* puede consultarse en: NELHSEN, H., «Lex Burgundionum», en *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, pp. 1901-1915; SCHOTT, C., «Recht und Gesetzgebung bei den Alamannen, Burgundern und Langobarden», en *Ur- und frühgeschichtliche Archäologie der Schweiz*, vol. 6, Basel, 1979, pp. 203-212; SIEMS, H., *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, Hannover, 1992, pp. 137-142; OSABA, E., *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*, Madrid, 1977, p. 339, nota 49.

⁹ Se utiliza la edición de DE SALIS, L. R., *Leges Burgundionum*, MGH.LL nat. Germ.2.1, pp. 29-122.

¹⁰ Ver lo indicado en la nota 7, a lo que se podría añadir: LONGO, G., «Lex Burgundionum», en *NNDI*, 9, pp. 801-802; RICHARD, J., «Lex Romana Burgundionum», en *Lexikon des Mittelalters*, vol. 5, München-Zürich, 1980, pp. 1928-1929.

dos veces; la primera por el propio Gundobado y la segunda por su hijo ¹¹. No cabe duda de que fue Gundobado el rey legislador, autor de la legislación burgundia.

La ley se dirigía a los burgundios y regulaba los conflictos que pudieran suscitarse entre éstos y los romanos. Consta de 89 títulos, divididos en fragmentos en los que se aprecia la mezcla de elementos de origen distinto.

b) *La Lex Romana Burgundionum* ¹²

Esta ley, por un error de un copista del siglo IX, CUJAS, se la conoce también como: *Papianus*, *Papiani Responsorum* y abreviadamente, entre los autores franceses, *le Papien*.

Según la opinión generalizada fue elaborada también por el propio rey Gundobado hacia el año 502 y se destinó a los habitantes romanos del territorio borgoñón.

Está dividida en 46 títulos que, en muchos casos, están dispuestos de manera parecida a la ley anterior. Se utilizan las fuentes romanas aplicadas en esta época, como las *Instituciones* de Gayo, las *Sentencias* de Paulo, el *Codex Gregorianus* y el *Codex Hermoginianus* y el *Codex Theodosianus* y las *Novelas* posteodosianas.

Como en la *Lex Burgundionum*, también aparecen mezclados extremos que son propios del derecho de los burgundios con normas de Derecho Romano. Parece que se dio una redacción más libre que con la anterior *Lex Burgundionum*. En muchas ocasiones, el legislador habla en primera persona y, en otras, da por supuesta una norma previa, limitándose a puntualizar los extremos que resultan de mayor interés.

En cuanto al ámbito de aplicación de ambas leyes sigo el criterio tradicionalmente admitido y he partido del principio de la personalidad. No obstante, considero que la aplicación de dicho principio merece un replanteamiento, debido a que concurrieron algunas circunstancias que pudieron propiciar su aplicación como leyes generales a todos los habitantes del territorio burgundio; por lo que cabe que, en cierta medida, se hubiera seguido el principio de territorialidad ¹³. Es una hipótesis merecedora de un estudio pormenorizado a semejanza del que se ha hecho con la *Lex Romana Wisigotorum*.

¹¹ Pudo ser la segunda revisión, es decir, la realizada por Segismundo, la que ha llegado a nuestros días. Ver en este sentido: GLASSON, E., *Histoire du droit et des institutions de la France* (T. II, Époque franque), París, 1888, p. 166, la historia, variantes, manuscritos e influencias.

¹² Se utiliza la edición de DE SALIS, L. R., *MGH LL. nat. Germ.* 2.1, pp. 123-170. Ver sobre ella: LONGO, G., «Lex Romana Burgundionum», en *NNDI*, 9, p. 802; RICHARD, J., «Lex Romana Burgundionum», en *Lexicon...*, *op.cit.*, p. 1930. Para la interpretación de la ley ver: NELSEN, H., «Lex Romana Burgundionum», en *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, pp. 1927-1934.

¹³ ASTUTI, G., *Tradizione Romanistica e civiltà Giuridica Europea*, Raccolta di Scritti a cura di G. DIURNI, Napoli, 1984, pp. 12 y ss.

LAS SERVIDUMBRES EN LA *LEX ROMANA BURGUNDIONUM*: EL TÍTULO XVII DE LA LEY

El título XVII: *De clausis itineribus vel aliis servitutibus* (sobre los caminos cerrados y otras servidumbres), es el único título de esta ley en el que se regulan las servidumbres¹⁴. Figura ubicado entre el título que contempla la posibilidad de que la mujer quiera contraer segundas o terceras nupcias y el título relativo a la responsabilidad por daños, por lo que constituye un exponente de la falta de estructura y de sistemática que caracterizan a dicha ley.

El hecho de que califique de servidumbre de los caminos cerrados muestra que la legislación burgundia no se asienta sobre el Derecho Romano clásico sino sobre el Derecho Romano del Bajo Imperio.

En el primer fragmento se establece que «no se puede ocupar, ni cerrar, ni labrar el camino público que comunalmente se ha dejado entre los campos. Si esto ocurriere, se ha de forzar al autor del hecho a la reparación del suelo. Y de ningún modo, habida cuenta de su patrimonio, ha de dispensársele de la reparación de los caminos. Lo cual también ha de observarse respecto de la reparación de puentes»¹⁵.

Se aplica el mismo régimen a los caminos públicos y a los puentes. Y no se hace referencia a la constitución de ninguna servidumbre. En cambio, establece la obligación de respetar la vía pública vecinal. Se alude al camino público existente, dando pie a pensar que se trata de un supuesto de servidumbre legal de paso necesario¹⁶. Todo lo cual parece indicar que el legislador parte de la existencia de esta servidumbre, de la que se desconoce la forma de su constitución y se limita a determinar expresamente la obligación de respetarla y en caso de incumplimiento, la de reparar el suelo del camino o, en su caso, el puente. Tampoco se especifica cómo debe forzarse al autor del hecho prohibido. Las fuentes romanas que pueden haber servido de base para la redacción de este fragmento son, en lo que atañe a la vía pública entre fundos, las *Sent. Paul* 1,14,1¹⁷ y, en re-

¹⁴ Con carácter puntual, en algún otro título de la ley se hace mención a algún extremo relativo a las servidumbres, como por ejemplo: *LRBurg.* 31,3.

¹⁵ *LRBurg.* 17, 1: «Viam publicam vel inter agros communiter dimissam nec possideri nec intercludi nec exarari posse; quod si factum fuerit, auctorem facti ad eius munitionem solum compelli. Et ad munitionem viarum pro modo patrimonii nullum penitus excusari; hoc etiam et de pontium reparatione servandum.»

¹⁶ FRANCIOSI, G., *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967, pp. 140 y ss.; BIONDI, B., *La categoria romana delle «servitutes»*, Milano, 1938, p. 255, entre otros.

¹⁷ *Sent. Paul* 1,14,1: «Qui viam publicam exaravit, ad munitionem eius solus compellitur.»

lación a la conservación del camino y, en su caso, al deber de repararlo (*CTh.* 15,3,3 (a. 387)¹⁸, *CTh.* 15,3,4 (a.399)¹⁹ y *CTh.* 15,3,6 (a. 423)²⁰.

Se aprecia una confusión entre lo público y lo privado, acorde con las características del Derecho Romano del Bajo Imperio, si bien en éste mantiene un lugar preponderante el interés público y social. También, se recibe el impacto de las circunstancias que rodearon el asentamiento burgundio en el que la asignación y la distribución de los territorios pudo dar lugar a que surgieran no pocas relaciones jurídicas constitutivas de derechos reales en las que la línea divisoria entre lo público y lo privado se desvanecía.

Los fragmentos segundo y tercero plantean la misma problemática, lo cual permite un análisis conjunto. En el primero de éstos se establece: «consta que el curso del agua se adquiere y también se pierde por el transcurso de dos años»²¹. El segundo dice que: «de manera semejante, la vía, el camino, la cañada, es decir, los lugares por donde puedan circular los carruajes y los carros, pueden adquirirse y también perderse por el transcurso de dos años»²².

En ambos fragmentos se establece la constitución y la extinción de las servidumbres por el transcurso del tiempo. En el primero, de la servidumbre de aguas, y, en el siguiente, de las servidumbres de paso.

Tal regulación es coincidente con el Derecho Romano que se aplicó, especialmente, en la parte occidental del Imperio²³. El legislador burgundio pudo haberse basado en las *Sentencias de Paulo* (1,17,2 y 1,17,1) donde se contiene una regulación que se reproduce en los citados fragmentos.

Se alude a los dos tipos de servidumbres prediales rústicas de origen más antiguo que han sido objeto de modificaciones legislativas introducidas a lo largo de la evolución del Derecho Romano para mantener y adaptar su aplicación. La regulación normativa se circunscribe aquí a estos dos tipos de servidumbres y solamente a su constitución y extinción.

¹⁸ *CTh.* 15,3,3: «A viarum munitione nullus habeatur immunis, et eorum praediorum actores, qui forte iniuncto oneri privilegiorum contemplatione parere minime voluerint, nostrae domui vindicentur.»

¹⁹ *CTh.* 15,3,4: «Dudum quidem fuerat constitutum, ut inlustrum patrimonium dignitatum ab instauratione itinerum haberentur excepta. Verum propter immensas vastitates viarum certatim studia cunctorum ad reparationem publici aggeris conducibili devotione volumus festinare, nulla ad instructum munitionis huiusce dignitate aut privatorum in qualibet [...] studiosius adpetita. Etiam istud adiungimus, ut domos etiam clementiae nostrae, quas vetusta et innumera ab huius oneris curatione privilegia vindicabant, par condicio et sollicitudo constringat, ita tamen, ut in ceteris quae vel inlustribus vel patrimonio nostro praecedentibus edictis beneficia fuerant adtributa, intemerata permanant.»

²⁰ *CTh.* 15,3,6: «Absit, ut nos instructionem viae publicae et pontium stratarumque operam titulis magnorum principum dedicatam inter sordida munera numeremus. Igitur ad instructiones reparationesque itinerum pontiumque nullum genus hominum nulliusque dignitatis ac venerationis meritis cessare oportet. Domos etiam divinas ac venerandas ecclesias tam laudabili titulo libenter adscribimus [...].»

²¹ *IRBurg.* 17,2: «Aquae cursum et adquiri biennio et amitti biennio constat.»

²² *IRBurg.* 17,3: «Viam, iter, actum, hoc est: ubi carpenta vel carra conversari possunt, similiter biennio et adquiri et amitti posse.»

²³ Esta regulación figura en igual sentido en: *LRW* y en la *L.R. Rhetica Curiensis* 23,23. Ver en este sentido GROSSO, G., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 220, nota 19; BIONDI, B., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milano, 1969, p. 283, entre otros.

La constitución de las mismas tiene lugar por el simple ejercicio durante el plazo de dos años. Se trata de un supuesto de *usucapio* adquisitiva que la legislación imperial postclásica admitió contraviniendo la prohibición expresa de utilizar esta figura jurídica para constituir las servidumbres; prohibición establecida muchísimo tiempo antes, hacia el año 50 a.C., por la *Lex Scribonia*. El cambio de sentido de la regulación imperial fue posible porque habían cambiado también los presupuestos que habían servido de base a aquella ley. Efectivamente, en ésta se estableció la prohibición indicada porque las servidumbres se consideraban *res incorporales* y en la época de la misma la posesión únicamente podía recaer sobre cosas materiales y corporales, resultaba totalmente inapropiado tratar de conjugar estos dos institutos. Pero, cuando evolucionó el sentido de la posesión, dando cabida a la *possessio iuris*, los inconvenientes descritos dejaron de existir²⁴, lo que permitió que en la legislación postclásica pudiera tener cabida la usucapión que hemos visto recogida por el legislador burgundio, tomándola del Derecho Romano tardío.

El *non usus*, o la falta de ejercicio del derecho de servidumbre por parte del titular del fundo dominante pudiendo hacerlo, ha constituido causa de extinción de las servidumbres rústicas desde el Derecho Romano clásico²⁵, que se había arbitrado para proteger al fundo sirviente. También queda recogido en el derecho burgundio.

La doctrina romanista se ha esforzado en construir los argumentos para poder justificar que la falta de uso conllevara como efecto la extinción de la servidumbre, y más aún si se tiene en cuenta la disposición de la *Lex Scribonia* citada. Y se ha considerado que, originariamente, se partía de la contraposición extinción-constitución por *non usus*; tandem que fue destruido con la promulgación de aquella *lex*, al mantener los efectos sólo para la extinción. Fue con el transcurso del tiempo cuando volvieron a admitirse los efectos iniciales tal y como se constata en los fragmentos de las *Sent. Paul*²⁶ citados y que luego se traslada a la ley burgundia.

Habiendo poseído durante dos años un fundo como libre, se adquiere la propiedad de éste como libre²⁷. Tal es la prescripción de las disposiciones de Gundobado²⁸.

²⁴ GROSSO, G., *op. cit.*, pp. 177 y ss., en relación con pp. 184-185.

²⁵ En este sentido, ver, por ejemplo: TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, pp. 470 y ss.

²⁶ *Sent. Paul.* 10, 17, 1 y 2.

²⁷ Sostienen este criterio: BIONDI, B., *La servitù...*, *op. cit.*, pp. 311 y ss.; GROSSO, G., «Sulla genesi storica della estinzione delle servitù per non usus e della usucapio libertatis», en *Foro italiano*, 62, 1937. En contra del carácter adquisitivo del *non usus*: BRANCA, «Non uso e prescrizione», en *Scritti Ferrini*, I, Milano, 1946, pp. 175 y ss.; y SOLAZZI, S., «L'arbitrè nella servitus viae», en *SDHI*, 17, 1951, pp. 158 y ss. Todo ello está recogido por BIONDI, *op. cit.*, p. 315, nota 1.

²⁸ El reconocimiento de esta posibilidad, junto a la *usucapio libertatis* que se aplicó a las servidumbres urbanas, fueron el antecedente para que Justiniano las sustituyera por la *praescriptio longi temporis* (diez o doce años, según se tratara de presentes o de ausentes). La *usucapio libertatis* requería que se instaurase en el fundo sirviente una situación contraria al derecho de servidumbre. Ver: TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 470.

El plazo bianual que debe transcurrir tanto para constituir como para extinguir estas servidumbres se ha tomado de las XII Tab. 6,3, que se ha mantenido inalterado y por ello aparece también reflejado en: *Sent. Paul.*, 1,17,1 y 2²⁹.

En definitiva, el *usus* y el *non usus* son situaciones de mero hecho a las que se les conferían efectos jurídicos y que casaban bien con las características de la asignación y de la utilización de la tierra por parte del pueblo burgundio.

El fragmento siguiente dispone que «nunca debe denegarse a los esposos la igualdad respecto del campo común que no está delimitado por mojón alguno»³⁰.

Se desconoce el motivo por el que se ha incluido la referencia a un supuesto de copropiedad entre los esposos³¹ en un título relativo a las servidumbres. Parece como si a la hora de redactar este fragmento de la ley, el legislador hubiera tenido presente unas disposiciones ya promulgadas y que se limitara a puntualizar los extremos que le parecieran convenientes para este caso, sin hacer constar la fuente de procedencia y dándola por supuesta. En definitiva, podría tratarse de un resumen de otra norma precedente, posiblemente la *praeceptio*, a la que se alude en el título LIV de la *Lex Burgundionum*, y que, como se ha dicho, es desconocida para nosotros.

Lo expresado implicaría la posibilidad de que la mujer tuviera capacidad económica y que pudiera ser titular de fundos y, en definitiva, de bienes inmuebles, extremos que no se han podido contrastar en las fuentes.

La referencia más cercana³² que se conoce respecto de la división o partición entre varios sujetos o entre los esposos aparece en un formulario franco de fecha controvertida, pero que se sitúa entre el año 650 y el 656, y que se atribuye al monje Marculfo, que vivió a finales del siglo VI en la diócesis de París, cuando reinaban los Merovingios. En dicho formulario, se recogen los modelos de los diferentes tipos de actos que se llevaban a cabo en la práctica y que resultaron de gran valor para la historia de las costum-

²⁹ *Sent. Paul.* 1,17: (1) «Viam iter actum aquae ductum, qui biennio usus non est, amisisse uidetur: nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur». (2) «Seruitus hauriendae aquae uel ducendae biennio ommissa intercidit et biennio usurpata recipitur».

³⁰ *LRBurg.17.4*: «Agri quoque communis nullis terminis delimitati exaequationem inter consortes nullo tempore denegandam.»

³¹ Se admitían matrimonios mixtos entre burgundios y galo-romanos: *Lex Burgundionum* 12.5. En este sentido ver: LIBECQ, S., *op. cit.*, p. 137.

³² Según Vismara en el territorio ocupado por los burgundios tenía aplicación la colección de fórmulas conocidas bajo el nombre de Colección Flavianense («Collectio flavianense», en *MGH, Legum* 5, pp. 472 y ss.), la cual resulta en su mayor parte compuesta por fórmulas extraídas del formulario de Marculfo y de la fórmulas turonenses, en ellas se encuentran elementos romanos y elementos germánicos que dominan en diversa medida. Ver: VISMARA, G., *Storia dei Patti Successori*, Milano, 1986 (Parte cuarta: Il Diritto del Período Barbarico (476-774). Consultada esta colección, no aparece ninguna referencia que tenga relación con ninguno de los extremos que se plantean en los fragmentos comentados.

bres e instituciones de la época³³. Los modelos estaban distribuidos entre documentos reales (*cartae regales*) y documentos privados (*cartae pagenses*).

La fórmula 20 del formulario de Marculfo³⁴ que lleva por título: *Acerca de la división, en la que se hace presente el enviado por el rey*, se ha redactado como si se tratara de una contestación a una solicitud previa que debe realizarse para que comparezca un enviado del rey a efectuar el reparto y, por consiguiente, debe catalogarse como un documento regio. En él se manda que se reciba al ilustre varón, enviado por el rey con la libre potestad para hacer todo lo que considere oportuno, para que se amojone la parcela justamente, atribuyendo una parte a cada uno de ellos y que, por la benevolencia del rey, se conceda a su enviado la décima parte de lo que ha de entregarse al fisco por las posesiones de terrenos, viñas, siervos o de cualquier otra procedencia.

Aunque este formulario se redactó en fecha posterior a la de la *Lex Burgundionum*, cuando el pueblo borgoñón ya había sucumbido en manos de los francos sálicos y el rey que se menciona en la fórmula era el rey Merovingio³⁵, dicho formulario puede tener va-

³³ La primera edición de este formulario es la de Bignon en 1613. En la actualidad el texto del formulario puede consultarse en «Formulae Merovingici et Karolini Aevi», en *Monumenta Germaniae Historica*, ed. K. ZEUMER, Hannover, 1882-1886, p. 107 y ss. Sobre el formulario de Marculfo, puede consultarse: FAVIER, J., *Dictionnaire de la France Médiévale*, Paris, 1993, p. 428; GLASSON, E., *Précis...*, op. cit., p. 67, entre otros.

³⁴ MARCULFI, *Formulae*, Liber I, 20: «De divisione, ubi rege accederit missus: Dum et divisio vel exequatio inter illos et illos seu consortes eorum de alode lui, aut de agro illo, caelebrare debetur, et quatenus petitio illorum adfuit, ut missus de palatio nostro ad hoc inter eos dividendum vel exequandum accedere deberet, ideo cognoscite, nos misso nostro illustris viro illo ad hoc inter eos exequando visi fuimus direxisse. Propterea per presentem decernemus ac iubemus preceptum, ut ipsum in hoc vos recipere faciatis, et unicuique ex ipsis iustae debita portionem terminetur, et decimo illo suntelites; quod exinde in fisci dicionibus tam de terra, vineas, mancipia vel undecumquae reddebatur, ipse vir ille habeat ex nostra indulgentia concessum, vel quicquid exinde facire voluerit, liberam habeat potestatem.»

(20. Acerca de la división, en la que se hace presente el enviado por el rey: como sea que haya de llevarse a cabo la división o partición entre varios sujetos, o los consortes de los mismos, referente a un alodio o a un campo y habida cuenta de que han cursado su petición de que el enviado de nuestro palacio participe en lo que ha de ser dividido o repartido, en consecuencia sabed que nos ha parecido que la repartición entre ellos debía llevarse a cabo por el ilustre varón nuestro enviado. Por tanto, por la presente decidimos y mandamos que en este asunto lo recibáis y que se amojone la parcela justamente atribuida a cada uno de ellos y que aquel varón tenga concedida por nuestra benevolencia la décima parte de lo que por ello ha de entregarse al fisco por las posesiones de terreno, viñas, siervos o de cualquier otra procedencia; y que, en consecuencia, tenga la libre potestad para hacer todo lo que quiera.)

³⁵ La *Lex Sállica* fue la primera legislación franca, se promulgó en la época de Clodoveo y está datada entre el año 507-511. Está escrita en latín, presenta una gran cantidad de vulgarismos. En relación a las compilaciones más antiguas como la *Lex burgundionum* y el *Codex Euricianus* es la menos romanizada y también la menos sometida a la influencia de la Iglesia. En el siglo VII los francos del oeste que ocupaban la tierra ribuaría, la actual Colonia, se regían por la ley merovingia, *Lex Ribuaría* (633-634), que recibió una gran influencia de la *Lex Sállica*, hasta el punto de que puede considerarse una *Lex Sállica revisa*. Ver: OSARA, F., *El adulterio...*, op. cit., pp. 343 y ss.

lor porque la práctica jurídica, en el ámbito del antiguo territorio de la Galia romana ocupado por los pueblos bárbaros, no cambió de manera automática ni inmediata. Deben también tenerse en cuenta las recíprocas influencias entre los distintos derechos de los pueblos asentados en las Galias, teniendo en cuenta la existencia de una fuente común. Cabe que lo previsto en la fórmula de Marculfo no se diera en los años anteriores y que lo que estaba vigente entre los francos no lo estuviera en los burgundios. El formulario puede tener valor para constatar la existencia de la posibilidad de que los fundos puedan ser de titularidad común entre los esposos y que, en el caso de que no esté dividido en partes, se entienda que lo está en partes iguales.

El fragmento quinto dispone que «el derecho sobre los bosques, los montes y los pastos que cada uno tiene a su disposición en proporción a (su) posesión, es común»³⁶.

En el texto aparece una referencia clara al régimen de la *hospitalitas*. Su inserción en este título de la ley referido a las servidumbres, constata una vez más, la falta de sistemática de la misma y que no se percibía con claridad la distinción entre propiedad y posesión.

No se alcanza a descubrir el motivo por el que se introdujo esta referencia en el presente título. Esto hace que hayamos de movernos en el ámbito de las meras conjeturas.

El texto se redacta como aclaración a una normativa previa que se da por cumplida. Ésta se refería al reparto de la tierra cuyos criterios ya se habían establecido en el Título LIV *Lex Burgundionum*. Y el Título LXVII³⁷ en relación con el Título XIII³⁸ de la propia ley acaban de concretar la distribución indicada. En éstos se establece que se mantiene el disfrute en común de los bosques: el romano disponía de la mitad de los mismos y el resto se atribuía a los *hospites* en proporción a la tierra recibida. Estos dos últimos títulos citados pueden considerarse también como puntualizaciones de la norma que ha fijado los criterios generales del reparto.

En el presente fragmento de la *Lex Romana Burgundionum* la regulación que acabamos de aludir se da por supuesta y se limita a puntualizar el uso común. Se utiliza el término posesión que, en este caso, no debe entenderse en el sentido que tiene esta figura jurídica en el lenguaje técnico, sino que se usa para indicar el goce de la tierra, la disponibilidad, sin entrar a determinar el título, o la falta de él, a tenor del cual se disfruta.

En el último fragmento se determina que: «de modo semejante, en lo referente a la servidumbre de luz o de aire ha sido establecido que, de acuerdo con la ley del libro IV

³⁶ *LRBurg.17.5*: «Silvarum, montium et pascui ius, ut unicuique pro rata possessionis subpetit, esse commune.»

³⁷ *LB.LXVII*: «De silvis hoc observandum est: Quicumque agrum aut colonicas tenent, secundum terrarum modum vel possessionis suae ratam sic silvam inter se noverint dividendam; Romano tamen de silvis medietate in exartis servata.»

³⁸ *LB.XIII*: «De exartis: Si quis, tam Burgundio quam Romanus, in silva communi exartum fecerit, aliud tantum spatii de silva hospiti suo consignet et exartum, quem fecit, remota hospitis commotione possideat.»

del (Código) Teodosiano bajo el título *Acerca de los edificios privados y públicos*, se establece que se dejen diez pies (de distancia) entre las edificaciones de los particulares y quince entre las públicas»³⁹.

Un primer extremo a destacar es la remisión expresa a la legislación que existe sobre la materia en el Código Teodosiano. Lo que ha planteado no pocas dificultades interpretativas debido fundamentalmente a que el libro IV que se menciona se ha perdido en la parte citada y ha sido precisamente el texto de la *Lex Romana Burgundionum* lo que ha servido de base para la reconstrucción del *Cth*. El texto burgundio del que tratamos se ha situado al final del libro IV, Cap. XXIII *De aedificiis privatis et publicis*. Ello hace que crezca la importancia de la ley borgoñona para el conocimiento del Derecho Romano postclásico sobre esta materia⁴⁰.

El objeto de la regulación se refiere a la distancia que debe mediar entre las edificaciones públicas y privadas para respetar las servidumbres de luz y de aire. Se regula como servidumbre lo que en puridad constituye una limitación en la edificabilidad de los fundos urbanos, es decir, una limitación en el ejercicio del dominio que viene establecida por la ley⁴¹.

Esta regulación pone en evidencia la transformación del sentido del derecho de propiedad operada en esta época, además de reflejar la preocupación que se sentía por parte del poder imperial, compartida en este caso, suscrita por el rey burgundio, de mantener las ciudades, desde el punto de vista urbanístico, con las debidas condiciones de seguridad, limpieza, orden y belleza⁴².

El territorio compartido entre galo-romanos y burgundios, en la forma que se ha descrito, hacía que fuera lógico, al margen del ámbito de aplicación que tuviera la ley, que el legislador burgundio asumiera los mismos criterios que hasta entonces se habían exi-

³⁹ *LRBurg*, 17,6: «De servitute luminis vel aeris similiter constitutum: ut inter privatorum fabricas decem pedes, inter publicas quindecim dimittantur, secundum legem Theodosiani libri IV, sub titulo: De aedificiis privatis et publicis.»

⁴⁰ Se ha abandonado la interpretación que se sostuvo entre finales del siglo pasado y principios del presente, de creer que como en la ley se utiliza la palabra *Theodosiani* en vez de *Theodosii* había un error en la cita y se consideraba que lo que realmente se quería aludir no era al *Cth*, sino a la constitución de Honorio y Teodosio recogida en *CJ*, 8, 10, 9 (Hon.-Theod.) 406. Ver: BIONDI, B., *La categoria romana delle servitutes*, Milano, 1938, p. 39. También analiza este fragmento de la ley FRANCIOSI, G., *Studi sulle Servitù Prediali*, Napoli, 1967, pp. 144 y ss. (hay un error en la cita de la fuente burgundia porque, en vez de poner *L.R. Burg.* 17,6, pone 5).

⁴¹ Para el Derecho Romano puede consultarse: CARAVELLA, R., *Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in diritto romano*, Roma, 1971.

⁴² La legislación en este sentido proliferó en la época postclásica, especialmente cuando se trasladó la capital a Constantinopla y se quiso que la ciudad reuniera las condiciones propias de la capital del Imperio, pero la preocupación en este sentido puede remontarse a la XII Tablas en las que ya se determinó el denominado *ambitus* que indicaba que entre los edificios debe dejarse un espacio de 15 pies. Ver: TALAMANCA, M., *Istituzioni...*, *op. cit.*, p. 406; y BIONDI, B., *La categoria...*, *op. cit.*, p. 41.

gido para edificar. Además, el reparto impuesto en los asentamientos evidenciaba el cambio que se había producido en la sociedad y en el Derecho Romano a la hora de configurar el derecho de propiedad, el cual, sin perder su carácter de derecho privado y el sentido estrictamente individual, tal y como se había concebido hasta entonces, había adquirido connotaciones socio-políticas: el derecho privado e individual de propiedad debía disfrutarse también atendiendo a intereses sociales.

La distancia y la altura que deben respetar las edificaciones urbanas, inicialmente formaban parte de lo que se denominaba *ambitus*, que era el término utilizado para referirse a los alrededores de la casa. El *ambitus* se regulaba por las normas de vecindad para mantener la independencia de los fundos, a fin de que un propietario no invadiera o interfiriera de algún modo en el fundo colindante.

En el derecho postclásico esta regulación supera el marco estricto de las relaciones de vecindad para convertirse en una exigencia de la sociedad, exigencia que viene determinada por la ley, utilizando la figura de la servidumbre predial. Con esta figura el legislador conjuga el sentido de la propiedad como derecho real absoluto y la exigencia social en cuanto al ejercicio de aquel derecho que se determina utilizando otro derecho real. El titular del fundo dominante, en este caso el que va a edificar, ejerce su derecho real sobre el fundo sirviente, el del vecino, que tiene que soportar la edificación en los límites establecidos por la ley. Se cumple así la función socio-económica exigida en la servidumbre y el derecho de propiedad que ostenta el titular del fundo sirviente se ha visto gravado por la propia ley.

La amplitud que, en la época postclásica, se otorgó a las servidumbres al calificar como tales a lo que en realidad eran limitaciones de la propiedad, no creo que deba interpretarse como una mera confusión de institutos o como una falta de precisión en el lenguaje técnico jurídico, que, por otra parte, era habitual en esta época. En este caso, pudo haberse pretendido la utilización de aquella figura jurídica, ya existente, para poder establecer aquel límite, al tratarse de una servidumbre legal y, por lo tanto, de obligado cumplimiento, sin que se admita ningún pacto ni acuerdo convencional al respecto.

En cuanto a las distancias concretas que se establecen, coinciden con las indicadas en la *CJ.* 8,10,11 (Hon.-Theod.) 423. Pero, al margen de esta regulación puntual, la fuente romana de la que puede haberse valido el legislador burgundio es una constitución del emperador León⁴³, que en la actualidad no se conserva, y de la que se tienen noticias a través de la publicada con posterioridad por el emperador Zenón, que fue redactada en griego y figura compilada en *CJ.* 8,10,12.

CONCLUSIONES

Del análisis realizado quisiera resaltar, a modo de conclusión, que:

⁴³ En este sentido: BIONDI, B., *La categoría...*, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

1. La ubicación de este título en el seno de la ley denota la falta de estructura y la carencia de sistemática en la elaboración de la misma, ya que se colocan los títulos uno detrás de otro, sin ningún tipo de criterio.

2. La regulación que figura en el propio título es diversa y no sigue ningún orden ni estructura y puede considerarse uno de los supuestos que, con mayor claridad, permiten cuestionar el ámbito de aplicación de esta ley que tradicionalmente se ha regido por el principio de personalidad. Si se tiene en cuenta el régimen de los asentamientos y el reparto de tierra descritos, no cabe duda alguna que la mayor parte de los fundos contiguos, con toda probabilidad, pertenezcan a galo-romanos y a burgundios. Resulta, por tanto, irrisorio creer que únicamente iban a ser los primeros, los que constituyeron servidumbres bajo el régimen de esta ley.

3. Las fuentes romanas que han servido de base al legislador burgundio para redactar este título de la ley aparecen reflejadas sólo en algunos fragmentos del mismo. En concreto, en el primero, segundo, tercero y sexto, en los que se han tenido en cuenta las *Sent. Paul.* y el *CTh*; los fragmentos restantes, es decir, el cuarto y el quinto tienen un fundamento diverso. En el caso del fragmento cuarto con toda certeza proviene del régimen de la *hospitalitas* recogido en la *LB* y, en el caso de fragmento quinto, puede provenir de alguna disposición desconocida para nosotros, pero desde luego de origen no romano.

4. La normativa que se ha establecido se caracteriza por la mezcla y confusión de figuras jurídicas. A la regulación de las antiguas servidumbres de acueducto y de paso y a la referencia a las servidumbres privadas se le incorporan supuestos de servidumbres legales y otros que, siguiendo al Derecho Romano, se califican de servidumbres cuando en realidad se tratan de limitaciones del dominio. Se asimilan y se mezclan unos casos con otros. Además, se prevén supuestos de uso de terrenos públicos junto a la referencia a la cotitularidad de los fundos entre los esposos.

5. Por lo anteriormente expresado resulta obvio que no se refleja explícitamente, en ninguno de los supuestos, la presencia del criterio de la tipicidad de las servidumbres propio del *ius civile* y que, en la época postclásica, estaba ya en plena decadencia en el propio Derecho Romano. El único extremo que puede recordar, aunque muy sutilmente este aspecto, sería la referencia que aparece respecto a la forma de constitución y de extinción de las servidumbres que se circunscribe a las más antiguas: la de acueducto y la de paso, y a una sola causa de constitución y de extinción: el *usus* y el *non usus* por un período bianual. Al parecer, se entiende que el ejercicio del contenido de un derecho es lo que confiere la titularidad del mismo.

6. Sólo se alude a lo que en Derecho Romano se consideraban como servidumbres prediales sin que dentro de las mismas aparezca ninguna distinción.

7. De todo cuanto se ha expresado podría entenderse que en la *Lex Romana Burgundionum*, sin perjuicio de la regulación puntual que se ha establecido, la figura jurídica de la servidumbre se concebía en un sentido amplio comprendiendo en su seno elementos que en el Derecho Romano clásico se consideraban genéricamente como derecho real.

