

# ANALES

DE LA

## UNIVERSIDAD DE VALENCIA

AÑO IV \* 1923 - 1924

CUADERNO 27

---

Los más grandes cultivadores de la Historia  
del Derecho Español: Martínez-Marina,  
Herculano, Muñoz-Romero, Pérez Pujol,  
Costa, Hinojosa, Desdevises du Dezert,  
Gama Barros y Mayer

CONFERENCIAS DADAS EN LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA (1)  
POR EL DOCTOR DON JOSE MARIA OTS CAPDEQUI  
CATEDRÁTICO DE HISTORIA DEL DERECHO  
EN LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

SEÑORES:

**L**A BONDAD, que en el alma agradezco, de estos queridos maestros y compañeros míos, profesores de esta Facultad de Derecho, me coloca hoy en el trance, para mí difícil, de tener que pronunciar estas conferencias.

Y digo que es este trance difícil para mí porque, como muy pronto vais a tener ocasión de comprobar, yo no reuno, en absoluto, las condiciones exigibles en un conferenciante. Pero soy un profesional de la enseñanza, y por este motivo

---

(1) Fueron dadas estas Conferencias, por invitación de la Facultad de Derecho, los días 25, 26 y 27 de Febrero de 1924 en el Aula número 8.

me he creído obligado a no rechazar requerimiento que tan cariñosamente se me hacía, sobre todo teniendo en cuenta que, por la amplia libertad en que se me dejaba para la elección de tema, podía yo ampararme tras un asunto muy dentro de mi especialidad y transformar por este modo las presentes conferencias, en lo que realmente van a ser: unas modestas lecciones de clase, con la sola salvedad de ser escuchadas por un público tan selecto como éste. Ninguna novedad han de contener para los especialistas, ya que han de consistir sólo en unas simples reflexiones de lector, que puedan servir de guía para ayudar a una exacta valoración crítica de la labor de cada uno de los principales cultivadores de la historia del derecho español, a las personas no especializadas que se interesen por la lectura de sus obras.

Y sin más preámbulos, vamos a entrar en el desarrollo de la primera de estas conferencias:

MARTÍNEZ-MARINA.

Exige una explicación el hecho de que las encabecemos con el nombre insigne de Martínez-Marina. La razón es ésta: representa la obra de este investigador la primera sistematización histórica de nuestro derecho, todavía hoy aprovechable. Los intentos historiográficos sobre el derecho español anteriores a Martínez-Marina, entre los cuales quizá merezca destacarse como obra de conjunto la *Sacra Themidis Hispaniæ Arcana...* de Lucas Cortés, editada como original por el danés Franckenau, tienen tan sólo un valor histórico, no actual. Interesan al erudito preocupado por la historia de la historiografía, no al gran público aficionado a los problemas que plantea el conocimiento histórico de nuestras instituciones. Por eso no los recogemos aquí donde sólo perseguimos hacer destacar los nombres que consideramos preclaros dentro de nuestra precaria producción historiográfica.

De entre las obras de Martínez-Marina sólo vamos a

## GRANDES CULTIVADORES DEL DERECHO ESPAÑOL

examinar tres, que reputamos fundamentales para nuestro estudio: 1.<sup>a</sup>, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reynos de León y Castilla...* Madrid, 1808; 2.<sup>a</sup>, *Teoría de las Cortes...*; 3.<sup>a</sup>, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación...*

La primera de estas obras, redactada, como es sabido, para que sirviera de prólogo a la edición de las *Siete Partidas* preparada por la Academia de la Historia, es sin disputa la de mayor valor de entre todas las escritas por su autor. Todavía hoy es directamente aprovechable, y en muchas de las fundamentales cuestiones que aborda sigue la investigación en el mismo estado en que hubo de dejarla este hombre extraordinario, historiador de gran erudición y de amplio espíritu constructivo, eclesiástico constitucionalista y liberal, tan representativo del momento que vivió.

*Ensayo  
histórico-crítico*

Con referencia al año en que aparece, representa este libro un avance vigoroso en el orden de nuestra historiografía jurídica. Asombra la cantidad de lectura tan grande que descubre en su autor. Por primera vez se hace en nuestro país historia de instituciones, sobre la base de nuestros inexplorados fueros municipales, acompañando a cada afirmación una sólida comprobación documental.

Pero a pesar de todo esto, no en vano ha transcurrido más de un siglo desde su aparición. Algunas de las cuestiones que Martínez-Marina estudia han sido superadas por investigaciones posteriores; otras no serían planteadas en un libro de esta naturaleza por un historiador moderno. Las opiniones políticas de su autor se descubren con lamentable frecuencia al enjuiciar instituciones pasadas que sólo deberían ser examinadas con un criterio rigurosamente histórico.

En la historia de la legislación española anterior a Alfonso X, que sigue al elogio de la personalidad y de la labor de este monarca, al ocuparse de las fuentes del derecho visigodas, si bien no incurre en la generalidad de los errores frecuentes en su época, demostrando en ocasiones aciertos sorprendentes al adoptar partido en cuestiones controver-

*Rectificaciones  
necesarias*

tidas, contiene, sin embargo, afirmaciones que la investigación moderna, singularmente después de las magistrales ediciones de Zeumer, ha rectificado totalmente.

Tal ocurre, por ejemplo, con lo relativo a quién fuera el monarca autor de la *Lex Visigothorum* — equivocadamente atribuida a Chindasvinto —, y lo mismo cuando, al hablar de las leyes de Eurico, se dice de ellas que «se debe suponer como un hecho incontestable que estas leyes eran *romanas*».

En cambio, son de un valor incuestionable sus observaciones sobre las fuentes del derecho aplicables en los Estados hispano-cristianos de la Reconquista—supervivencia del *Forum Judicum* y naturaleza y ámbito de aplicación territorial de los principales fueros municipales, con inicial determinación de algunas de las más importantes familias de fueros—; sus noticias sobre la organización política y administrativa de la Monarquía española en esta época, y sobre todo el capítulo dedicado a la exposición del derecho público y del derecho privado, según resulta de los más importantes fueros municipales.

La opinión de Martínez-Marina sobre el Fuero Viejo fué rectificada por Muñoz-Romero, y recientemente por D. Galo Sánchez en un magnífico artículo publicado en la *Revista de Derecho Privado*.

Las páginas dedicadas al análisis crítico de cada una de las Partidas comprueban el apasionamiento político de su autor a que antes hemos hecho referencia.

*Teoría de las  
Cortes*

- Pero donde se aprecia con mayor realce este defecto es en su célebre obra titulada *Teoría de las Cortes...* Entusiasta como pocos del régimen constitucional y parlamentario que alboreaba entre grandes luchas, en aquellos tormentosos años del comienzo del pasado siglo, poniendo su portentosa erudición al servicio de sus convicciones políticas, escribió este libro, encaminado todo él a demostrar el legítimo y secular abolengo de las Cortes en los reinos de León y Castilla.

Sabido es que, guiado por este afán, llega a filiar el origen de nuestras Cortes en los célebres Concilios de To-

ledó de la época visigoda. No es ocasión ahora de refutar detalladamente esta opinión, reconocida hoy por todos los investigadores como absolutamente inaceptable. Mas si esto es exacto, no lo es menos que, salvado este error, ofrece esta obra un valor grande para los cultivadores de nuestra historia jurídica por las utilísimas noticias que contiene respecto al carácter de la Monarquía castellana sobre la organización, funcionamiento y atribuciones de las Cortes y en punto a la organización judicial.

Importa, sin embargo, advertir todavía que, por la misma razón que antes apuntábamos, al tratar de las atribuciones de nuestras Cortes medioevales incurre en evidentes exageraciones, contradiciendo su propia y más acertada doctrina a este respecto, sentada en el *Ensayo histórico-crítico...*

Queda, por último, su famoso *Juicio crítico sobre la Novísima Recopilación*. Conocida es la génesis de esta obra. Unas apreciaciones tan acerbas como justificadas sobre el desacierto con que había sido elaborado este código borbónico, motivaron una querrela de su autor, y como adecuada réplica la publicación del libro que hoy comentamos. *Juicio crítico...*

Ante la improcedencia de seguir ahora paso a paso a Martínez-Marina en su crítica justiciera y despiadada, nos limitaremos a hacer destacar el acierto grande de las observaciones que en ella se contienen, las cuales ponen de manifiesto una vez más la enorme cultura histórico-jurídica de su autor.

#### HERCULANO.

Es el más grande historiador de la Península. Destaca en su obra una potente imaginación hermanada sabiamente con el empleo de métodos investigativos rigurosamente históricos. Cada página de su magnífica *Historia de Portugal* es un trozo literario de una factura irreprochable y selecta. *Características de su labor*

Es Herculano el gran reconstructor histórico del pasado portugués y con ello dicho está el grandísimo interés que

para nosotros encierran sus obras, dada la identidad de Historia entre Portugal y los reinos de Asturias, León y Castilla en los primeros siglos de la Reconquista. Con Herculano se aplican por primera vez en nuestra Península, de una manera consciente y sistemática, los métodos preconizados por la llamada Escuela histórica del Derecho, para la elaboración de la historia de las instituciones jurídicas. Precisamente por esto, sin ser propiamente un cultivador de la historia del derecho, nos ha dejado páginas de un valor inapreciable dentro del círculo estricto de nuestra especialidad, al estudiar, por ejemplo, en su Historia de Portugal o en alguno de sus Opúsculos, la condición jurídica de las clases sociales o el desarrollo y funcionamiento del régimen municipal en los remotos siglos medioevales.

*Observaciones  
críticas*

Pero la gran autoridad que al nombre de Herculano acompaña y el alto valer de sus obras, no nos han de inducir al error de aceptar como buenas todas y cada una de las conclusiones que en las mismas se contienen. Es clásica en la historia de nuestra historiografía la polémica sostenida entre Herculano y Muñoz-Romero sobre la verdadera condición jurídica de determinadas clases sociales; y no es lícito desconocer que la razón acompañó a este último, historiador de menos vuelos sin duda, pero de una incommovible seguridad documental. También Hinojosa y Gama Barros han rectificado con acierto conceptos equivocados de Herculano sobre los llamados *hombres de criación* y sobre los *maldados*. Incontrovertible es igualmente la refutación que Hinojosa hizo de la tesis sustentada por aquél sobre el origen romano de nuestro municipio medioeval. Finalmente, para citar sólo aquellos puntos más relevantes, la doctrina defendida por Herculano sobre la existencia de un matrimonio civil en el Portugal de la Edad Media ha sido recientemente rebatida por el ilustre profesor portugués Cabral de Moncada.

Era necesario traer aquí estas observaciones. Pero ellas no contradicen lo que anteriormente hemos dicho. A pesar de estas rectificaciones inevitables en toda obra histórica, fecunda y creadora, fué Herculano un historiador genial; el

## GRANDES CULTIVADORES DEL DERECHO ESPAÑOL

primero de entre los de nuestra Península y digno de figurar desde luego, al lado de los mejores de Europa.

MUÑOZ-ROMERO.

No es un tipo de hombre genial como Herculano; pero a pesar del tono menor que matiza toda su obra, debe ser considerado como una gran figura de la historiografía del derecho español.

La característica de su labor es ésta: gran acopio documental y admirable sagacidad y penetración histórica. No construye una sistematización amplia y completa de una institución o de un grupo de instituciones, pero todos sus trabajos están esmaltados de indicaciones históricas de un valor incuestionable, aun cuando sean sobre temas muy concretos. Se limita al estudio del documento, pero en este terreno se mueve con una seguridad que pocos alcanzan. Por eso sus éxitos en sus polémicas con Herculano y con Helfferich y Clermont. En definitiva es el hombre de archivo inteligente y trabajador que aporta muy valioso material sobre el que luego edificará un historiador de tipo constructivo.

Enumeremos sus obras más importantes:

1.º *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas...* — *Colección de Fueros*  
Es una obra fundamental de indispensable manejo para cuantos se dedican a estudios de historia del Derecho. Están vencidas con acierto las dificultades grandísimas que una empresa de tal magnitud ofrece, aun cuando hoy, la técnica general exigible en ediciones de esta índole haya sido superada. Aparte de su valor como *edición*, importa hacer destacar el de las notas histórico-interpretativas, que acompañan al texto de muchos de los fueros, entre las cuales descuellan las puestas al original latino del de León.

2.º *Del estado de las personas en los reinos de Asturias y León* (Madrid, 1889). — *Del estado de las personas...*  
Este interesantísimo artículo del cual se publicó tirada aparte muy difícil de consultar hoy,

es de un valor extraordinario para la historia de las clases sociales. En él se refutan acertadamente algunos errores de Herculano, a que anteriormente hemos hecho referencia y, aun cuando en estos últimos años se han publicado algunos trabajos sobre estas mismas cuestiones estudiadas por Muñoz-Romero en este opúsculo, no aportan ninguna novedad de interés. En lo fundamental sigue en pie el magistral cuadro trazado por nuestro autor.

*Refutación del opúsculo* 3.º *Refutación del opúsculo: Fueros Francos de los señores Helfferich y Clermont.*—La característica penetración y seguridad con que Muñoz-Romero sabe interpretar nuestros más difíciles diplomas medioevales, se pone de manifiesto en este folleto de una manera destacante. Es realmente incontestable su refutación de la teoría sustentada por aquellos ilustres investigadores extranjeros. Después de la lectura de este estudio no puede quedar la menor duda de la no existencia en nuestros reinos hispano-cristianos de esos llamados Fueros Francos en el sentido que Helfferich y Clermont pretendían, ni de municipios franceses, ni tampoco por lo tanto de esa supuesta influencia del derecho franco en nuestro derecho medioeval.

*Discurso* 4.º *Discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia.*—Constituye una primorosa disertación, repleta de precisas observaciones sobre el carácter de la Monarquía y sobre la organización judicial y administrativa de nuestros territorios durante la Reconquista; sobre el problema de la existencia del Feudalismo en los reinos de Castilla y Aragón; sobre las características jurídicas de determinadas clases sociales; y sobre el origen del municipio de León y Castilla, sosteniendo ahora a este respecto la tesis germanística que más tarde desarrolló sistemáticamente el maestro Hinojosa, con lo cual rectifica el error en que había incurrido en una de las notas a su Colección de fueros municipales, donde se había pronunciado por la teoría romanista sustentada por Herculano.

Finalmente, y ya para acabar con este forzosamente rápido bosquejo de la personalidad científica de Muñoz-Ro-

## GRANDES CULTIVADORES DEL DERECHO ESPAÑOL

mero, nos limitaremos a enumerar sin más consideraciones su *Catálogo de Fueros y Cartas Pueblas...* y su *Diccionario bibliográfico-histórico de los antiguos reinos, provincias, ciudades, villas, iglesias y santuarios de España*.

PÉREZ PUJOL.

El hecho de haber sido Pérez Pujol legítima gloria de la Universidad valenciana, nos exime de insistir demasiado en el estudio de su labor, ya que éste es familiar a los discípulos de esta escuela por la actuación de su continuador en la cátedra mi maestro D. Juan Antonio Bernabé Herrero, ilustre editor de su obra póstuma sobre la España visigoda.

No vamos a examinar aquí toda la compleja personalidad de Pérez Pujol en sus diversos aspectos de jurista, sociólogo, maestro e historiador, porque ello no cabe dentro de los forzados límites de una conferencia. Nos fijaremos sólo en su labor como historiador y en este sentido podemos afirmar que nos encontramos ante una figura culminante, no sólo en la historiografía española sino también en la historiografía europea.

Pérez Pujol, es el historiador peninsular más afin al genial Herculano y sus cualidades son análogas a las de éste: imaginación espléndida, amplitud de visión histórica y estilo de narrador insuperable. Aun cuando investigaciones posteriores hicieran totalmente inaceptable el contenido de su obra sobre la España visigoda, continuaría leyéndose siempre: el estilo le asegura la perpetuidad.

En su Discurso de Apertura de la Universidad de Valencia, presenta una síntesis magistral de las directivas fundamentales de la historia del derecho español reveladora de una profunda cultura histórico-jurídica.

En su prólogo a la Historia de los gremios de Valencia, de Tramoyeres, hace atinadísimas observaciones sobre la verdadera significación jurídica de la institución gremial.

Debemos mencionar también sus artículos de diversas

revistas: «Estado del Derecho en España durante la dominación romana»; «El Fuero Real y su fuerza obligatoria»; «La ley sálica y el libro de Thonissen», etc.

*Historia de la  
España visigoda*

Cada escrito de Pérez Pujol es una lección interesante y sugeridora. Pero ante todo Pérez Pujol es el historiador de la España visigoda. Su obra, a pesar de ser incompleta—sabido es que no contiene la historia de las instituciones netamente jurídicas—es de un valor fundamental para el estudio de este período. Quizás en muchos aspectos incluso superior a la de Dhan.

Arranca esta obra desde los tiempos de la España primitiva, dedicando todo el tomo I al estudio de iberos y romanos, constituyendo un excelente resumen de lo investigado hasta entonces, admirablemente escrito, aun cuando sin ninguna aportación original y dando quizás excesiva acogida a conjeturas poco consistentes.

Los otros tres tomos tratan ya plenamente de los visigodos antes y después de su llegada a España. Los capítulos más interesantes para un historiador del derecho son los relativos al reparto de tierras, concepto del Poder Público y patronato, clases sociales, municipio e Iglesia. Estos dos últimos sin disputa, los de mérito preferente.

Quizás el único reparo que puede oponerse a esta obra—salvo pequeñas rectificaciones de detalle—sea que peca un poco de lo que pudiéramos llamar mal de su siglo: exceso de sociología. Pero esto apenas empaña el valer de sus páginas admirables.

#### COSTA.

También la personalidad de Costa desborda sobre los límites de la historia del derecho; pero aquí sólo como historiador del derecho español hemos de ocuparnos de él.

Los estudios histórico-jurídicos de Costa, versan sobre la España Primitiva y sobre derecho consuetudinario.

*España Primitiva*

En el primer aspecto hay que distinguir dos fases en la

historia de sus investigaciones: la del celtismo y la del iberismo. Cree en un primer momento que todo es celta en la España primitiva; pero pronto con una de sus características intuiciones geniales se da cuenta de su error y se orienta en el sentido del iberismo. Y ya dentro de este camino, llega a formular conclusiones que en parte han sido confirmadas por los más modernos investigadores. Sin embargo, hoy sus estudios ibéricos tienen muy escaso valor, singularmente después de los recientes trabajos de Schulten.

En general toda la obra de Costa en este sentido adolece de un vicio inicial: su falta de formación histórica. Costa es el hombre de genio que escribe sobre asuntos de historia; no el historiador profesional que se eleva a las cumbres del genio.

Revela, no obstante, su labor una cultura extraordinaria de los historiadores clásicos latinos y tiene a veces aciertos insuperables.

Pero con todo puede decirse que en Costa, su obra no está a la altura de su genio. Así como hay producciones en que se concentra de tal modo lo mejor de su autor que su lectura produce el efecto de que la obra está por encima del que la ha escrito, en Costa ocurre lo contrario: la lectura de sus escritos causa la impresión de que el hombre supera a la obra.

Sus estudios sobre derecho consuetudinario nos parecen superiores a sus estudios sobre la España primitiva. Todavía hoy suministran noticias de un valor inapreciable al historiador del derecho español que esperan ser debidamente aprovechados.

*Derecho  
Consuetudinario*

## HINOJOSA.

Su labor es la más sólida y copiosa para el estudio de la historia del derecho español. En una historia de nuestra historiografía jurídica su nombre señalaría el comienzo de una nueva época. Con él se incorporan definitivamente en

nuestro país los nuevos métodos de concebir y elaborar la historia del derecho.

Importa también hacer destacar el interés de su actuación como maestro que crea escuela: lo más selecto de la juventud universitaria que hoy cultiva la historia del derecho español está integrado por discípulos más o menos directos de Hinojosa.

Convencido de la evidencia de este principio, no hay posibilidad de conocer bien la historia de nuestro derecho sin estudiar la historia del derecho de otros países europeos (singularmente Alemania, Italia y Francia), orienta su trabajo en este sentido y llega a poseer una cultura histórica y jurídica verdaderamente asombrosa.

Si quisiéramos destacar en una fórmula un poco retórica la característica de su personalidad en relación con Pérez Pujol y Costa, diríamos: Pérez Pujol o el estilo; Costa o la intuición genial; Hinojosa o la cultura.

No se refleja en su obra ni un espíritu artístico ni un talento tan ampliamente constructivo como el de Pérez Pujol; tampoco los atisbos geniales de Costa. Pero aventaja a todos en formación histórica, en orientación, en conocimiento de la historiografía jurídica europea y en el dominio y seguridad para el manejo de los elementos instrumentales necesarios para la investigación: latín clásico y medioeval, filología, paleografía, etc. Por eso cada una de sus investigaciones resulta de una solidez inmovible.

Creemos que la labor de Hinojosa no ha sido en España lo suficientemente conocida, ni por tanto lo suficientemente apreciada. Incluso en muchos círculos eruditos, al hablar de Hinojosa, se habla un poco de memoria y sin la debida devoción. Sin embargo, estamos delante de una figura culminante, pletórica de robustez creadora y que ha merecido la más alta estimación intelectual a los más ilustres historiadores europeos.

Intentaremos un ligero análisis de sus monografías y artículos de revista más importantes:

*Manual* I.º *Manual de Historia General del Derecho Español.*—Es

un excelente resumen de lo investigado hasta entonces, y además contiene aportaciones originales del más alto interés. Pero no sirve al fin didáctico para que fué escrita: *a)*, por haber quedado incompleta, ya que en el desarrollo de su plan sólo alcanza hasta el estudio de las fuentes del derecho de la España visigoda; *b)*, porque en algunos pasajes resulta oscura para el estudiante (ejemplo: el relativo a la condición del suelo provincial en la España romana); *c)*, porque investigaciones posteriores rectifican substancialmente las conclusiones sentadas en punto al origen de los pueblos primitivos y en punto a las fuentes del derecho visigodo.

Con todo marca un progreso grandísimo sobre los antiguos manuales de Antequera, Chapado, Sánchez-Roman, etc. Pero el manual de historia del derecho español tipo Brunner o Solmi, todavía está por escribir.

2.º *Historia del Derecho romano.*—De esta obra sólo nos interesan, particularmente, los capítulos referentes al origen e historia de las Universidades y los relativos al renacimiento y recepción del derecho romano en España.

*Historia del  
Derecho Romano*

Acaso convenga hacer resaltar aquí cómo de los dos tipos de universidades europeas—Bologna (gobernada por los escolares) y París (gobernada por los profesores)—, el tradicional en la Península, representado por Salamanca, fué aquel tipo de universidad en la cual el gobierno de la misma correspondía a su profesorado.

Sobre la recepción del derecho romano escribió también Hinojosa un interesantísimo artículo redactado en francés estudiando este problema con referencia a Cataluña.

3.º *Régimen señorial y cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media.*—Es la monografía más importante de su autor. En ella se hermanan una concepción original con el control documental más riguroso y abundante. Sus estudios sobre el tipo de repoblación de la *marca* o *limes* a base de la *aprisio*, sobre el cultivo de las tierras—por medio de cartas de población o de contratos individuales—y sobre las clases rurales en general, son otros tantos capítulos verdaderamente definitivos.

*Régimen señorial*

Su clasificación de las diversas maneras de *señorío* que cabe distinguir en Cataluña—*personal, territorial, de castillo terminado y jurisdiccional*—estructura admirablemente todos los aspectos de esta institución en aquel territorio, si bien no puede menos de sorprender el hecho de que se admita la existencia de una especie de señorío—el personal—sin el ejercicio de una privada jurisdicción.

Magistrales son igualmente las páginas en que se estudia la condición jurídica y económica de los *payeses*, aunque es forzoso reconocer que en los capítulos finales de esta obra se acusa cierta vaguedad e imprecisión que les hace desmerecer no poco con respecto a los primeros redactados con absoluta firmeza.

*El elemento  
gérmanico...*

4.º *El elemento germánico en el derecho español.*—Esta obra, publicada primero en alemán en la Revista Savigny, fué traducida más tarde al español, por D. Galo Sánchez, el discípulo más significado de Hinojosa.

La tesis general del libro es esta: en el derecho medioeval español de los primeros tiempos de la Reconquista, se observa la vigencia de instituciones jurídicas desconocidas o combatidas por la Lex Wisigothorum. Algunos autores—Helfferich y Clermont—creyeron que estas instituciones habían entrado en la Península por la influencia franca. Pero la generalidad—Pidal, Laboulaye, Grimum, Muñoz, Herculano, Gama, Gide, Pérez Pujol—se han dado cuenta del carácter germánico de estas instituciones, lo cual probaba la observancia durante la Monarquía Visigoda de un derecho consuetudinario más fuerte que el sancionado en la ley, el cual desborda más tarde en los diplomas y fueros medioevales.

Quien en rigor se ha dado cuenta primero de una manera más exacta de la importancia y extensión del elemento germánico en las fuentes jurídicas de la España medioeval, ha sido Ficker; aceptando posteriormente sus conclusiones Amira, Maurer, Brunner, etc.

Hinojosa acepta esta teoría y en corroboración de la misma señala cada uno de los vestigios más significativamente germánicos que pueden distinguirse en la historia de

nuestras instituciones jurídicas, fijándose principalmente en tres de ellas muy características: *venganza de sangre*, *privación de la paz* y *prenda extrajudicial*.

El desarrollo y glosa de estos conceptos le lleva a trazar un esbozo admirable de nuestras instituciones medioevales en las distintas esferas del derecho, esbozo que no es ocasión ésta de repetir, pero que contiene, sin duda, las páginas más acabadas y perfectas de entre todas las de nuestra historiografía jurídica.

5.º *Origen del régimen municipal en León y Castilla*.—En esta preciosa monografía es donde Hinojosa refuta la teoría de Herculano, sustentadora del origen romano de nuestro municipio medioeval. Dos aspectos hay que distinguir fundamentalmente en esta obra: El primero es aquel que pudiéramos calificar como de crítica negativa, donde el maestro español rebate la doctrina del ilustre historiador portugués. En este sentido los argumentos aducidos por Hinojosa son realmente incommovibles, expuestos con una sobriedad ejemplar y un rigor lógico perfecto y reveladores de una cultura histórica insuperable. El segundo de los dos aspectos a que nos hemos referido, lo forma la propia teoría del autor sobre el, en su concepto, verdadero origen de nuestro municipio, y en este punto nuestra adhesión no puede ya ser tan absoluta. Al menos no podemos aceptarla con la generalidad que el autor pretende.

Aparte de lo expuesto, son también del mayor interés las páginas dedicadas en este estudio a la determinación de las características jurídicas de nuestros fueros municipales y a la influencia del régimen municipal en la condición social de las clases rurales.

6.º *El Derecho en el Poema del Cid*.—Sabido es el interés que los grandes monumentos literarios ofrecen como fuentes de conocimiento de las instituciones sociales y jurídicas de un país en una época determinada. El presente estudio de Hinojosa es una demostración patente de la virtualidad de este principio. Buceando con una agudeza no igualada por entre las páginas de nuestro poema inmortal, descubre

el maestro testimonios preciosos sobre la condición jurídica de las clases nobiliarias, sobre la organización política y judicial, sobre el concepto del matrimonio y de los espousales en aquel período y sobre ciertas peculiaridades típicas de nuestro viejo derecho contractual.

Merecen quizás destacarse a este respecto aquellas páginas en las cuales se rectifica el concepto de los llamados hombres de creación dado por Herculano, demostrando con el auxilio del Poema, que eran individuos de condición noble y no de condición servil como el historiador portugués pretendía; aquellas otras en que acertadamente se hace constar, como el hecho de que se casasen de nuevo las hijas del Cid en vida de los infantes de Carrión «está en armonía con las tradiciones y prácticas de la época» y, finalmente, su comentario al pasaje del Poema, donde Martín Antolínez inicia sus negociaciones de préstamo con los judíos con un apretón de manos. Este acto encierra, según sabia observación del maestro, un simbolismo jurídico frecuente en las viejas fuentes del derecho germánico—la *palmata*—, equivalente a la promesa jurada y cuya existencia en León y Castilla sólo consta por este precioso testimonio.

*Mezquinos  
y exaricos*

7.º *Mezquinos y exaricos*.—En homenaje a Codera, el sabio orientalista, está escrito este precioso artículo que acrecienta valiosamente la serie de los dedicados por Hinojosa al estudio de este problema de las clases sociales, fundamental en la historia del derecho. El verdadero significado jurídico de estas dos palabras que aparecen en documentos medioevales de los reinos de Aragón y Navarra, se define magistralmente en las páginas de este trabajo.

*Mezquinos y exaricos* son dos clases de siervos adscripticios que se encuentran en aquellos territorios. Idéntica la condición jurídica de unos y otros, les diferencia el ser los unos «descendientes directos de los adscriptos del período visigodo, aumentados por los que mediante contrato se sometían a la adscripción»; y los otros, antiguos propietarios libres, de raza árabe, reducidos por la conquista a esta condición servil.

## GRANDES CULTIVADORES DEL DERECHO ESPAÑOL

No puede irse más allá en la interpretación y comentario de nuestros viejos diplomas. A esta misma serie de estudios pertenece otro, no de tanto valor, sobre «La servidumbre de la gleba en Navarra».

8.º *Influencia que tuvieron en el Derecho Público de su Patria, y singularmente en el Derecho Penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo.*—Esta memoria, premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, es la más valiosa aportación que poseemos para el estudio de la historia de nuestra ciencia jurídica, capítulo interesante de nuestra historia del derecho, que se encuentra poco menos que en absoluto por hacer.

*Influencia que  
tuvieron...*

Es quizá aquí donde con más relieve destaca la portentosa lectura de Hinojosa. Todos los escritos más importantes de nuestros filósofos y teólogos, desde San Isidoro hasta Vitoria, Soto y Suárez, son agudamente estudiados para poner de realce la influencia que con sus doctrinas han podido ejercer en el desenvolvimiento de nuestro derecho. Pero no es un abigarrado y fatigoso examen de obras y autores recargado con aparatosa exhibición de erudición bibliográfica lo que se encierra en las páginas de este libro admirable, sino un acabado capítulo de la historia de nuestra cultura escrito con sobriedad y precisión perfectas. Las grandes corrientes del pensamiento español en el orden teológico-filosófico y en función con la vida de nuestro derecho, aparecen aquí destacadas en síntesis primorosas.

Dentro de la misma órbita de trabajos hay que mencionar ahora su penetrante estudio sobre «Francisco de Vitoria y sus Relecciones».

9.º *Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.*—Versó sobre la evolución histórica de la condición jurídica de la mujer en España. Se estudia primero cuál fué la situación de la mujer en el primitivo derecho romano y en el primitivo derecho germano, después durante el período visigótico y por último en los diversos Estados hispano-cristianos de la Reconquista.

*Discurso*

Rompiendo con una costumbre tradicional en estas

solemnidades, en lugar de un discurso superficial y retórico, redactó Hinojosa un verdadero trabajo de investigación, documentado como todos los suyos, abordando un tema tan interesante como éste dentro de la esfera de nuestro derecho privado, una de las lagunas mayores de nuestra historiografía jurídica. Pero es forzoso reconocer que, si el tono general del «discurso» está acorde con la manera de trabajar de su autor, en algunos pasajes decae visiblemente, resultando de comprensión obscura y difícil quizá por haber sido desenvueltos con un estilo demasiado concentrado y esquemático.

*Comunidad  
doméstica*

10. *La comunidad doméstica en España.*—Se estudia la existencia de esta institución en Galicia y Portugal, Aragón —aprovechando noticias de derecho consuetudinario suministradas por Costa—y Navarra. Es otro de los trabajos de Hinojosa en los cuales se abordan cuestiones de derecho privado. Apareció en *La Lectura* en Julio de 1905, y aun cuando de breves dimensiones y no de tanta profundidad como otros estudios del maestro, merece figurar entre los buenos ensayos monográficos que se registran en el precario cuadro de nuestra producción historiográfica.

*Fraternidad  
artificial*

11. *La fraternidad artificial en España.*—Es también un artículo no muy extenso, aparecido en la *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, en Julio de 1905. De más alto empuje que el anterior, demuestra en él Hinojosa la existencia en España de la fraternidad artificial con textos de viejos diplomas galaicos, astures y leoneses.

Las relevantes dotes de investigador del maestro—seguridad en la lectura de los documentos y agudeza de visión histórica en la interpretación de sus particularidades más aparentemente insignificantes—destacan de un modo ejemplar en este primoroso estudio. Penetrando, auxiliado por su profunda cultura, en el sentido oculto de fórmulas y contratos que antes de él nadie supo aprovechar, descubre todos los aspectos de esta institución netamente germánica tan interesante en la vida del derecho privado medioeval de algunas regiones y hace notar cómo el más antiguo docu-

mento español hasta el día conocido en que se establece el vínculo de la fraternidad artificial versa sobre la explotación de una Iglesia perteneciente a la propiedad privada de un particular; cómo en algunos de estos contratos de fraternidad se pactan verdaderas alianzas ofensivas y defensivas; cómo en ocasiones se persigue ante todo en estos contratos el medio de producir efectos de derecho sucesorio; y cómo, finalmente, revisten a veces los caracteres de una sociedad industrial o mercantil.

12. *La privación de sepultura de los deudores.*—En este breve trabajo, que forma parte del tomo de «Estudios de Historia del Derecho», después de recordar los ejemplos de la vigencia de esta inhumana costumbre que pueden encontrarse en casi todos los pueblos primitivos y de plantear el problema que se suscita respecto a cuál pudiera ser su origen, examinando y refutando las diversas teorías formuladas, estudia Hinojosa algunos testimonios históricos que acreditan su observancia en los diversos Estados hispanocristianos de la Reconquista a la par que en otros países europeos, llegando en conclusión a considerarla como una supervivencia del antiguo imperio romano.

*Privación  
de sepultura*

13. *La jurisdicción eclesiástica entre los visigodos.*—Es una perfecta sistematización de los preceptos legales promulgados sobre esta materia que se encuentran en las distintas fuentes del derecho visigodo. Apareció en los tomos I y II de la extinguida *Revista Hispano-americana*, constituyendo un modelo de concisión y profundidad. Agota plenamente el tema objeto de la investigación.

*Jurisdicción  
eclesiástica*

14. *Discurso de ingreso en la Real Academia de la Lengua.*—En contraste con el discurso de ingreso que anteriormente hemos comentado, aparece redactado éste en un tono superficial y en ocasiones retórico, como una concesión a las circunstancias en que había de leerse y teniendo en cuenta sin duda que había de ser oído por un público no especializado. Sin embargo, al desenvolver el tema propuesto que versó sobre las «Relaciones entre la poesía y el derecho», aporta observaciones del mayor interés para el estu-

*Discurso*

dio jurídico del simbolismo germánico, tan frecuente en las diversas esferas de nuestro viejo derecho medioeval.

*Carlos V y su siglo* 15. *Carlos V y su siglo*.—Contiene este breve folleto publicado en el Boletín de la Academia de la Historia en Febrero de 1921 un discurso leído por el maestro Hinojosa en Gante, con ocasión del centenario del emperador Carlos V.

Aun cuando por la naturaleza especial de este trabajo no puede incluirse propiamente entre las monografías de historia del derecho publicados por su autor y únicos que venimos examinando, hemos considerado oportuno el mencionarle aquí, porque al estudiar la gloriosa figura de nuestro gran monarca se hacen preciosas consideraciones muy importantes para la historia de nuestro derecho público; ya sobre el carácter de la Monarquía en España, ya sobre la potestad de las Cortes, ya sobre el funcionamiento de los municipios.

Por no descender a más detalles, recordaremos sólo que es en este breve discurso donde Hinojosa apunta las diferencias que comparativamente distinguen a las Cortes castellanas y leonesas de las Cortes de Aragón y Navarra. En las primeras bastaba con la asistencia exclusiva del *brazo popular* para que las Cortes se considerasen como legalmente reunidas; en las segundas era requisito inexcusable la presencia de los tres estamentos: ciudades, nobleza y clero. En cambio su autoridad frente al monarca fué mayor en éstos que en aquellos reinos.

*Documentos* 16. *Documentos para la historia de las instituciones de León y de Castilla (siglos X-XIII)*.—Cerramos con la enumeración de esta obra publicada después de la muerte de su autor por el Centro de Estudios Históricos, este ligero bosquejo bibliográfico de la producción de Hinojosa sobre cuestiones de historia del derecho. Como su título indica, se trata de una sistemática colección de documentos seleccionados con el mayor acierto.

No hay posibilidad de estudiar en una conferencia, por muy a la ligera que se intente, todos los interesantes aspectos que ofrece la figura insigne de Hinojosa. Sólo en un libro podría llevarse a cabo una crítica rigurosamente pon-

## GRANDES CULTIVADORES DEL DERECHO ESPAÑOL

derativa de su obra. Creemos que es ésta una deuda a satisfacer con la memoria del maestro por alguno de sus discípulos continuadores de su gloriosa labor.

### DESDEVISES DU DEZERT.

Es el historiador de los Borbones en España en su magnífica obra *L'Espagne de l'ancien regime*.

De los diversos tomos de esta obra, el que particularmente nos interesa es aquel que trata de «Les Institutions». Llena un gran vacío, porque a pesar de ser poco y mal conocida la historia del derecho español en la Edad Media, la Edad Moderna todavía lo es menos y peor. El único estudio de conjunto sobre un período de tiempo amplio es este de Desdevises, que abarca toda la época de los Borbones.

En sus líneas más generales toda la historia del derecho público en estos siglos modernos está aquí hecha: Monarquía; Instituciones del Gobierno Central: Cortes y Consejos; Gobierno provincial y régimen municipal; Organización judicial; Clases sociales, etc. También se estudia, aunque muy ligeramente, la expansión del derecho español peninsular en los territorios hispano-americanos.

Es una obra artísticamente concebida y desenvuelta, y escrita con esa claridad y elegancia propia de los autores franceses; pero peca de superficial. *Reparos criticos* A veces las citas documentales comprobatorias de las conclusiones sentadas se hacen con una vaguedad muy sospechosa. Creemos que habría que rellenar muchos capítulos de esta obra—arquitecturalmente demasiado ambiciosa—y someter otros a una seria revisión.

Además de esta obra de conjunto, ha publicado el ilustre hispanista francés una larga serie de trabajos monográficos, entre los cuales nos importa mencionar aquí, como particularmente interesantes para la historia de nuestro derecho, los siguientes:

De derecho público: «Le Conseil de Castille au XVIII

siècle».—«Le Conseil de Castille en 1808».—«Les *Colegios mayores* et leur reforme en 1771».—«L'Enseignement public en Espagne au XVIII siècle».—«La Justice en Espagne au XVIII siècle».—«Notes sur l'inquisition espagnole...».—«Le Regime foral en Espagne au XVIII siècle».

De derecho privado: «De Conditione mulierum juxta Forum Navarrensiùm».—«Les unions irregulières en Navarre...».

#### GAMA BARROS.

Nos encontramos frente a otra gran figura de la historia. Su monumental obra, *Historia da Administração publica em Portugal nos seculos XII a XV* le da derecho a figurar entre los más ilustres cultivadores de la historia de las instituciones ibéricas. Sobre todo si se advierte que esta obra, al contrario de tantas otras, da más de lo que su título ofrece, pues ni es únicamente historia de la Administración—se estudian en ella instituciones de derecho privado—ni comprende sólo desde los siglos XII al XV—se arranca en el examen de cada institución desde el período visigótico.

Su utilidad para el estudio de la historia del derecho español medioeval de los territorios astur, leonés y castellano es realmente incalculable. Pero más que un libro de historia perfectamente elaborado, es un valiosísimo arsenal de noticias imprescindible para el investigador.

No abunda esta obra en teorías originales ni en amplias reconstrucciones históricas; mas aun cuando no esté elaborada fundamentalmente sobre documentación inédita, puede asegurarse que su autor no ha dejado de examinar con escrupulosidad y honradez, ni una sola quizás de nuestras fuentes impresas.

Gama Barros es un historiador sin imaginación y este es el defecto inicial de su obra. Debido a él, este gran libro—magnífica ejecutoria de una vida ejemplar consagrada a la investigación—se hace de lectura difícil y fatigosa. No hay

que buscar en él aquellas amplias reconstrucciones de Herculano, genial aún en sus equivocaciones, siempre pletóricas de sugestión; pero es necesario acudir a sus páginas a cada momento, porque en el estado actual de nuestra historiografía resulta esta obra insustituible.

Analizar con detalle su contenido nos llevaría demasiado lejos. Nos limitaremos a hacer destacar aquellos capítulos que más especialmente pueden interesar para la historia del derecho español.

*Capítulos que merecen destacarse*

Con referencia a la España Visigoda, importa hacer constar el acierto con que se estudia el cuadro general de los funcionarios, ampliando y en parte rectificando las noticias suministradas a este respecto por Pérez Pujol. En cambio creemos que se equivoca al sostener con el ilustre Fustel de Coulange que no hubo reparto de tierras entre vencedores y vencidos como consecuencia de la invasión goda. Los testimonios suministrados por algunas leyes son demasiado explícitos para que pueda dudarse en su interpretación. Discípulo Gama Barros del insigne historiador francés, su fidelidad al maestro le hace participar de sus mismos errores.

Ya dentro de la Reconquista, al estudiar las clases sociales, le vemos tomando acertadamente partido por Muñoz-Romero en la célebre polémica sostenida por este autor con Herculano. Sostiene y demuestra frente a este último la existencia en la Edad Media de clérigos pertenecientes a la clase servil. Niega que, como creía Herculano, se prohibiese a los *malados*, de un modo absoluto, actuar como *cojuradores*, sosteniendo documentadamente que sólo se les prohibía ser cojuradores de sus propios señores, y rectifica en parte el concepto del solariego dado por Muñoz-Romero.

Con respecto a los impuestos en la Edad Media, es acertadísima su rectificación de Cárdenas y otros autores españoles en punto a la llamada *moneda forera*. Igualmente acertada es la que hace de Oliver sobre el origen de la distinción entre la usucapión y la prescripción extintiva que recoge el *Código de las Costumbres de Tortosa*.

En su documentadísimo estudio sobre el contrato de *incomuniatio* opone también rectificaciones muy justas a la doctrina sustentada sobre el mismo por Muñoz-Romero. Por el contrario, incurre, en nuestro concepto, en uno de sus errores más significativos, cuando, al estudiar las formas simbólicas de *tradición*, dice: «.....la posesión por tierra, árboles, llaves, tela, etc., e muy vulgar desde los últimos años del siglo XIII; y porque no aparece en documentos de siglos anteriores hay más razón para filiarla un origen romano, que en el simbolismo germánico». Estimamos más acertada en este punto la opinión anteriormente expuesta del maestro Hinojosa. No creemos que pueda considerarse como una consecuencia de la recepción del derecho romano la aparición en nuestros diplomas medioevales de estos actos simbólicos tan castizamente germánicos. En primer lugar, al menos en Castilla, existen documentos de una época anterior a la recepción del derecho romano, en los cuales consta la práctica de estos simbolismos. Además, el derecho romano de la última época, el que renace en la escuela de glosadores y post-glosadores y se extiende por casi toda Europa, no es ya un derecho tan simbolista. Por último, aparecen estas mismas formas simbólicas en países como Inglaterra, donde puede decirse que no hubo casi recepción del derecho romano.

*El origen de  
las Cortes*

Convendrá también recoger aquí, para mostrar nuestra disconformidad con respecto a la misma, la teoría expuesta por Gama Barros sobre el origen de nuestras Cortes medioevales. Ni aún con las salvedades con que nuestro autor lo hace puede admitirse esta tardía adhesión a la doctrina clásica de nuestro Martínez-Marina. Para Gama el origen de nuestras Cortes hay que buscarlo en los famosos Concilios de Toledo, pero no de un modo inmediato, sino a través de los Concilios celebrados durante la Reconquista. No es comprensible cómo siendo las características de nuestras Cortes castellanas y leonesas de la Edad Media el tratarse de unas asambleas en lo esencial integradas por los representantes de las ciudades—sin que contradiga esta doctrina la asisten-

cia también de altos dignatarios de la nobleza y clero en la generalidad de los casos—, puede encontrarse el germen de esta institución en unas reuniones como los Còncilios, cuyas características, radicalmente diferentes, son bien conocidas.

Creemos que sobre este interesante problema histórico seguimos en la misma incertidumbre de siempre, ya que tampoco acaba de convencernos la ingeniosa teoría formulada modernamente por el culto profesor de la Universidad de Madrid, D. Claudio Sánchez-Albornoz, en su hermoso libro sobre la Curia Regia Portuguesa.

Finalmente, y ya para acabar con el estudio de la gloriosa figura de Gama Barros, debemos hacer constar nuestra conformidad con la posición ecléctica que el ilustre historiador portugués adopta al abordar el estudio del problema planteado sobre la existencia o inexistencia del feudalismo en los reinos de Castilla y León entre las dos opiniones radicalmente extremas y contrarias de Cárdenas y Herculano.

*El problema  
del feudalismo*

La finalidad de orientación para los no especializados en estas cuestiones de historia del derecho, perseguida, como hemos dicho, con estas conferencias, nos ha impulsado a detenernos principalmente en aquellas materias abordadas en este valioso libro que son o han sido objeto de controversia, y ello pudiera dar a nuestras modestas observaciones críticas una significación equívoca por adquirir los reparos expuestos un realce desproporcionado. Ello nos mueve a insistir en la declaración que al principio hicimos. Consideramos la figura de Gama Barros como una de las más insignes de la historiografía ibérica, y estimamos su obra—dejando a un lado las salvedades hechas—como digna de la más rendida admiración.

MAYER.

De las tres obras importantes dedicadas por este ilustre investigador alemán al estudio de problemas de nuestra historia jurídica, una de ellas, todavía inédita, se publicará en

Bibliografía breve como Anejo del Anuario de historia del derecho español, directamente traducida del original alemán por el culto profesor de la Universidad de Barcelona, D. Galo Sánchez, bajo el título de *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos V al XV*.

Otra es un artículo de revista publicado en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. XL Bd. Genn. Abt., págs. 236-272. Versó sobre «El Fuero de Sobrarbe», y constituye un progreso extraordinario sobre todo cuanto hasta hoy se ha escrito sobre los orígenes de la primitiva legislación navarro-aragonesa.

La tercera de las obras referidas lleva por título *Das altspanische Obligationenrecht in seinen Grundzügen*, y se publicó en la *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*. Stuttgart 1920.

Indicaciones generales Es esta obra del profesor Mayer de un valor fundamental para el estudio histórico de nuestras instituciones jurídicas medioevales. No creemos que en el orden del derecho privado exista en el cuadro de nuestra historiografía jurídica ninguna otra producción monográfica que le sea comparable.

Las dificultades que, para su condición de extranjero, supone la precisa valoración de nuestras fuentes, se compensan con su profundo conocimiento de las instituciones jurídicas germánicas, ya que para Mayer—como entre nosotros apuntó ya Muñoz-Romero y más tarde desarrolló y sistematizó el maestro Hinojosa en términos generales—, el primitivo derecho de obligaciones español no es otra cosa que «una muy antigua forma del germánico derecho de obligación».

Solamente sobre la base de las fuentes publicadas está hecho este trabajo; pero salvada esta limitación impuesta por las circunstancias, es admirable la agudeza y la penetración con que son manejadas, aun cuando, como veremos, se llegue a veces a formular conclusiones aventuradas, a las cuales no podemos menos de oponer, con todo respeto, algunos reparos.

Como su título indica, sólo en sus características funda-

mentales es estudiado nuestro viejo derecho de obligaciones. No se hace un estudio separado de cada una de las principales figuras de contrato. Pero en cambio, por la manera amplia de concebir el desarrollo del tema, se llega a formular conclusiones de excepcional interés para el conocimiento de otras instituciones jurídicas; por ejemplo, sobre el Derecho procesal y sobre la legislación referente a matrimonios.

Una obra de un historiador de la talla del profesor Mayer requiere ser leída y meditada con el mayor detenimiento. Expondremos sus más importantes afirmaciones, con algunas observaciones sugeridas al paso, pero que no tienen el menor asomo de pretensión crítica.

I. LAS OBLIGACIONES ORIGINARIAS.—I.—*El nacimiento.*—

Encabeza Mayer esta primera parte de su monografía con la siguiente declaración: no existen en el primitivo Derecho medioeval español contratos consensuales. Justifica la formulación de este principio con el hecho de que todo contrato no formal haya de ser fortalecido con la prestación de un arra, o por medio de la *palmata*, siendo todavía así posible en todo caso el desistimiento, mediante la prestación de determinadas sanciones. Confirmación del mismo criterio son los preceptos de algunos Fueros, que con referencia a los contratos bilaterales permiten la retractación, mientras no sean cumplidos por ambas partes contratantes, y aquellos otros que permiten también el desistimiento en la compra-venta de animales cuando el animal vendido padeciese alguna enfermedad oculta.

*Inexistencia de contratos consensuales*

En apoyo también de este principio cita Mayer pasajes del Fuero de Navarra, según los cuales es establecida la no obligatoriedad de las promesas no formales para la clase social de los infanzones, «mientras los villanos, esto es, los romanos, por el puro consentimiento, llegan a ser ligados». No puede pasarse en silencio esta equiparación que el profesor Mayer establece entre las diversas clases sociales y las distintas razas pobladoras de estos territorios. Ni aun teniendo toda la autoridad que al autor del presente estudio reconocemos puede hacerse una afirmación de tal trascendencia,

*Un pasaje del Fuero de Navarra*

sin que vaya acompañada de una sólida comprobación documental. Forzosamente ha de parecer por lo menos muy aventurada la suposición de que los redactores de estas primitivas fuentes del derecho de Navarra, al hablar de los infanzones, pensaran exclusivamente en los germanos y en los hispano-romanos, cuando para la clase social de los villanos establecen un derecho distinto. El recuerdo de todo el proceso de fusionamiento de las dos razas que hubo de seguirse a lo largo de la monarquía visigótica—unificación legislativa, matrimonios mixtos, etc.—, junto con la actuación fundente de las circunstancias que influyeron en los primeros tiempos de la Reconquista, conduce precisamente a una conclusión radicalmente contraria a la sustentada por Mayer.

*La prestación  
de fianza*

Siguiendo con la justificación del principio general expuesto, hace resaltar la particular importancia que a este respecto ofrece el hecho de que en una serie de contratos la fuerza inmediata de su cumplimiento se haga depender de la prestación de una fianza. Tal ocurre con respecto al contrato de compraventa en los fueros de la familia Cuenca-Teruel, donde se exige para el comprador el afianzamiento del resto del precio prometido y no entregado, y para el vendedor que hubiera recibido arras, el aseguramiento de la entrega de la cosa. Otros ejemplos, quizás no tan decisivos, confirman una vez más la tesis sustentada.

*Otros medios  
de garantía*

Esta falta de obligatoriedad con respecto a su cumplimiento explica que el Derecho de la época trate de conseguirla por medios indirectos. De éstos, el más importante es la *wadiation*; pero al lado de él se encuentran otros menos generales, como los contratos de sociedad (*Gesellschaftsverträge*) y la fortificación de ciertos contratos por medio del *homagium*.

Todas estas consideraciones conducen, según Mayer, a la misma consecuencia: que en el Derecho hispano-godo, el puro consentimiento no obligaba al cumplimiento de lo prometido. Principio que se registra igualmente en los otros Derechos germánicos y frente al cual los preceptos del Có-

digo euriciano, que le contradicen al regular la doctrina de las arras, no significan otra cosa que una estéril tentativa de la tendencia romanizadora.

II. SOLAMENTE SON POSIBLES OBLIGACIONES NACIDAS DE DELITO O DE CONTRATO REAL.—Es el complemento del principio anteriormente formulado. A la carencia de obligatoriedad de los contratos meramente consensuales corresponde la doctrina de que sólo sean jurídicamente exigibles las obligaciones nacidas de los delitos, en virtud de la teoría de la composición y las dimanantes de contratos reales. Dentro del primero de estos dos grandes grupos incluye Mayer las responsabilidades exigibles por el quebrantamiento de una promesa contractual, fortalecida por la *palmata*. Ampliamente son desenvueltos estos conceptos, fijándose particularmente en el principio de la restitución del duplo, que el viejo Derecho español establece para los detentadores de cosa ajena, ya nazca esta detentación de un delito—hurto—, ya nazca de algún acto jurídico que haga la posesión de la cosa ajena lícita en su origen—posesión en virtud de contrato de préstamo o de arrendamiento, por ejemplo—, pero ilícita en su mantenimiento, por haber incurrido el poseedor en morosidad, al serle reclamada judicialmente la restitución de la cosa.

*Qué obligaciones son exigibles*

Se completa el estudio de este principio con el examen que a continuación se hace de la naturaleza de la acción que dimana de un contrato real. En el viejo Derecho español, la acción que el acreedor, en virtud de contrato real, puede ejercitar, es una acción sobre la cosa, no una acción personal. La obligación de restituir en el demandado nace, no de un pacto contractual, sino del derecho que el demandante tiene sobre la cosa, frente al cual no puede el demandado alegar otro de análoga naturaleza. Esta concepción condiciona la transmisibilidad hereditaria de las responsabilidades contraídas por el causante—el heredero del cual debe restituir o indemnizar en su caso las *cosas* del demandado que por cualquier manera se hallaren en su poder—e informa todo el primitivo derecho de prenda, según el cual la

*Las acciones*

cosa constituida en prenda es como si lo fuera dada en préstamo, y el cumplimiento de la obligación con ella garantizada extingue la validez del título jurídico que amparaba al receptor de la prenda, y permite a su propietario reivindicarla. Posteriormente, bajo la influencia de la *wadiation*, se forma otro derecho de prenda, por completo diferente.

III. LA FUERZA DE OBLIGAR DE LAS OBLIGACIONES PROCEDENTES DE DELITO Y DE CONTRATO REAL.—Lo expuesto hasta aquí demuestra que en el viejo Derecho de obligaciones español sólo eran jurídicamente exigibles las nacidas de delito o contrato real; importa ahora determinar, con respecto a estas últimas, qué medios coercitivos concedía la legislación al acreedor contra el deudor moroso. El desenvolvimiento de este problema conduce a Mayer a examinar los momentos capitales del viejo procedimiento español.

*El viejo procedimiento español*

El procedimiento se inicia con una citación, la cual a menudo aparece como una explicación que el demandante, ante testigos, hace al acusado. Es el «testare, testificare, testamentum», en una de sus acepciones, de que en ocasiones los documentos hablan (1). El «*parar fiel*», que regulan los fueros de Salamanca, Usagre-Cáceres y sus derivados, no otra cosa viene a significar; ya que el fiel, aquí devenido funcionario, es simplemente un testigo que el demandante lleva consigo para acreditar su citación al demandado. Con frecuencia exhibe el demandante, en el acto de la citación, una *señal*, que cambia en las diversas fuentes, la cual es entregada por la autoridad del lugar, y es considerada, en último término, como un símbolo de la propia autoridad real; a veces la citación es hecha por el funcionario judicial encargado al efecto.

---

(1) Según Mayer, «testare» significa otras veces el embargo, el prender con que el juicio se inicia, y en ocasiones también la aprehensión de cosas muebles que se encuentran en ajeno poseedor hecha por el propietario de las mismas al perseguir su reivindicación. El historiador portugués M. Paulo Merêa, en un interesantísimo folleto titulado *Os limites da reivindicaçao mobiliaria* refuta en este punto la doctrina de Mayer y defiende el criterio tradicional, según el cual en la alta Edad Media no era posible la reivindicación contra los bienes muebles.

¿Cuál es la naturaleza de la acción procesal que el demandante con estos actos inicia? Un grupo de fuentes castiga la no comparecencia del así demandado, dentro del plazo, con el pago de una multa. A veces esta multa se establece en beneficio exclusivo del Poder público; otras, en beneficio del demandante, y otras se reparte entre ambos. Según otras fuentes, el demandado viene obligado a garantizar su promesa de comparecer en juicio para contestar a la demanda, ya por medio de una fianza, ya mediante la constitución de una prenda. Existe, pues, en el antiguo Derecho procesal español una *prenda* que es constituida exclusivamente para garantizar el castigo en que incurre el demandado desobediente que se niegue a comparecer en juicio; todas las particularidades que este derecho de prenda ofrece, son seguidas por Mayer detalladamente, con una minuciosidad que no es posible reproducir. Haremos sólo destacar como afirmación más importante la de que en ningún caso puede ser considerada esta prenda como una *prenda privada*, esto es, hecha arbitrariamente por el acreedor y en virtud de su propio derecho, sin intervención del Poder público ya que, según antes hemos dicho, la citación cuyo menosprecio motiva la prenda es hecha, o por un funcionario público, encarnación de la autoridad Real, o por el propio demandante; pero con exhibición, en este caso, de una *señal* concedida por el Poder público y que simboliza todo el prestigio de la realeza (1).

*Naturaleza de la acción procesal*

(1) Discrepa en este punto el pensamiento de Mayer de la doctrina sobre la prenda privada sentada por el maestro Hinojosa en su magnífica monografía *El elemento germánico en el Derecho español* (Madrid, 1915). No es que Mayer niegue en absoluto la existencia de una «prenda privada» en el Derecho medieval español. La acepta desde luego en las obligaciones fortalecidas con Wadiation; pero con referencia a esta prenda con que se inicia el juicio en el hispánico derecho procesal de la alta Edad Media, sostiene que no puede hablarse propiamente de una «prenda privada», ya que el acreedor, aun en los casos en que hace la citación sin intervención de funcionario delegado de la autoridad, exhibe una *señal* dimanante del Poder público, y este simbolismo significa que el actor obra entonces no de una manera arbitraria, sino encarnando en sí la representación del Estado.

Frente a esto, Hinojosa dice: «Para declarar lo ocurrido en el acto de tomar prenda privada, frecuentemente ordenan los fueros al acreedor que lleve consigo

Estudiados así los actos iniciales del juicio, se analizan en seguida las diversas noticias que en las diferentes fuentes tienden a garantizar lo principal de la reclamación, por medio del embargo de la persona o bienes del demandado o querellado, tratando de penetrar hasta qué punto estas medidas suponen sólo, en algunos casos, una coacción contra éste para obligarle al cumplimiento del Derecho, pero sin que favorezcan de una manera directa al demandante, o si son adoptadas para obtener con ellas una satisfacción económica para el querellante a costa de los bienes del querellado.

*Conclusión que formula Mayer*

Todo este penetrante examen del sentido jurídico que encierran los principales momentos del juicio, sirve a Mayer, volviendo al punto de partida, para asentar la siguiente conclusión: «El Derecho español ha conservado una extremadamente primitiva formación de la obligación». Hecha abstracción en primer término, de la *Wergeisung* y de la *Wadiation*, resulta que no hay ninguna obligación nacida de contrato. La promesa es ligada sólo de un modo mediato a través de una pequeña multa pecuniaria, cuando ella, por *palmata*, es fortificada. Pero del préstamo responde el prestatario, no de otro modo como todo poseedor de una cosa ajena, esto es, en virtud de un derecho real (*sachenrechtlich* = derecho a la cosa), donde, sin duda, la responsabilidad de aquel que no restituye, a una responsabilidad de delito conduce. Así, es en todo caso, la obligatoria responsabilidad sólo una responsabilidad de delito. Pero además, para hacer efectivo el pago de esta responsabilidad, de esta culpa, no se concede al acreedor ninguna acción directa contra los bienes del deudor. Si éste no presta la debida promesa de comparecer en juicio, se origina solamente, o la fuga del mismo, y con ello la privación de la paz, o una aprehensión

---

uno o dos vecinos como testigos; otros exigen la intervención de funcionarios judiciales, generalmente el sayón; al contrario, otros permiten al acreedor elegir entre los testigos o el sayón. En todos estos casos, no son los representantes de la autoridad quienes realizan la prenda, sino el mismo acreedor.»

de la persona del deudor por parte del acreedor. En cuanto a los bienes, sólo un derecho de prenda es concedido para hacer efectiva la multa en que incurre el demandado desobediente, que se niega a comparecer en juicio. Con referencia al objeto principal de la demanda o querrela, si el deudor huye, la sanción que contra el mismo se establece no redundará en beneficio del patrimonio del acreedor; sólo se produce primitivamente un saqueo de los bienes del deudor culpable, saqueo que luego se transforma en una confiscación de todos los muebles o parte de ellos, siendo llamados, en caso de reincidencia, al resto de los bienes, los herederos más próximos del culpado. Si el deudor cae en poder del acreedor, concede este hecho al último, según una interpretación, una acción indirecta sobre los bienes del primero; según otra interpretación, también entonces el rey y la familia del deudor, excluyen al acreedor de toda personal satisfacción.

Un provisional aseguramiento sobre la persona y bienes del deudor a la par, se constituye en favor del acreedor, cuando éste al deudor ha citado con exhibición del sello del rey y ha colocado este sello sobre su casa; con este acto incurre el deudor en un *encerramiento* que le impide la casa abandonar; pero al mismo tiempo le protege contra toda corporal aprehensión de su persona.

Resulta, pues, en definitiva de todo lo expuesto, que «la ordinaria obligación hispánica tiene todavía una particularmente rústica construcción. Falta toda acción nacida de contrato, y hay solamente acciones nacidas de delito; pero aun en éstas falta todavía toda fuerza de cumplimiento sobre los bienes del deudor, a favor del acreedor».

Esta peculiaridad jurídica origina dos particularísimas maneras de fortalecer una promesa de obligación, de las cuales se ocupa Mayer en la segunda parte de su trabajo.

En qué consiste  
el obstagium

PARTE II. LA OBLIGACIÓN FORTIFICADA.—I.—OBSTAGIUM.—Comienza Mayer esta segunda parte de su estudio por examinar minuciosamente, a través de las diversas fuentes, las particularidades jurídicas ofrecidas y la evolución seguida por la institución del *obstagium*, en virtud del cual una persona se constituye *corporalmente*, en garantía del cumplimiento de una obligación, lo cual concede al acreedor una acción particular sobre la *persona* del así constituido en *obstagium*, hasta obtener la total satisfacción de su crédito. Vemos aquí, pues, una figura de obligación, que es fortalecida por una garantía personal. Hasta ahora han sido examinadas obligaciones que ninguna acción para exigir su cumplimiento producen, o aquellas otras en las cuales su única nota coactiva descansa en la entrega de un arra o en la institución de una prenda. El cuadro debe ser completado con el examen de otro grupo de obligaciones, en las cuales es posible exigir su cumplimiento ejercitando una acción inmediata y directa sobre los bienes del obligado: tal es la figura jurídica que el autor designa con el nombre de *Wadiation* (1).

II.—WADIATION.—Esta particular manera de fortalecer una obligación es estudiada por Mayer a través de las diferentes relaciones de derecho, en las cuales se presenta, con una mi-

---

(1) No es fácil dar una definición de la *Wadiation* que comprenda todas sus características jurídicas fundamentales en sus diversas aplicaciones, por la imprecisión de la tecnología jurídica reflejada en estas muy antiguas fuentes del Derecho. Brissaud—*Manuel d'histoire du droit français*. Paris, 1904—da de la misma el siguiente concepto: «El *wadium* (o la *wadia* entre los Longobardos) consiste en un objeto cualquiera, como un guante, que el deudor entrega al acreedor. Era usado lo mismo que la *festuca*, pero menos a menudo, sin embargo, para la transmisión de la propiedad. ¿Qué fué en su origen el *wadium*? Muy probablemente una prenda real, es decir, un objeto teniendo un valor en relación con la deuda que garantizaba; valor superior al de la cosa debida, y entonces el interés era el móvil que llevaba al deudor a pagar para retirarlo; valor inferior, pero en éste caso la prenda consistía en un objeto que tenía para su propietario un valor de afección o de convención, de suerte que su abandono definitivo debía repugnarle o pasar por poco honorable. El uso de añadir una *fidejussio* al empeño principal permite conformarse en punto al *wadium* con un objeto cualquiera, por ejemplo, un trozo de madera, la *festuca* misma, o, aun de prescindir del *wadium*, aunque la locución bastante frecuente de *gage et plège*, testimonia la conexidad de las dos seguridades».

## GRANDES CULTIVADORES DEL DERECHO ESPAÑOL

nuciosidad que no es posible seguir aquí. Nos limitaremos a señalar las diversas maneras de *Wadiation*, que el autor señala. Son éstas: *Wadiation* por promesa de proceso, por causa de transmisión de propiedad, por causa de conclusión de matrimonio (1) para la ejecución de disposiciones de última voluntad y para garantía contra posibles quebrantamientos de los germánicos contratos de paz concluidos entre particulares.

Modalidades diversas de Wadiation

a) *Promesa de proceso*.—Se ha dicho anteriormente que la promesa de comparecer en juicio que el demandado venía obligado a prestar debía ser garantizada o por medio de una fianza o por medio de una prenda. Es necesario distinguir entre esta promesa de comparecer en juicio y la promesa de prueba. A menudo aparece también el acusado prestando promesa de cumplir lo que resulte del juicio.

Por su parte el acusador aparece también en el juicio prestando promesa con garantía. Así ocurre en las reclamaciones sobre inmuebles donde el primogénito de la familia ha de prometer al acusado que sobre los mismos inmuebles no le formulará ninguna nueva demanda otro de los parientes. De ordinario presenta el acusador a este efecto una fianza; en el Derecho de Navarra se garantiza esta promesa por medio de fermes; en algunas fuentes aisladas por medio de prenda.

Análoga *fianza de riedra*, ha de presentar el acusador en las causas por delitos de sangre o por otros graves delitos, garantizando que por la misma causa ningún otro pariente de la víctima formulará con mejor derecho nueva acusación.

b) *Wadiation por causa de transmisión de propiedad*.—Comienza Mayer el estudio de esta manifestación de *Wadiation* con un detenido examen de la *roboratio*, que, como es sabido, acompaña en el viejo Derecho español a la transmisión contractual del Derecho de propiedad sobre bienes

La roboratio

(1) Una refutación de la doctrina de Mayer sobre el derecho matrimonial español en la Edad Media ha sido hecha, en un interesante artículo, por el historiador portugués señor Cabral de Moncada.

inmuebles. Dos elementos es necesario distinguir en la *roboratio*: aquel objeto material que como símbolo se transmite y las personas designadas con el nombre de *fermes* que en esta ocasión, como testigos, intervienen.

Pero en las transmisiones de inmuebles aparecen interviniendo a la vez con actuación independiente, personas que son designadas como testigos, otras que son designadas como *fermes* y otras que lo son como *fiadores*. Por otra parte, también en las enajenaciones de bienes muebles se ve en ocasiones—con generalidad cuando se trata de ganados—intervenir a ciertos individuos que son nombrados igualmente con la palabra *fermes*. ¿Cuál es la verdadera jurídica función de unos y otros?

La solución de este problema lleva a Mayer a formular valiosas observaciones sobre el carácter preponderante familiar de la primitiva propiedad germánica, lo que influye en la transmisión de inmuebles, y sobre el verdadero significado del plazo prescriptivo de año y día. No es posible seguir al detalle el minucioso y penetrante examen que de nuestras fuentes jurídicas más importantes hace a este respecto nuestro autor. En conclusión su pensamiento es éste: En los negocios de transmisión de inmuebles hay que distinguir primitivamente entre dos grupos de personas que intervienen como mediadores: *fermes*, en sentido estricto y *fiadores* (fianzas) de coto de bueyes. Los primeros son los representantes de las comunidades familiares que, como los suecos *fastar*, reciben al adquirente en la comunidad familiar del enajenante y hacen valer la adquisición en su favor, contra toda posible impugnación, ya interviniendo como demandantes, ya como demandados, según la ocasión se presente, hasta que el adquirente, por el transcurso de un año y un día, obtenga un derecho independiente de toda anterior interdependencia familiar sobre la cosa adquirida. La responsabilidad del *ferme* dimanante de la enajenación se extingue con el transcurso del plazo de año y día, al paso que automáticamente se fortalece el derecho del adquirente.

Por el contrario, en el segundo grupo se comprende a

los verdaderos fiadores, los cuales responden al adquirente de que realmente la cosa transmitida pertenecía jurídicamente al enajenante; y esta responsabilidad, no ya sólo el plazo de año y día, sino perdurablemente subsiste. Esto mismo ocurre con los llamados *fermes*—aquí, de hecho, fiadores, aun cuando como *fermes* se les designe—que intervienen en las compra-ventas de ganados. Pero mientras la responsabilidad de estos fiadores, llamados *fermes*, que intervienen garantizando las compra-ventas de ganados se sostiene perdurablemente, la de los *fiadores* que figuran en las enajenaciones de inmuebles se reduce, en un estado de derecho posterior, al plazo de año y día (y a veces sólo medio año), confundándose entonces *fiadores de coto* y *fermes*, en sentido estricto. La razón profunda de esta evolución es: que llega a considerarse la responsabilidad por evicción como una consecuencia jurídica natural para el enajenante, que deriva del acto mismo de la compra-venta y, por tanto, ya no es necesario garantizar al comprador la efectividad de esta responsabilidad mediante una aseguroativa *Wadiation*.

Se nos revela ahora la íntima significación de esta *Wadiation* por causa de transmisión de bienes. Como en el primitivo Derecho de obligaciones español, del hecho mismo de la compra-venta no dimana ninguna jurídicamente exigible responsabilidad de evicción para el vendedor, al igual que en el Derecho romano mediante una *estipulatio*, se garantiza aquí por medio de una *Wadiation* el derecho del comprador.

c) *Wadiation por razón de matrimonio*.—Para llegar a la jurídica determinación de esta particular aplicación de la *Wadiation*, se hace previamente un minucioso examen de todos los elementos que caracterizan las distintas formas matrimoniales de la alta Edad Media. Se comienza por una disquisición general sobre el derecho matrimonial y el uso matrimonial. Se analiza en seguida la verdadera significación jurídica de la bendición canónica y se completa el estudio con un examen por separado de los restantes elementos romanos y germánicos del matrimonio.

*La intervención  
de parientes en  
el matrimonio*

Nos fijaremos de entre todo esto, únicamente en lo que a la Wadiation matrimonial se refiere. Hay que observar, en primer término, que por causa de la celebración del matrimonio intervienen los parientes de ambos contrayentes. Por parte de la mujer convienen el contrato matrimonial «no en todo caso solamente los más próximos parientes, esto es, ante todo el padre, sino los parientes en general». La mujer no contrata, es sólo objeto de contrato. «Pero como en el ritual eclesiástico junto a esto es distinguido el matrimonio con dación de anillo y recíproca *iura*, por causa de que según romana costumbre los contrayentes de un modo inmediato como partes contratantes entran, así se repite el fenómeno en las fuentes del Derecho y adquiere poco a poco con el Derecho eclesiástico aquí, como en todo Europa, la preponderancia: el matrimonio romano por la Iglesia adoptado ha conducido en todas partes a una igualdad de situación jurídica entre el hombre y la mujer». Esta intervención de la familia en el germánico derecho matrimonial obedece a que la mujer que se casaba sin el consentimiento de sus parientes rompía todo lazo familiar y perdía por ello el derecho de suceder a los suyos. Sobre si este matrimonio contraído por la mujer sin consentimiento de sus parientes era o no válido, no hablan con claridad las fuentes.

Todo esto por lo que se refiere a los parientes de la mujer. Con respecto a los del hombre también se les ve una vez intervenir; «pues ambas familias estipulan una reunión, sobre la cual entonces la celebración del matrimonio tiene lugar. Esto es, se puede muy bien considerar el acto de la celebración del matrimonio a través de la *investidura* de la novia, como recepción por los parientes del novio». Pero de ordinario, es sólo destacada la actuación del propio contrayente, no la de sus parientes.

*Fuero  
de Navarra*

Llegamos ya a la entrada en función de la Wadiation. Tal como el Derecho de Navarra describe la reunión de los parientes de ambos esposos «diversos fiadores son colocados que todos fiadores de (con) coto de bueyes son»: El novio presenta a la novia fiadores por las arras; y a la vez novio y

novia se presentan fiadores de que quieren recíprocamente recibirse por esposos.

En los fueros de la familia Usagre-Cáceres se habla de «fiadores de arras et por repintaias de C. moravetis». Esto quiere decir que, aparte los fiadores de arras, del esposo a la esposa, como persiste el antiguo Derecho, según el cual el marido puede repudiar a la mujer y la mujer al marido, para ponerse a cubierto contra esta posible repudiación, uno a otro se presentan fiadores que si el caso llega pagarán al repudiado la cantidad estipulada de cien maravedís. Exactamente lo mismo disponen los fueros de la familia Teruel-Cuenca.

Vemos, pues, que también dentro del orden matrimonial aparecen una serie de promesas de carácter contractual que, dada la estructura jurídica especial del primitivo Derecho de obligaciones español, para que pudieran ser jurídicamente exigibles de un modo eficaz, eran garantizadas mediante una particular aplicación de la Wadiation.

A veces estas promesas matrimoniales son fortalecidas, no por Wadiation, sino por constitución de una prenda o por entrega de una señal (arras).

d) *Disposiciones de última voluntad.*—Con una exposición y análisis de aquellos preceptos de nuestras fuentes del Derecho medievales que regulan la parte de bienes que una persona puede legar para bien de alma y los que puede instituir para mejora de alguno de sus herederos, inicia el profesor Mayer este interesante capítulo de su obra. Estudia luego la *adopción* considerándola como institución que produce efectos de naturaleza sucesoria, y completa en esta parte la materia con el examen de la verdadera significación jurídica de los ejecutores testamentarios (cabezalarii, guadiatores, advocati, fiadores, spondalarii, etc., según la diversa tecnología de las distintas fuentes).

La conclusión a que nuestro autor llega es ésta: el ejecutor testamentario no es, en definitiva, otra cosa que un representante de la persona del causante. No hay aquí una verdadera transmisión de bienes del causante al ejecutor

testamentario y de éste a los herederos, y por eso no se exigen aquí aquellas formalidades que hemos visto eran exigidas en los actos de transmisión de bienes.

Estado de inimi-  
cicia y estado de  
paz

e) *Contratos de paz*.—En las fuentes medioevales españolas que reflejan un primitivo Derecho germánico, por la comisión de ciertos delitos, se producía un estado de «inimicitia» entre el autor del delito y los parientes de la víctima. De este estado de «inimicitia» se pasaba a un estado de paz, cuando el acusador, después de haber retado al acusado ante la entera comunidad de parientes, le *saludaba* o le besaba solemnemente. Pues bien, «este contrato de paz por la colocación de fiadores (*fermes*) es cubierto, los cuales, unas veces con su personal libertad, pero a menudo con sus bienes para un determinado castigo convencional, responden».

No era este el único contrato de paz garantizado de esta manera. Aquí se trataba, como hemos visto, de la reconciliación después de cometido un delito; pero se admitía también que, quien temiera ser atacado por otro, pudiera exigir de su presunto atacante una promesa de paz, con *fianza de salvo* cubierta.

III.—FORMA DE LA WADIATION.—Estudiados así todos los casos de aplicación de la *wadiation* que se registran en el viejo derecho español, pasa Mayer a examinar la forma que esta institución presenta en nuestras fuentes medievales.

Comienza a este efecto por analizar los diversos objetos-símbolos utilizados para solemnizar esta clase de obligaciones.—En ciertas fuentes se ve cómo media la entrega de un *staccus*, garantizando el cumplimiento de una promesa procesal. Otras veces es la *espada* el objeto empleado como símbolo. Así se observa en los contratos de reconciliación. Así también en un documento catalán aparece un deudor ofreciendo en prenda su espada a su acreedor. Finalmente en los fueros de la familia Usagre-Cáceres es igualmente la *espada* el símbolo que acompaña las obligaciones *wadiarte*.

No creemos que sea necesario aumentar el número de estos ejemplos.

El problema que a continuación plantea Mayer es este:

¿Cuál es la intervención de las diversas partes que figuran en una obligación garantizada con wadiation? Los documentos nos presentan al deudor arrojando (*iactare*) el objeto-símbolo de su obligación. El acreedor recoge este objeto (*colligere*) y lo entrega al fiador—ya veremos con qué finalidad—en cuyo poder queda hasta la resolución del negocio.

Todas estas solemnidades se han de celebrar ante la asamblea de parientes. La publicidad es requisito fundamental de la *wadiation*.

Cierra nuestro autor este capítulo indagando con gran penetración las relaciones entre estas particularidades del derecho de obligaciones español con otras formas germánicas y con instituciones análogas romanas y helénicas.

IV.—EFECTOS DE LA WADIATION.—En primer término, acción en el acreedor para embargar al fiador, no al deudor, en caso de incumplimiento. Se hace destacar a este respecto, cómo en el derecho español medieval al lado de todo contrato ha de haber un fiador, que viene a ser—según veremos pronto—como un mediador entre el acreedor y el deudor.

*Acción para embargar al fiador*

Este embargo, este derecho de prenda se ejercita extrajudicialmente, tanto por parte del acreedor contra el fiador, como por parte del fiador contra el deudor; y por esta vía extrajudicial recae siempre sobre bienes muebles.

Los objetos colocados para responder del cumplimiento de estas obligaciones garantizadas mediante wadiation son:

a) Por parte del deudor principal: primeramente *bienes*, que al pronto sólo *muebles* son—incluyendo entre ellos la *casa* considerada como no raíz entre los germanos—y comprendiendo más tarde también a los *inmuebles*; en segundo término la propia persona del deudor, al principio sólo subsidiariamente, a falta de *muebles* y después a la par que éstos.

b) Por parte del fiador: hay que distinguir entre el *simplex fideiussor* que sólo se obligaba a *recabdar* del deudor el pago de la deuda, incurriendo en caso de incumplimiento en la misma responsabilidad en que incurría el infractor de una promesa garantizada con prenda o con *palmata*, y el fideiussor que se constituye con respecto al acreedor como un nuevo

*debitor*, asumiendo por tanto la misma responsabilidad patrimonial y personal que el deudor principal.

*Prestaciones  
del deudor*

El estudio de las prestaciones a que por causa de la *wadiation* quedan obligados deudor y fiador, constituye la última de las cuestiones que Mayer aborda en esta preciosa monografía. Según él, por lo que se refiere al deudor, queda éste obligado al cumplimiento de lo prometido; sin que pueda apartarse de su promesa mediante el pago de una multa, como ocurría en las obligaciones solemnizadas con palmata, y originando su incumplimiento una acción contra los bienes del deudor en beneficio *directo* del acreedor, al paso que en las obligaciones nacidas de delito sólo se proporcionaba al acreedor un medio *indirecto* para la satisfacción de sus legítimos derechos, conminando al deudor moroso con la privación de la paz. Cuando el fiador pagaba por el deudor, quedaba éste obligado con respecto al primero por el *duplo* de lo pagado.

*Prestaciones  
del fiador*

Veamos ahora cuáles eran las prestaciones que gravaban al fiador. También aquí es necesario repetir la distinción que hicimos anteriormente.

Quando el fiador no era más que un *mediator* entre acreedor y deudor, se obligaba sólo a obtener del segundo el pago del primero. Esta responsabilidad no se transmitía hereditariamente y duraba sólo un año. Transcurrido éste sin haberse cumplido la obligación garantizada, el fiador entregaba al acreedor el símbolo de la investidura y ya éste procedía de una manera directa contra los bienes del deudor.

Se ve aquí que el fiador es realmente instituido en beneficio del deudor para detener así durante un año la acción del acreedor; al mismo tiempo garantiza también el fiador al deudor que sólo serán ejecutados y vendidos en pública subasta aquellos bienes suyos que sean necesarios para el pago de la deuda, y no más. Por otra parte el fiador es como un hombre de confianza del acreedor, puesto que como un representante suyo actúa contra el deudor en virtud del símbolo de la investidura que de aquél recibe. Así se explica ahora que el ejecutor testamentario aparezca recibiendo la

*wadia* del testador y sea considerado como un fiador, como un representante de aquél, esto es, como un *mediator* entre el testador y los herederos. Así se explica también, por qué en el derecho español, en las obligaciones con *wadiation*, además de la entrega de la *wadia* aparece siempre un fiador.

En el segundo de los dos casos supuestos, el fiador, como hemos dicho, no es ya un simple *mediator*, es un verdadero *debitor*, y como tal responde con su persona y con sus bienes de una manera directa y en el mismo plano que el deudor principal. Este género de responsabilidad representa un momento posterior en la evolución. Muy oportunamente recuerda Mayer que esta clase de fianza es la única admitida en el derecho romano.

\* \* \*

Tales son, a grandes rasgos presentadas, las principales conclusiones sentadas por Mayer en este magistral estudio.

Nos hemos limitado a esta labor informativa hecha en el tono menos personal posible, porque por la misma novedad que ofrecen, en su original manera de concebir nuestro viejo derecho de obligaciones, es arriesgado pronunciarse con respecto a ellas en un sentido crítico, sin un análisis previo, muy minucioso, de nuestras fuentes medievales. Quizás algún día afrontemos este riesgo. Por hoy, nos limitamos a repetir, finalizando con ello este breve ciclo de conferencias, que se trata de una obra de importancia no superada dentro del cuadro de nuestra historiografía jurídica.

---

*Terminóse la impresión de este Cuaderno  
el día 10 de Diciembre de 1924*