

## BIBLIOGRAFÍA

---

*Das altspanische Obligationenrecht in seinen Grundsügen; von ERNST MAYER in Würzburg (Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, Stuttgart, 1920).*

Es esta obra del profesor Mayer de un valor fundamental para el estudio histórico de nuestras instituciones jurídicas medievales. 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 fundamentales 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 en una amplia nota informativa 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 medieval 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 compraventa de animales cuando el animal vendido padeciese alguna enfermedad oculta.

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, 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 fusiónamiento 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.

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.

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 (*Ge-*

*sellschaftsverträge*) y la fortificación de ciertos contratos por medio del *homagium*.

Todas estas consideraciones conducen, según Mayer, a la misma consecuencia: que en el Derecho hispanogodo, 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 Código 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 *palmeta*. 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.

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 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 recibidor 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 res-

pecto 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 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<sup>1</sup>. 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.

¿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<sup>2</sup>.

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 reivindicação mobiliária* 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.

2 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 gramático en el Derecho español* (Madrid, 1915). No

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 querrellado, 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 querrellado.

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 la debida promesa de comparecer en juicio no presta, se origina solamente, o la fuga del mismo, y con ello la privación de la paz, o una aprehensión 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 él mismo se establece no redundará en beneficio del patrimonio del acreedor; sólo se produce primitivamente un saqueo de los bienes del deudor cul-

---

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 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."

pable, 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.

#### PARTE II. *La obligación fortificada. 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*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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. Brissand —*Manuel d'histoire du droit français*. París, 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,

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 minuciosidad 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<sup>1</sup> para la ejecución de disposiciones de última voluntad y para garantía contra posibles quebrantamientos de los germánicos contratos de paz concluidos entre particulares.

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 la *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 inmuebles. Dos elementos es necesario distinguir en la *roboratio*: aquel objeto material que como símbolo se trans-

---

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 este 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."

<sup>1</sup> Una refutación de la doctrina de Mayer sobre el derecho matrimonial español en la Edad Media hace el historiador portugués señor Cabral, de Moncada, en un interesante artículo cuyo resumen presentamos en otro lugar de este Anuario.

mite 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 preponderantemente 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* (fidanzas) de coto de bueyes. Los primeros son los representantes de las comunidades familiares que como los suecos *fastar* al adquirente reciben 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, pues, 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 asecurativa *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 dimanaba 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.

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 toda 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 obedeció 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 habian 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 *investitura* 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.

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.

e) *Contratos de paz*.—En las fuentes medievales 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 éste 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 atacador una promesa de paz, con *fianza de salvo* cubierta.

J. O. C.

### *Las traducciones del Mojtasar, de SIDI JALIL.*

Sabido es el gran predicamento que entre los musulmanes del Africa del Norte y especialmente del Magreb, disfruta el *Mojtasar* o Breviario de derecho malequí del jurisconsulto egipcio del siglo XIV Jalil aben Ishac. Su frecuente utilización por los encargados de administrar justicia ha sido causa de que autores europeos le hayan atribuído erróneamente el carácter de Código del Derecho musulmán.

En abierta contraposición con tal manera de ver, el eminente profesor de Argel Marcel Morand pone en tela de juicio que el *Mojtasar* haya sido el libro de Derecho generalmente empleado por los musulmanes occidentales, a lo menos hasta la conquista de Argelia por los franceses; y con vigorosa dialéctica, apoyada en múltiples textos, llega a indicar la posibilidad de que la actual difusión del libro sea debida a haber sido el único de que se han servido los Tribunales argelinos intervenidos por Francia. Si el hecho fuese cierto, sería el resultado de una curiosa mixtificación que ya Worms apuntó. En los principios de la ocupación se dirigieron las autoridades francesas al cádi malequí de Argel para que les indicase la colección de leyes con arreglo a la cual se administraba justicia. El cádi señaló la obra de Jalil, aparentemente por ser la que contiene mayor número de soluciones de casos jurídicos, pero casi con seguridad por saber que el tal libro era ininteligible para los no musulmanes. Con este subterfugio obedecía a la fuerza y acallaba los escrúpulos de su conciencia.

Sea de ello lo que fuere, es innegable que Jalil es en la actualidad y probablemente lo ha sido también antes de ahora, el jurisconsulto más estudiado y aplicado en el mundo musulmán occidental. A ello se presta admirablemente la concisión cablegráfica de su estilo, que encaja a la perfección en los hábitos de estudio de toda la Mauritania. Porque así como en ella se adquieren las primeras letras aprendiendo de memoria el Alcorán íntegro, sin entender la mayor parte de las veces su significado, por modo análogo al que se dedica al estudio de la ley comenzará reteniendo en su memoria el más corto