

Universidad de Barcelona. - facultad de Derecho

---

El antiguo derecho de obligaciones  
español  
según sus rasgos fundamentales

POR

ERNESTO MAYER

BARCELONA

1926

DEL MISMO AUTOR

*Historia de las instituciones sociales y políticas  
de España y Portugal durante los siglos V a XV.*

Se ha publicado en 1925 el tomo I de este libro, traducido del alemán por Galo Sánchez. El tomo II y último aparecerá en 1926, traducido por R. Carande.

Edita la obra el «Anuario de historia del derecho español».

## NOTA EDITORIAL

La Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona inauguró en 1924, con el *Libro de los Fueros de Castilla*, una serie de publicaciones de textos y estudios de historia jurídica. El presente volumen, segundo de la serie, es la versión de la monografía del profesor de la Universidad de Würzburg, E. Mayer, que con el título *Das altspanische Obligationenrecht in seinen Grundzügen*, apareció en 1920-1921 en la «Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft».

Teniendo en cuenta la carencia casi total de investigaciones referentes a la historia de nuestro derecho privado, ha parecido oportuno publicar esta traducción, que podrá contribuir a divulgar el conocimiento de los temas que trata.

El profesor Mayer ha introducido en el original alemán de su monografía varias adiciones y modificaciones, destinadas a la edición española. Ha tenido además la bondad de revisar la presente traducción, hecha por J. M. Ots Capdequi.

## Abreviaturas

1. *Alba d6 Tormea* = Fuero Leoneses ed. y estudio de Américo Castro y Federico de Onis. Madrid, 1916, pá.g. 289 y sig.
2. *Alcalá de Henares* = Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares (ed. Galo Sánchez. Madrid, 1919).
3. *Béarn* = Fors de Béarn por A. Mazure et J. Hatoulet, 1841-45, pá.g. 1 y sig's.
4. *Boletín* = Boletín de la ReaJ Academia de la Historia.
5. *Brihuega* = El Fuero de J3rihnega., publica.do por don Juan Catalina. García, 1888.
- {). *Cons. del Mar* = Pardessus collection des lois maritimes II, p. 49 y sig.
7. *Cortes de Cataluña* = Cortes de los antiguos reinos de Aragón y de Valen<ia y principado de Cataluña publ. por la Real Academia. de la Historia. Cortes de Cataluña, 1887 y sig.
- S. *Cuenca* = Fuero de Cuenca in Oincinnati University studies ser. II, vol. 6.
9. *Esp. sagr.* = España sagrada, 1754 y 8ig.
10. *Espec. (ulo)* = Los códigos españoles concordados y anotados 1 1872, VI, pá.g. 7 y sig.
11. *Estilo* = L-Osc.ódigo.s españoles concordados y anotados 2 1872. I, p. 353 y sig.
12. *Fueros de Aragón* = Fueros, observancias y actos de corte del reino de... por P. Savall y Drona,... y S. Penen y Devesa., 1866.
13. *Fuero real* = L-Os c.ódigos españoles concordados y anotados 2 1872, I, p. 353 y sig.
14. *Fuero viejo* = El fuero viejo de Castilla... publicanlo ... Asso del Río... y Manuel y Rodríguez, 1771.
15. *Ined. de hist. port.* = Inéditos de historia Portuguesa, IV, 1816, V, 1824.
16. *Libro de los fueros* = Libro de los fueros de Oa.,tie.lla. ed. Galo Sánchez, 1924.
17. *Led6sma* = ffueros leoneses, pá.g. 215 y sig.
18. *Llorente* = L.lorentc : noticias históricas de las tres provincias vascongadas, 5 vol. 1806-1808.

19. *Marca* Marca Hispanic*i*, sive limes hisJ;611ÍCus, anctorc Petro de Marca, 1688.  
= Portugaliae monumenta historica: diplomata **et** chartae I, 1867.
20. *Ji. Port. chart.* = Pcirtugaliae monumenta historica : Inquisitione, 1888.
1. *M. Por/. inquis* = Portug-aliae mon.nmentc. historica., leges et conititudine, vol. L 1856.
22. *M. Port. leg. I.* Fors de Déarn par A. Maure et J. H::itoukt., pág. 109 y sig.
23. *Irtorlaas* Colección de fueros municipales... por Il. T. \_\luífoz y Romero, 1847.
24. *Mnñoz* = Fm:ro general de Navarra, e<lición... dirigida<1.a **Y** confrontada con el original que existe en el Archivo de comptos, por don l'ahlo Illarcgui y D. Segundo Lapuerta, 18G9.
25. *Navarra* = Las siete partida.s del rey D. Alfonso e.l Sabio. entejadas con varios códice.s antiguo por la Real Academia de Historia y glosadas por el líe. Gregorio J,ópez., nuev, cdíc. París. librería. de Rosa Bouret y 1851.
26. *Parl.* = Fueros leonese,;;, pág. 77 y sig.
27. *Salamanca* = Fuero de Sepúlveda publ. por don FeL Calleja.. 1857.
28. *Sepúlved ri* = Fueros castellrnos de Soria y Alcalá de Henares, ed. Ga.lo Sá.nchez, Madrid, 1919.
29. *Soria* = Forum Turolii en Colección de documentos WT<L el estudio de la historia de Aragón **N**, 190i"i.
30. *I'erllr* = Uosturnf' de Tortosa. en 13, Oliver : Uistoria del derecho en Cataluüa. J\allorca. y Valencia. 1881, IV. pág. 9 y sig.
31. *Torlosa* Fuero de T:--sagre, puhl. por R. de Ú!eña y Smenjaud y A. Bonillo.- y S. Ma.rtín, 1907.
- 3:t. *Usagre* = VÍllanueva: Viaje literario a las iglesias de España 1809 y sig.
33. *Villil nteva* = Diccionn.rio de antigüedades del mino de swci,rra, por don José Yangua;; y Miranda. ij vol. 1840.
34. *Yanguas* = Fueros lr,nne;;cs, pág. 13 y sig.
35. *Zamora* = El Fuero de Zorita. ele los Canes... por R. de (;refla y Smen.jaud, en el Memorial lti-;tórico español 44 (1911), pág. 1 y sigs..
36. *Zorita*

## **El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales.**

### **Advertencia preliminar.**

El derecho de obligaciones español tal como a continuación se describe, es una forma muy antigua del derecho de obligaciones germánico. El intento de introducir en él los filamentos romanos, se logró en la ley de los visigodos tan escasamente como hubo de lograrse con respecto a otras materias. La pronta y violenta invasión árabe, hizo arraigar durante muchos siglos en los territorios del Norte que permanecieron libres, las primitivas instituciones góticas tal y como ellas regían antes de la conquista.; por eso el derecho español de los siglos XII y XIII, conserva en el mantenimiento de la primitiva originalidad a los otros derechos germánicos de este tiempo, -incluso al escandinavo, con el cual sin embargo, aparece emparentado estrechamente.

Las fuentes cuyo examen es necesario apurar, proceden, en lo esencial, del Norte de España y de Portugal. El hecho de que ellas solo hayan sido editadas hasta hoy de manera insuficiente, dificulta la investigación pero no puede detener su comienzo. La falta de espacio impide dar aquí una ojeada sobre los distintos fueros y sus relaciones. Yo apunto algunas de estas relaciones en otro lugar <sup>(1)</sup> con motivo de una investigación sobre el fuero de Sobrarbe.

1) Zeitschr. Sav. St. Jür Rechtg. Genn. Abt. XL, pág. 236 y sig.

No se ha hecho ningún intento de separacwn entre los elementos góticos del territorio principal de España y los suevos de Galicia y Portugal. Hasta donde yo he llegado en mis estudios, no he podido reconocer ninguna oposición esencial entre ellos. Es posible que una investigación posterior, penetre en este problt>ma. con más exactitud.

## PARTE ■

### Las obligaciones primitivas.

#### § 1. El nacimiento

I. EXISTENCIA DE CONTRATOS NO FORMALES. I. Las fuentes más antiguas del derecho español conocen dos maneras de formalizar un contrato no formal.

a) Mediante la entrega de un *arra* (señal).

El vendedor que recibe una señal sólo puede desistir del contrato mediante el pago del duplo de la cantidad recibida como señal; el comprador, por su parte, quedará libre, únicamente, abandonando la *arra* entregada (2).

---

2) Navarra III, 12, 8: Si algun omne quiere de otro omne comprar heredad o bestia o otras cosas et fecho el avbñimicnto del precio a voluntad de las partidas, si sobre esto so diere palma.ta el uno al otro por ser forme l'asentamiento, si per aventura el vendedor o el comprador se tornasen de la convenienza., S'egun el fuero deve dar aqllleyll, qui se repentrá. ral otro 5 sueldos por la palmada et, si prisso seynal, <leve doblar la seynal. -Lo mismo se ve en otra forma del Jirnero de Sobrarbe, es decir, en los fueros de Aragón I, pág'. 215 a/b. -Soria, § 367: si alguno vendiere heredad o otra cosa alguna a otro omme. qualquiere e tornare sennal por la vendita, non la pueda desfacer la vendita., salvo sil doblare la sennal al comprador; otrosi el comprador non se pueda. repentir de la compra, salvo si dexare perder la sennal; et si sennal non fuere dada nin rceebida Cle Ja una parte a lo otra, non tenga nin vala la compra; mas si alguna penna hi fuere puesta, a que se obligaren amas laB partes. en Ja compri. e en la vendita por que sea el pleito guardado entre ellos, que vala; et si penn.a non fuere puesta, pue<lanse repentir amas las partes o qualquiere de ellas. Usagre 139 (en la manera de Cáceres); et per todo mercado, qui senal toviere et se arripintiere, duplela al quereloso; et qui h diere et se arripintiere, perdala; --anteriormente se aplica esta regla al contrato de arrendamiento de servicios; vfase lo mismo en .l.f. Port le . l. páginas 760, 805 y 8H (XIX). -Libro de los fueros, cap. 64 (pá-



El fuero de Ternel-Cuenca y sus derivados -es decir, una de las fuentes más detalladas del siglo XII -supone también el empleo de un a.rra, cuando establece el mismo principio jurídico acerca de todo pago que el comprador haga al vendedor : o sea que aquél puede desistir de la compra-venta mediante renuncia, de lo pagado y éste mediante restitución del duplo de lo percibido (ª).

Por último, incluso en aquellos fueros que por la influencia romana hacen dimanar una acción del puro contrato consensual, se ha conservado sin embargo el derecho de desistir -según algún pasaje quizás sólo ya para el comprador -cuando se ha dado y se ha recibido una señal. Pero aquí se distingue, significativamente, entre la prestación como señal y la prestación como una parte del precio, permitiéndose el desistimiento sólo en el primer caso (4).

gin"11 35) y Fuero Viejo IV, 1, 6: t.o<lo orne, que compra do otro bestia o ropa. o otra cosa mueble qualquiere e da señal por ella e despues non quier comprir la paga e quier desfacer la compra, deve perder la señal que a dada e deve ser quitto. E otrosi, si el, que tomó la señal, non quisier dar ht cosa. q'ue ovo tomad;;, deve doblar la señal e non es mas tenuto. Mas despues, que l:l. vendida fuer fecha, quier de mueble, quier de rais, e fuer apoderado de ella el comprador, non se puede despues desfaoer e vale a.l que la compró, e el vendedor non lo puede desfacer. -Una aplicación particular de esta norma se ve en l'eruel 520 (Cuenca 42, 6): omnis sutor, qui ad diem statutum opus facturo. non dedit, redat erram duplatam. Emptor quippe, qui ad horam statutam precium non paccaverit, perdaL erram. et sutor vendat opus, cuicumque sibi placuerit.

ª) Cuencn. VII, 17 (= Zorita 149): de venditore vel .mptore, qui post pactum penituerit: Similitar si quis radicern vendiderit. et pastea penituerit. pectet. pecuniam quam receperit duppia.tam., Et si emptor penituerit, perdl1t peccuniam, quam dederit pro ipsa.

•) La obligatoriedad del puro contrato consensual e muestra en la Part. V, 5, 6, según la cual un contrato que en intención de las partes ha de ser concluído por escúto, produce ya efectos obligatorios por la mera comprobación material de su existencia: et sin carta se podrie facer la v.endida, quando el comprador et el vendedor se ;;,vienen su el precio, et consienten amos en ello, asi que el comprador se paga de la cosa. et el vendedor

b) El apretón de manos, *la palrnata-e*. el otro medio de fortalecer una promesa, Mas el quebrantamiento de una promesa así fortalecida, no motiva una ejecución judicial contra la persona del infractor, una servidumbre por deuda-comun con respecto a otros territorios germá-

---

del precio no haciendo mención de carti; ca entonce dedmos, que serie acabada la vendita, que asi fecicsen, magtwr hon diese señal ninguna el comprador ni vendedor, porque serien amos tenudos de complir el pleyto, que lllbiesen puesto. -Sobre esta. biase hay qll'e entender la Part. V, 5, 7: señal dan los hometi unos a otros en las compra.s et acaes.ce, que se repiente <espues alguno: et por ende decimos, que si el comprador se repiente despues, que da la señal, que la debe perder; ma si el vendedor se repientesse, debe tornar la señal dobla& al comprador et nurt valdra. despues la vendita.. Pero si quando el comprador dio la señal, dixo asi, que la daba por señal et por parte del precio o par pagamiento, entonces non se puede repenti r ninguno dellos nin desfacer la. vendid., que non vala. -Es decir, que atluí, cuando se da una señal, --- no como parte del precio -- las dos partes pueden desistir del contrato convenido. En el Fuero Rje:l-1 111, 10, 2, por el contrario, sólo puede desistir el comprador: si el home alguna. cosa. vendiere e tom, J.rie señal por la vendita, no pueda. desfacer la. vendita.; e si el comprador no quisiere pagar el precio, pierda la. señal, que dió, e no mala la. vendita.; e si el comprador no diere señal por la vendita e diere alguna. partida del precio, no se pueda desfacer la vendita, fuera por avenencia de amas las partes. J,a.s Observantiae regni Aragonum (sobre las bases de este texto jurídico ele 14'.18 originarias del siglo xm, véanse las noticias publicadas en Z. Sav. St. Recht.sges0h. N. .A. XL pá.g. 345 y sig.), IV, de emptione '§ 5 (Fueros de Arag. 11, página -28): si aliquis emerit aliquid et dederit aliquid pro ;wnyal et paga, non potest vendi duplando ci senyal. sed si pro senyal tantum potest vendi duplando el seuyal; -mantienen todavía el derecho ele desistir también para el v,ndedor. Con respecto al contrato de transporte de pcrsnrm, se establece ea el Consolat del Mar, c. 71, la obligatoriedad de los no formale; pero si el transportista .recibe una señal, puede volverse atrás; e si ell n'a pres senyal, cll los dcu atknclrc c;o, que 'ls haurá. promes. -La rrltora del derecho portugués -que se encuentra desde el siglo XII -o su equivalente la of relío al .vendedor. se debe considerar tarnbién, seguramente, como una donación tal, que hace irrevocable para el vendedor el acto de la venta. (G lma-Barrmi : Historia da. administrac;ao publica em l'ortugal fil, pág. '18G y siguientes).

nicos se ha sostenido en ocasiones (5)-sino solamente la imposición de una multa de unos cinco *solidi* (6).

En el derecho más tardío de Aragón, se establece acerca de esto, que mediante el pago de una multa de cinco sueldos, se puede desistir del cumplimiento de una obligación que no haya sido redactada por escrito o concluída con la entrega de arras (7). Esta última excepción no hay que interpretarla en el sentido de que se excluya el derecho al desistimiento, sino que lo que hay que entender es, que en tal caso sólo se podrá desistir mediante el abandono de lo entregado como *arra*; o sea, en conclusión, que el desistimiento de un contrato acarreará: o una pena convencional establecida previamente, o, en su defecto, una pena legal.

El derecho de Béarn (8) --que por lo demás es un derecho gótico, y uu vasco-- sanciona casi el mismo princi-

) Así se ve en Puntchart : *Schnldvertrag und Treugelohnis*, pág. 491 y sig. -Egger: *Vennogenshaftung und Hypothek; nach französischem Recht*, pág. GB.

6) .Kavarra III, 12, 8 y el derecho aragonés de 1247 (Fueros de Aragón J. pág. 215 a/b) cita<lo anteriormente en el § 1 de la N. I.

7) *Observantiae IV, de pactis § 1* (Fueros de Aragón II, página 28) : *in Arngonia quilibet potest resilire a venditione, solntis 5 solidis... si conventum est super venditione et sic facta venditio sine traditione et: sine carta et sine arra et sine cursorc. Si tamen, cum carta esset facta, translatum esset (!) d-ornium in emptorem, et non posset (?) aliqua, partium resilire. -El cur.or, es el funcionario público encargado de las subastas. Observantiae IV, de fidciuss-oribus § 26* (B'neros de Aragón II, pág. 30) : *debent pignora poni in manu rnsoris, publice ut vendantur; — ya en el l'uerio de Daroca, ele 1H2 (}fuñoz pág. 510), se decía: volumus ut in unoquoque anuo cum novo indice eligantur tles fideles viri et cmn aliqnís v.olverit vendere aliquam pos.sessionem faciant illan currere uní ist,orum trium per 3 dies jovis et qui post.ea ea.m compa.ravit. ncmni de ea postmodum respondero tie.neatur].*

8) Por ejemplo el *wergeld* gótico de 500 (Béarn 157 [l\lawre et Hatoulet, Fors de Bfarn pág. 59 y sig.]-clonde 1000 es la duplica.. eión,-o de 300 (Béarn [Mazure pág. 66] 178; J\forlaas [J\azure pág'. 121J 3G). Aquí se ve la, partición por mitad del total de la composición entre el herido y el poder público. (1°l'orlaas 2 [J\azure-

pio. Solamente que aquí la *señal* se instituye propiamente como una pena convencional y la pena legal que se impone cuando una pena convencional falta, se eleva a seis *solii*<sup>9)</sup>.

Finalmente, supone también una temprana comprobación de una parte de este principio, el hecho de que en el fuero de Soria se permita de un modo general el desistimiento de un contrato mediante la satisfacción de una pena convencional, (10); punto de vista éste, que el Fuero Real mantiene igualmente (11).

2. a) La misma norma, considerada en otro aspecto, resulta del principio que permite el desistimiento en los contratos bilaterales, en tanto en cuanto no hayan sido cumplidos por ambas partes contratantes; es decir, que aun cuando una de las partes hubiera hecho efectiva su prestación, persistía la posibilidad de desistir hasta que la otra parte hubiera cumplido a su vez lo pactado. En una ocasión se declara esto expresamente incluso con respecto a los contratos escritos. Y todavía después del cumplimiento pleno podía rescindirse la validez del contrato

pág., 110)). Cuando en ocasiones se cita esta fuente para el derecho franco francés, se hace sin fundamento.

<sup>9)</sup> forlaas [Maimre pág. 170] 229: si ung homi ha. benut bes-tiar o autre causa a d'autre et lo, qui a. c. cronpat, non es cntrat en possession, lo, qui ben se pot estr. r. e. r, s'is vol, pagan 6 soos de 'pendilhes, si de mes de pena no e; en ere obligat.

<sup>10)</sup> Así se ve en Soria § 367, en los pasajes arriba citados: § 1, Y. I. Aquí hay que considerar la 'terminación': <'mas si *al-gwna* 'βeηi», etc. Mirándolo aisladamente pudiéramos esto significar también que cuando un contrato se cubre con pena convencional no puede uno apartarse de él. Pero relacionándolo con los pasajes antecedentes, resulta claro que cuando el contrato no se quiere cumplir no se cumple, debiendo sólo pagar la pena convencional; véanse aquí también, los pasajes citados abajo en la p. 12.

<sup>11)</sup> Fuero real (1254) III, 11, 2: si alguno qui8iere .cambiar con otro (avallo o otra cosa qualquier o fueren avenidos en el cambio, sea fecho de guisa, que cada uno resciba auello en que amos fueren avenidos: e si el uno dellos no quisiere estar en ello, et cambio sea. desfecho sin pena, sino fuere en el pleyto pena puest o al otro vino algun dañ por razon <del cambio.

cuando estuviera dañada la cosa vendida, ya que en España, como en todos los otros derechos germánicos, podía el comprador de ganado **-pero** sólo el de ganado ; no, como en Roma, el de toda cosa dañada. en general **-rcda-**mar la devolución del precio, si los animales adquiridos se manifestasen enfermos dentro de un plazo de tiempo determinado. Esta regla concuerda con el sistcnrn expuesto aun cuando no se pueda demostrar esto, con ello, de un modo directo (L)..

12) Así paxa compr:l y c:mbio: Soria § 373: si camio fuere fecho entre algunos omnes en guisa, que amos sean entregados de lo, que ovieren de rescibir ell uno Klell otro, non 5'e pueda desfacer ; et nrrnguer non sea.u entregados ell uno dell otro, si alguna pena hi fuere puesta entre sí, se<L guanlado asi como fuero pneHto. -Esto es, que aquí sólo se excluye el derecho a desistir cmm-do ya por ambas partes se ha cumplido lo pactado; pero *si* se ha pactado una pena convencional, rige ésta, **-Para** los contratos escritos con respeto a los cuales se •ha recibido en el derecho posterior mia, fuerza para exig-ir su cumplimiento, dice lo mismo expresamente el Fuero Real III, 10, 3: toda vendida., que fuere fecha por cscripto vala, despues que el cscripto fuere fecho; qualquier de las partes pucdala. desfacer, ante que el precio sea dado o parte dellos (dello '). -- - Esto es, que aquí, frcnb a, lo dispuesto en otro psajes, e;: suficiente la prestación t"le-mw. parte del precio de la compra. pa ra, la perfección del contrato, Esta disposición es patticularmente significativa porque ella., en oposición a la l'arf.. V, 5, G, todavía sanciona el viejo derecho. -- Al vendedor se refiere la siguiente frase do Teruel (pág. 133): venditione vero facta et ut forum est confirmata nulla va.lead penitentia. -Esto, es más notorio en Cuenca XX.XII, 6: et contra.ctione facta. nullus possit penitere. Según ello un desestirnicnto de Ja compraventa de inmuebles es posible siempre, hasta que el vendedor ha, entregado realmente lo vendido al comprador. Lo mismo significa la. posibilidad de re8Uire que hasta el momento de la, traditio o de la intervención del cursor se sanciona en las *Obscra.ntiae regni Aragonum* IV, de pactis § 1 (véase la. N. 6).

El hecho de que en la compra-venta ele ganados pueda el comprador reclamar, si el animal dentro de los 9 días a contar desde la entrega aparece como enfermo, -- establecido en el dominio jurídico de Usagre (Usagre :182; JI. Polt. lcg. I, pág. 786 y sig. y '819) -se refiere sin duda también de una manera expresa en lL Port. lcg. I, pág. 819 (ng. torne[:... iad. = suo dmnpnw., <Ulm; erat el fiador) a. la r:ompra-Yenta de ganado" afian7.a<la, que eo la

En el Fuero de Navarra, que es una forma del Fuero de Sobrarbe, es decir, de la más primitiva de las fuentes del derecho español, se establece de un modo absolutamente general la no obligatoriedad de las meras promesas, lo mismo con respecto a los contratos bilaterales que con respecto a los unilaterales. Y es de la mayor importancia que tal principio se considere como un privilegio particular de la aristocracia germana, es decir, de los infanzones, al paso que con respecto a los villanos, es decir, los romanos, se determina que queden obligados por el mero consentimiento, habiéndose encontrado sobre este particular documentos concretos (13).

Este principio de la no obligatoriedad de los contratos no formales se encuentra también en el Fuero de Aragón de 1247, o sea en otra forma del Fuero de Sobrarbe (a).

b). Por todo lo expuesto gana un particular relieve, el hecho de que en una serie de contratos, se haga depender de la promesa de una función, la función para exigir su cumplimiento.

forma regular. Frente a ello, Navarra III, l. 11, sólo permite el desestiramiento en la compra-venta de ganado, cuando el comprador no ha presentado un fiador por el precio.

<sup>13</sup> Navarra. III, l. 11, 6: si alguno promete a otro alguna cosa et si es yfanion el, qui prometió, si non quisielle, non dara; mas si villano es et promete, deve dar. Maguer ad aqueill qui prometió por cuyta o por servicio, que ovieren mester, s'il prometieron de veli dar. De la excepción que para el contrato de arrendamiento de servicios se hace. hay que hablar inmediatamente. Entre los contratos no formales, que a pesar de esto se consideran como produciendo efecto de obligar, y en los cuales los contratantes o por lo menos uno de ellos, son villanos. hay que citar, quizás, a manera de ejemplo, los de Navarra III, l. 2; l. 1, 7.

<sup>14</sup> Fueros de Aragón II, 109 h. (1247): obre esto, véuie fa N. 26 siguiente; aquí, sin duda, se demanda por el cumplimiento de una promesa hecha por escrito. Véase además la siguiente N. 21. Véase también l. p. 76 b (1247): si quis ad preces alterius hominis promiserit aliquam causam et promississe eum postea peniteat, nisi fuerit de voluntate sua, non tenetur dare rem promissam; nisi, qui promiserit dixerit contra illum, quod propter servitium, quod ei fecit tempore necessitatis aut propter adiutorium in plecto aut in alia causa aut propter serallam (!) convenit et promissit, quod a, b o petít.

Tal se ve en la familia de los fueros de Cuenca-Teruel, donde para que el comprador quede obligado por el precio de la compra que reste por satisfacer, se exige que se constituya en *fideiussor et dlibitur*, siendo todavía posible que se agregue otra, persona como *superlevator* (1: >), En cambio, se considera sin validez una compra-venta en la cual el comprador haya entregado ya una *señal* o una parte del precio, pero el vendedor todavía no haya entregado la cosa vendida,, si éste no presenta el fiador que está obligado a presentar, debiendo en tal caso devolver, únicamente, la parte del precio percibida (16). Más adelante

15) Los pasajes interesantes están concebidos en estos términos en Cuenca XXXII, 1: .Mando etiam, quod quicumque res suas vendere voluerit, suum comparatorem recipiat pro fideiussore et debitore, quia si alium i-eceperit, non valeat ei. Tamen si venditor timuerit comparatorem reeedere aut ad placitum: non paccar-e, querat ei superlevatorem a<l forum Conche, qui persolvat debitum ad diem placiti, si forte comparator fugerit vel non solverit. (Lo mismo se dispone en Zorita 686). En Teruel 289 (pág. 137) se dice: ille vero, qui res suas vendiderit, si .statim illum emptor non ffWCaverit, suum comparatorem pro debitore et fideiussore recipiat et non alium; quia si alium receperit, non ei valeat sive respondeat iuxk1. forum. '!amen si etc. (sigue como en Cuenca). ¶ frase «si statim illum emptor non pacc;averit» se añade en Teruel 289 debe ser una interpolación, pues no es verosímil q'Ue en una frase la misma, persona se designe como *comparator* y como *e-emptor*. Pero esta interpolación arroja luz sobre el estado de esta cuestión: se trata de una compra-venta en la cual el precio se queda a deber, y para que el comprador «iUcde ligado se debe constituir como *fideiussor et debitor*; recomendándose la interposición de un fiador cuando aquél resulte sospechoso en punto a su solvencia.

16) Fuero real III, 10, 14: quando aliquo toma, ré señal o parte de precio de qualquier cosa, que venda,, e pusiere pleyto con aquel de quien rescibió la señal, que dara fiador o prenda, e si despues no lo (?) pudier tal fiador haber e jurnre, que no lo puede haber, que cuidaba, que quando fizo la vendida, quel habie, tal vendida como esta sea desfecha e torne'l'e la señal o la parte del precio; si no quisiere, a su ventura resciba aquella compra.,-El Fuero real mantiene todavía -según mostró la N. 11,-el primitivo punto de vista según el cual se excluye una acción directa para exigir el cumplimiento de lo prometido cuando sólo media, el puro consentimiento. Pero en la ley 14, tít. 10, lib. III, se pre-

se verá, en otro orden de cosas, cómo la responsabilidad por evicción en el primitivo contrato de compra-venta, presupone también una fianza.

En una redacción ulterior del Fuero de Sobrarbe, es decir, en el Fuero de Estella, se determina que un contrato por el cual la parte que recibe un préstamo se comprometa a pagar más de lo recibido y llegado el día señalado no pague, o sea un contrato dañado, sólo producirá efectos obligatorios cuando sea fortalecido por fianza(11).

supone en la compra-venta. en la cual el vendedor no ha realizado su prestación, y se determina que si el negocio no puede ser afianzado, el vendedor no quedará obligado y sólo habrá de restituir la parte del precio que ha recibido. En rigor, este principio, se corresponde con la regla general antes expuesta, y por esto mismo sorprende que se destaque allí el hecho de que el vendedor no pueda presentar fiador, debiendo probarse mediante juramento, esta imposibilidad. Así como por otra parte se desvía también esta ley de la doctrina expuesta anteriormente, en el hecho de que el vendedor no deba restituir el duplo de lo recibido, puede servir esto último de aclaración a la anterior dificultad, ya que es de justicia que cumpla con la simple restitución aquel vendedor que *quiso* y no *pu. do* encontrar un fiador; y por eso la exigencia del juramento. Es indudable que, a pesar de todo, el comprador, por su parte, puede proponer el cumplimiento de la compra-venta, pero entendiéndose entonces que por la ausencia del fiador no queda aquél garantizado contra una posible demanda de evicción y sin que en tal caso, pueda insistir en la realización de la compra-venta, pueda, naturalmente, reclamar la restitución de la parte del precio entregada. No se dice, en cambio, que este comprador pueda exigir del vendedor que, sin fianza, persista en el cumplimiento de lo contratado.

17) Yanguas I, pág. 438: *si quis ministraverit alieui isuum avere 120 aut 30 marabctinos per 10 marabetinos lct ad terminum et insuper facit convenienciwn, ut: si iud terminum non paccat illos 40 marabctinos, quod sit 60 aut 70, et dat inde fidancias de hoc supra scripto, debitor clabit omnes mara. betinos vel omne avere ;accommodatori, si vult illos prandere...* (la conclusión versa sobre la posibilidad de una *cessio bonorum* cuando el deudor no puede pagar el dinero. -Nada tiene que ver con esto el Fuero de Vizcaya (Boletín XXXVII, página 577 § 79): *si algun orne die-re pan (trigo) o vino a renuevo e ovieri fiadores o oydores et murier el fiador o el oydor, jurara. el dneyno de la cosa con su*



Particularment e sig-nificativ1) es, la aplicación de esta misma regla a los contratos de prestación de servicios, que resulta de una gran cantidad de noticias (LS); y por ello

carta en mau e Luma ra. su co-a. -- Este es:ta(lo de derecho se:ada-  
ra ron el Libro de los fueros, c. 11: (L 1. c. 23.): se trata de un  
préstamo de trigo o de vino lta;ta que llega la nueva cocclw.  
fügún el fuero de .Fune8. este contrato ""s válido no sólo cuando  
s afianza.do, ino también cuando mechan testigo. Véase nd:-  
más :Kavarra II, 14, *G deuda <-ei:era.*

18) En los siguientes pasajes se hace depender del afian: a-  
miént.o del contrato, unn. acción del se.flor contra el *8rrviens* :  
INavarrn. I, 5, f2 (= Fueros de Aragón I, .p. 82, b. 12J7) : sobre  
esto dize el fuero, ilue desque manifesta.meut s'e .quiere partir de  
su seynor por su voluntat et non por tuerto del se:rnor, si oviere  
dado fiador de servir et conplir el ayño. el fiador deve servir et  
conplir el ayño. --En el lib. V. 1, 9. se determina de un modo  
general para el cn.o de que el criado observe mab. conducta, que  
el señor no debe ma.lnttarle, sino *pe yndre su fianza que tiene.*  
quel faga el Tir leyalmente et en paz. Usagre :-in (= M. Port. lcg. L  
pág. 781G : 'Pág. 8J3): todo pastor, a. qui jgan<tdo dieren a. velar,  
de fin.dor por ganado et por bestias de fa cabarna. -- Además l/sa-  
gre 343 [(= N.Port'. lcg. I. pág. 782, abajo) : todo colla90 vel a.ppor-  
teln.d o qii e a,ver o bestia, Curtare o levare a gena. su cnor la pcc-  
tet et el fiador al scnnor. Et si non oviere fiador el ennor la  
pecteL al querelosol que parte de la posibilida<l de que el contrato  
de servicios sea afianzado, conoce .in duda. también un contra.to  
de servicio ;,in fiam.1. -Boletín XXXVII, pág. Cl7f. § .)3 (Fuero  
de "Vignera.-Funes) : qualquier orne, que metiere mancebo el1 .;u  
casa con fianza et. si ficiere alguna cosa, que non deve, pendre la  
fianza: § 207 : otrosi si algun orne estuviere en juicio dotro orne con  
fiador fa.sta tiempo cierto e ante qu-e cumpla el tiempo sayllie.re  
del pcyno por su vohmtat-, el fiador devel dar otro tal orne, quP-l  
siervL en su lugar fa,;ta el tiempo sobredicho ; -Ia pn,labra, *iuido*  
que a.parece también en el § 206, hay que pensa.r que e un en-or  
de e"ta edición, extraord inariamente mala.. Debe leerse: *sercicio.*  
-li'ueros de Aragón I, pá.g. 225 b. U, 127 : si serviens, qui re-  
cepto fideinssore a domino de stto salario alium fídciussorem do-  
mino dederit de complendo et ei bonum ervitinm haciendo usqtte  
ad certum tenni num perdiderit J.liquid de rebus domini ant fecerit  
servitinm minus bcne, non debet euro dominus vcrberibus ca,lti-  
gare, sca debet et. potest fidantia,m pignoram, ut faciat sibi rcfici  
totnm tempos et damnum. Et i pe.rcusserit scrvientP.m et prob:iri  
pott>st. tcnetur sibi in indicio i.espondere. pront Hui ex:traneo te-  
nerelur. Tamn i ervu non nlt rlomirw lJbcdirt> in rebu líciti

hay que considerar como una desviación evidente y fácilmente explicable del antiguo derecho. el principio según el cual quedaba el señor obligado al pago del alnrio por mera promesa verbal, sin necesidad de fiador (19). Lo primitivo es la prestación de la fianza (2'), aunque sin duda no se ha de interpretar esto, en el sentido de que sólo se hayan otorgado contratos de prestación de servicios garantizados con fianza, ya que lo contrario se deja percibir de un modo evidente. Lo que se quiere decir es que este contrato se había de prestar fianza. cuando se quería tener acción para demandar su cumplimiento. Allí donde no se concedía ningún valor a esto -y tod:wía. el derecho moderno sobre arrendamiento de serYi('ios se des-

et honestis, pustquam fideinssori, quem d<> servitute t.en<et, illud denunciaverit, poterit alium conducerc servientem loco eius, qui compleat servitium, quod serviens noluerit adimplere. E-t qui pro primo serviente fiteiussit. ,,olvat seu solvi faciat semrndo servienti conducto de primi salario servientis quantum dorninlls culpa. negligentis expcnderit in ,ecnndo.-Teruel 167 (=Cuenca. XIX, :)); superlevatnrn pro homine facta. post dimidium annum cassctur excepta lsuperlevatura rncrcennarii vcl servientis. -Es muy significativo el Fuero de SepúlvcLa 61, que de un modo general habla del criado paniaguado: et si al partir del s-ennor o de la sennora. nol tomare fiador o nol retobiern la soldada e yendo el sennor o la sennora a aquella casa, do aquel su :sirviente solia morar, et sil y fallare, faga testigos, que sil y fallase. quel tomarie fiador et quando quiere quel fallare. respundal. como sil oviese tomado fiador; et si esto non cnplicre, non responca. -Todo esto se refiere a la indemnización de daño que el señor exige del criado negligente, y se dispone que el señor sólo puede exigir esta indemnización cuando el criado ha presentado un fiador; el hecho <le que demande el señor forma}ment.c la presentaei(rn de un fiador, hasta para. producir aquí )a. tales efectos, a.un en el caso de que por ausencia del sirviente, 110 se haga efectiva tal fianza.-.El derecho del criado <• demandar su salario frente al señor, se ha.c.e depender del afianzamiento eJJ los Ferns de Aragón T, pág. 225, h. N, 1247, antes citados.

<sup>19)</sup> Así se ve en Navarra IH, I, 6 (véa. ie la. N, lil) y en Teruel 4G5 (Cuenca XXX VL 1): mando etiam. quod .i quis operarios con<lnxerit et ea die rnercccJem ei non .-o!vterit, alia die iudex pignoret eum pro duplo.

W) A8í oe ve en F" a. gre 313 (;\'. 17).

envuelve en muchos puntos sin una acción para exigir el cumplimiento de lo pactado, con lo cual se comprende cuanto más había de ocurrir esto en el derecho antiguo por ser en él más fuerte la autoridad doméstica -se concluía. este contrato sin fiador, a lo sumo con la, sola institución civil un *ana*, es decir, de una pena convencional.

Este mismo principio, aun cuando manifestado de una manera incierta y esporádica. rige también para los arrendamientos y para los alquileres de inmuebles rústicos y urbanos, no sólo para las gentes de raza goda, sino también para los romanos y árabes (2<sup>1</sup>).

e) Implica una excepción de la regla general, el hecho es que posteriormente no se permita el desistimiento, cuando el contrato se ha ya otorgado por escrito (3).

Las fuentes que están plenamente influenciadas por los principios del derecho romano, hacen depender del mero contrato consensual la acción para exigir su cumplimiento de un modo directo (2<sup>1</sup>).

2<sup>1</sup>) Así se ve en el *u. agr. l. 1* (II. Port. leg. I, pág. 805; en los pasajes paralelos, con *stn* --1, p. g. 760 y I pág. 872, § 20. -falta la decisión: *totumque, que casa diere ad alquile, clurdo so pl; a. w. viniere, prenk per so alquile ; in calona, qual dia. se quisiere ropa o bestia en qual c> l. sa quier que le fallare; et. non aya ferias nin solturas. Et al fiador dessa .misma manera lo prende. -Aquí no está claro si el afianzamiento se concibe como algo obligatorio; en el *Juero R. cn. l. TU, l'7 passim*, que sin duda, *S*''' corresponde enteramente con la, Partidas, no se exige un afianzamiento.*

2<sup>2</sup>) *ObsOrva. nt. ia* § 1 (Fueros de Aragón II, página 28) : a. H. l. X, T. Este pensamiento existe y; i. como básico. en el derecho aragonés de 1217; de los Fueros de Aragón L página 82 a I (más indefinido en Navarra III 19, 5). resulta que el padre responde a los hijos sólo por los gastos hechos cuando misPrunt candem missionem cum conventionem in carta et cum fidejussio. et. testibus : II. pág. 109 b ; además, arriba N. 14 y abajo N. 2(. También hay que citar a( l. el pasaje 95 (pág. 13) de Terne[. que .Jien puede ser una adición posterior, porque en Cuenca 1w existe: *et omnino fo. ctu 111 et convenientia, pignoratium et venditum. postquam nrt a facta fuerit, sit stabilis atque firma. -E' Tente :. ello Fuern rea. ! III, JO, 3, publicado interiormente en la N. 11.*

2<sup>1</sup>) Así es en el interés de la Part. Y, G. : l. que piden emen-

3. La falta, de acción para exigir este cumplimiento se hace patente cuando se va al derecho de la época buscando el conseguirlo por medios indirectos. El más importante de estos medios, la *wadiation*, se estudiará detalladamente más adelante ; pero junto a éste aparecen otros, no tan comunes. que deben ser ahora tomados en consideración.

a) En efecto, se ve en el derecho visigodo, al igual que en otras partes, que la general falta de acción de los contratos ordinarios ha motivado que el contrato de sociedad (en el cual la presentación de fianzas origina, grandes entorpecimientos) adopte la forma de una fraternidad artificial, rigiendo, lo mismo para el contrato de sociedad entre esposos como para las sociedades comerciales (24). En la primitiva estructura de un tal contrato de fraternidad artificial, no creo yo que se pueda penetrar más ; únicamente puede conjeturarse que él sería primeramente una fraternidad natural (*Blutbrüderschaft*).

b) Otro de estos medios indirectos conocido por el derecho español, consiste en cubrir una promesa. por medio de un *homagium* (25).

te se ha de interpretar como una consciente oposición del hecho nacional: tal fue; a ha cambio, que es hecho por palabras et con prometiemento de lo cumplir. que si despues alguna de la\$ partes se quisiere repentir, la otra parte, que lo quiere acabar el haber por firme, puede pedir al juez., que mande a la otra parte. que cumpla el camino o que le pague los daños e los menoscabos, que vinieron, porque lo non quiere acabar ; et a estos menoscabos atales llaman en latin interesse. -- Igualmente dispone la casi totalmente romana, Costum de Tortosa II, 4, 2: <movinerna., que a bona fe es feyta, [va], ja sia. c;o. que escriptura daqnela. non appaTega ne y sia feyta>.

<sup>24)</sup> Juero real III, 6, 9. -Observ. regni Arag. V. de jure d(i)tium § 19; IX, declaraciones monetarias § 3 (Fuero de Aragón II, págs. 33 y 72); además Oliver, Historia del Derecho de Cataluña II, pági. 329 y sig. -In. caso de <<inventar...litui>> 'se encuentra en Esp. Sagr. XX pági. 97, 1106. -Sobre el contrato de fraternidad artificial en el derecho comercial, véase Goldschmidt en Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht XXXV. página 332 y sig.

<sup>25)</sup> Art. IY, 25, 4. Et hominibus tantum quod fieri como lori-

La consecuencia de este acto era, que el quebrantamiento de una tal promesa se consideraba; como una infidelidad del vasallo a su señor y por ello podía, motivar un desafío (26). Posteriormente encontramos esta misma manera de fortalecer una promesa aplicada a los contratos de reconciliación (Sühnevertragen) y ello nos lleva directamente al juramento de la paz de Dios y del País (Gottes-und Landfriedenseid).

4. Lo expuesto hasta ahora ha mostrado que, según el derecho hispano-godo, el puro consentimiento no obligaba a cumplir lo prometido. Cuando se entrega, un arra (señal), sólo se instituye para, el caso de incumplimiento, el valor de esta arra y mediante el abandono de esta cantidad se permite el desistimiento del contrato. En un estado de derecho posterior, esta cantidad para el caso ele-

narse omne de otro et fore, como ;uyo para darle seguridad, so. Le la cosa, que pnnete de dar o de hacer, que h cumpla ; et este homenae non tan oliarnien. En lugar en pleyto de va, allage, mas en todo los pleytos et posturas, que los homes ponen entre sí con entencion de complirlas.

6) .Fueros de Aragón II, pág. 109 b. 1247 (= Observ. VI. de genemli bus privilegiis H : Fueros de Aragón II, pág. 48) cum quis uer aliqui. re n. licui verbo vel homagio obligatur nec reuavat. quod promisit se verbo vel homagio servaturum, non potest : !ecumlum forum is. cni obligatur aiquatenns pignora, re, nisi tempore clati uerbi vel hamagii fecerit mentionem, (jllod enim, nisi servaverit, pignorabit. nec ad eruandum uerbum uel homagium est ab aliquo compellendus. Reptari potest tamen, qui fecerit homagium .d.b eo. r'ni fecerit cilm ; e.t reptatus potest, et debet. sibi facto reuaterio respondere ; et si reptatus non uult respondere reptario, non compellitur et ita reptatus liber abibet. Tamen si homagium fuerit cum ea, rta publica. ex quo probatur fuerit homagium per bonos tales poterit similiter pignorare ; tamen posset ternare sine carla. - El hecho de que el desafío no debía, aquí admitirse a la fuerza, seguramente es una tardía, a. tcnuación del legislador. En lo restante el pasaje constituye un significativo documento para la demostración de que por un pum conY'enio verbal . . aquí en tanto que no se redacte por escrito -no se puede ser demandado por el incumplimiento. De 1ª. Part. ITI, 16, 8 (na el, que hobiesi; feccho hornage d non lo toviase debiendolo complir et podiendo) resulta <t<lemá que rtquod rpe no ha cumplido el homenaje es idc::t.paz ele testificar.

itwurnpli miento no se entrega ya do llna 1rrrnera real, sino que únicamente se pacta, convirtiéndose así en una penn. convencional ; pero primitiva mente, si no ha mediado la imposición de un *arra*, sólo ;;e pena. el ineumplimiento del contrato cuando haya tenido lugar hL *palmata* (el apretón de ruauo.s).

Si se comparan esta. forma con la que, por otra parte, ofrecen las fuentes germánicas, se ve que esta falta de acción de la compra.-venta meramente verbal se repite notoriamente en las primitivas fuentes del derecho bajo-franco, y así se encuentra en el *placitum*, tantas veces nombrado del año 691 (27). El fortalecimiento de los contratos por *palmata* o por *arra*, tanto en los derechos germánicos del sur como en los del norte. es un hecho tan estudiado que no necesita de más exacta comprobación. Cuando en el derecho inglés se determina que el contrato no formal -no contraído bajo *sello -sólo* obliga. cuando una *consUleration* aparece a la vista (2s), sin eluda debe estimarse esto como una forma. <le fortifica.ci ón en la ('Ua l se elimina la *palma ta*.

En el derecho escandinavo npare(-e también el primitivo sentido del apretón de manos de un modo usual notorio como en el cleredio español. Y así vemos que en el derecho noruego se impone al infractor de la promesa. fortalecida con palma.ta, casi la misma pena que en España. se imponía ; y en el derecho danés se establece con respecto al contrato de arrendamiento, que cuando medie *priImata* sólo se permitirá el desistimiento mediante la imposición de una pena. Con respecto al contrato de compra-venta meramente consensual, se castiga también con una pena

\*) ?ilG., d ipJ. l, . 70. Además ohlll : Recht der Ehe;chliessung, pág. 25 y sig. Hü bner: Gmmdzüge des clentschen Privatrechts 3, pág. 430.

28) Por ejemplo: AnOIL Principle of tlw enjdi>'h law of contract., •pág. 12: Pollcx:k and :\aitla.nd lti t. 1 p(l g. 211 ; Holdsworth a bist. of english h.l.w 3 J, pág. -i5G (donde "" umestra como la teoría ele la *consid\*rt11.fion* se cambia *pcY<.:o* a poco en el *rourt of chancer;lj* determinado por lo. dere<110 romano y (anfinic-o).

su incumplimiento, aun cuando no haya mediado *pairnatu*, pero se aumenta la pena cuando mechó la *palmata* (29).

El fortalecimiento de un contrato por medio del *homagium* tiene también su análogo en el *trygging* noruego (30).

Pero así como en los derechos francés y alemán (31) de la baja Edad Media, se llega a la obligatoriedad de los meros convenios y ya no siempre se puede desistir del lo convenido mediante la entrega de una cantidad o la imposición de una pena, también en los derechos del norte llega a ser excepcional la posibilidad de desistir de un contrato protegido con *arra* o con *palmata* (32).

Resulta por tanto que en esta, como en las demás cuestiones, es en el derecho español donde perdura más el primitivo punto de vista del derecho germánico -cuyo desenvolvimiento posterior no ha podido compartir mucho tiempo -puesto que en él no deriva ningún vínculo obligatorio del mero convenio verbal. Y esta situación es la misma en que se encontraba el derecho romano antes de que se reconociera en los contratos consensuales una acción para exigir su cumplimiento judicialmente y cuando la compra-venta sólo tenía lugar a través de una *mancipatio*.

5. Con toda intención se ha dejado para el final la pregunta de cómo está esta materia en la Lex Visigothorum.

29) Para el *pairnatu* véase *Amira*: Nordgermanisches Obligationenrecht II, pág. 311 y sig. - Para el danés, véase Sknel (Schlyter) IT, 39 (L 7fi) y II, 143.

30) Véase *Amira* II, pág. 334 y sig. En los restantes derechos germánicos también se distingue entre la fortificación de una promesa con la ordinaria *palmata* (*Handschlag*) y la fortificación por la colocación de la mano del promitente entre las de aquel que recibe la promesa (*Handgang*). Lo expuesto ahora no permite explicar tal diferenciación; pero esto es cosa que aquí no puede examinarse más exactamente.

31) Sobre esto, lo mejor es Lüning: *Der Vertragsbruch im deutschen Recht*, pág. 378 y sigs.

32) Lo más notable a este respecto es el gótico *tilgadi* o *gift* del contrato de arrendamiento; véase v. *Amira*, I, página 320 y siguiente.,;

Por fortuna, las prescripciones de la *antiq. a.*, del llamado código Euriciano, que trata de esta materia, se han conservado directamente y además nos las ha transmitido la legislación bávara. Según ellas, cuando el comprador ha pagado ya una parte del precio de la compraventa no cabe el consistorio; sólo en el caso de que se haya convenido así expresamente podrá el vendedor reivindicar la cosa ya entregada (33). En el caso de la entrega de un *arra* por el comprador, difieren entre sí los textos (34); en todos ellos se determina que el comprador que entrega un *arra* se obliga al cumplimiento de lo pactado, o sea, al pago del precio convenido, y no puede por lo tanto desistir (35); pero en caso de incumplimiento, según alguno de los textos (36), puede el vendedor desenvolver

33) O. Juricianus 29ti: l. Visig. V, 4, 1).

34) C. Euricianus 297: l. Visig. Y, 4, 4; l. Baiuv. XVI, 10.

35) Lo más notable se encuentra en la l. Baiuv. XVI, 10; pero también otros pasajes versan sobre lo mismo.

36) Así se ve en el C. Euricianus 297; l. Visig. V, 4, 1. Zeurncr. en el Neues Archiv für altere deutsche Geschichtskunde XXI V, pág. 580 y sig. interpreta equivocadamente como un derecho del comprador, lo que es un derecho del vendedor. En el C. Bur. e. 290 el «(pre)tium cogatur implere» es inseguro. Según mi opinión, el claro que en el manuscrito se encuentra antes de *lium*, no es posible llenarlo con *nego* (como pretende v. Schwerin en el Anuario I, pág. 53), sino con *pre*; se opone a ello el hecho de que en la l. Baiuv. XVI, 10, evidentemente derivada, del códex Euriciano, se dice precisamente: «(pre)tium cogatur implere». Pero el «*arra acceperit*» de la l. Eur. c. 397 puede también haber sido corregido en la l. Baiuv. XVI, 10, transformándose en la expresión «*arra dederit*»), ya que la l. Visig. Y, 4, 1, presupone evidentemente la existencia de la palabra *acceperit* en los viejos textos. Hay que considerar, por consiguiente, el texto de la l. Baiuv. XVI, 10, una modificación de los textos primitivos, y en su consecuencia hay que pensar que el redactor franco de la l. Baiuv. no entendió el sentido del c. Eur. c. 297 y que el pasaje dificultoso de la l. Visig. V, 4, 1, es también una desviación del primitivo sentido.

Si ahora se reflexiona sobre el hecho de que en la *Antigua* (l. Visig. Y II, 2, 17) se ha de entender la palabra *implere*, no como la entrega de un objeto material, sino en abstracto, (como el total cumplimiento del pago, se llega a obtener por este camino un sentido más lógico para el c. 297 de la l. Eur., ya que se



*arra* \ desistir de la compra-venta; según otros textos, pierde el comprador el *arra* y además sigue sujeto al pago del precio estipulado (><sup>7</sup>). Ambos textos, sin embargo, no <stáu en reeíproca oposición, como se cree ordinariamente es), sino que son fragmentos diferentes de un gran conjunto conexo. Reunidos ambos resulta que se concede al vendedor no negligente en caso de negligencia del comprador, la facultad de elegir entre el desistimiento de la compra-venta. con devolución de las arras, o la reclamación del cumplimiento con apropiación al propio tiempo de las *arras* como castigo para el cmlpa.ble. Estas norma::; se corresponden, en realidad, con el § 32"6 del Código civil alemán con la sola particularidad de que ellas, en lugar de una. indemnización de daños y perjuicios que se había de determinar en cada caso después del incumplimiento, añaden a.l precio de la compra-venta una pena contractual.

Si se pregunta. ahora de dónde vienell estos preceptos de la legislación visigoda que a.sí contradicen tan plenamente el antiguo derecho español, se habrá de responder que precisamente se dictaron estos preceptos mirando al antiguo derecho español y por lo tanto preten- <licndo reformarlo; desde el punto de vista del derecho ronrnno, es evidente que el comprador que ha pagado una

gúu esto habrá. que imaginar que <l vernlednr viene obliga.do al cnrnplirnmiento de lo prometido, no sólo por el *arra* que ha rcibido, sino porque después ofrece el compm<lor el precio de la cosa, exigiendo entonces su entrega; y esta prestación <t que el vendedor viene oblig;i<lo por el pago del pre(io de la conipra-vent.a., es la, qu<' e expre. a con las }Xi.labras «prctium implere». "En Cassiodori "Iriae (Ed. ,Mommson) X. 29 v. 26, se dice <mee inerrnrm possit impl'cre)) en el ent.ido de que no so puede satisfacer en su demanda < un hombre desarmado, significando entonces «*pretium úuplrr:*», tanto como «.satisfarer al precio». esto es, r;umplir la presta.cii'm contraria prometida.

ix) L Baiuv. XYI. 10.

<sup>38</sup>, Siegel: Das Versprechen ab Vnpflicht.ungsgrund, pág. 33, nota 17.-Heusler: Tnt-itut,ionem II, pág. :25J, N. 2; <idemá« I. plí.g. 81.

parte del precio no tiene derecho a desistir, al contrario de lo que el derecho cspaf10l establece ; el pasaje 296 del Cod. Euric. significa por tanto un intento de introduC'ir en el derecho indígena. -- que sólo conoc;e la. eorn pra-Y('lita. al contado -la. compra-venta a plazos del derecho romano. Todos estos pasajes sobre la.s arras de la, leg-islación visigoda están en pugna con el dereeho español y acordes con la concepción romano justinia.nea (!9). L.L Lex Visigothorum intentó, en esta como en otras materia»>, imponer el dominio del derecho romano frente al antiguo

39) Se ofrecen aquí a nuestra consideraciú lo; pa.;aje a nw- nudo citados. del C. J. IV, 21, 17 e Inst. IIf, 23, pr. Hay „qu" partil' de que estos pasajes no versan como B.echnrn.nil (Der Ka,uf II, pág. 422 s.) acepta., sobr2 un nuevo contrato previo (Vorvert rag-), ya qu' el contra,to escrito, e en ambos pa.sa\_ics enteramente firme, no sólo como contrato previo, ino como <"<nt rato principal. Queda entonces en pie. Ja circunstancia. de que el •omprndor o el vendedor moroso a.riesga el arra (el vendedor na.tttralnl lntc, el duplo). !:ero también persiste el ltecho de que 'iegúLt e.,t.o pasajes, las arras no guar.dan relaeión con un derecho de desisti- m'icnto de io nadado; así se ve ta,rnbién en Bechnanu IL p{J- gina 425, con respecto a.l caso de que algiüen quient aplica.r luI arra .al contra.to principal. Antes de aquí se ha dicho expresamente que cuando la. compra-venta. debe ser concluida }or escrito, antes del otorgm'nio del documento, puede desi.'it.ir.-e del contrato (poeuitenciae lucus est). }ero posteriormenteP. sc acostumbra hL entrega de arras tanto en los contrato. eocrihll como en los contratos verbales, y para (luc eHa. dieran nn derecho <L desistir de }o convenido, debería. esto ser dicho expresamente. al nleno plw lo que se refiere a. hL compra-venta redactada por e- arito. Las u.rras, según esto, pueden er únicarment e una perl.L parn el negligente, que sin embargo no se libra po r ello del cumplimient de lo pa.eta<lo. El hecho de que en cambio, pueda. el no negligente a.part.arsc del cnmplimient,o, resulta <le la c:ccrplio non adimpleti contradus ; pero es muy verosímil que eu ta.! caso, deha éste restituir el arra lo cual. ;in duda.. nn consta d'expresalnelite en las fuentes justinia.neas. Así sc corresponde est•e declw jns t i- niano con lo que como derecho rom.ruw e recoge por .la Visig. ('ll sus clit intas fonna.s, mientras que (:litteil' en Grnrnlzüg- dcr P;1- pyruskunde II, I, p. 184 y s.; Girard-v. fayr. Geschliche düS rü- mischen Rechts, p. 591) con el d{ \_recho e;ipcio, no gnard re- lación.

derecho germano, con el mismo infructuoso éxito con que las Partidas lo hubieron de intentar muchos siglos más tarde.

II. SOLO SON POSIBILES LAS OBLIGACIONES NACIDAS DE DELITO O DE CONTRATO REAL. -1. Un grupo grande de las obligaciones que aparecen en el antiguo derecho **español**- como en todos los otros derechos germánicos -está integrado por las que nacen de un delito, por las demandas de composición. Como formando parte de este grupo hay que considerar también a las demandas de multa que resultan del quebrantamiento de una promesa fortalecida con *palma.ta*.

" El otro grupo de obligaciones que puede formarse comprende a las que nacen de un contrato real. Aquel que entrega una cosa sin recibir en cambio algo, en concepto de recompensa por su valor, puede exigir su restitución en todo tiempo. En el derecho español, al igual que en el longobardo *Launegeki*, se declara que toda donación debe ser recompensada (40). Sin embargo, una antigua legislación de un territorio gótico -o visigótico? -influenciada por el derecho romano, ha pretendido suprimir este elemento germánico (41) con la misma infructuosidad con que la *Lex Visigothorum* combatió la no obligatoriedad

40) Para el territorio portugués Gama Barros, *Hist da admistrnc;i'i..o publica I*, pág. 56, N. 6. -Para el territorio propiamente español, véase por ejemplo: *Cartulario del monastevio de Eslonza*. (1885) N. 5, 1071: et pro confirmandum igitur hanc .scriptura accipio de vos una a<lorra a,urotexta., que fuit empta in 2000 methcales de auro. Colección de privilegios ... de la corona de Castilla VI (1833) n. 215, 1075: ta.men pro confirmando huius acaedula.e scripturae accepi ex vobis nnum equum legitimum valentem 100 solidos. -.Berga,r,m., *Antigüedades de E.spaña N*, pág. 380, 932: accepimus de vobis Lazarus abba in honore spolae heites (1) com artarfes et 8 pannos tirancures romesinos in valente 500 solidos. || pág. 418, 1039: et pro confirmandam ha'llc scripturaru donacionis sen traditionis accipimus c.x vobis ... manto auritexo, etcétera. Además Ficker, M. J. *Oe. G.*, XXI, pág. 13. Hinojo-sa: *Estudio sobre la historia del derecho español*, pág. 109; el mismo en *Zeitschr. Savigny St. G. A.* XXXI, pág. 295.

41) Así se ve en los *Fragrn. G-audenziana* 14.

de los contratos consensuales. Por este intento se puede reconocer que según el derecho germánico podía exigirse<sup>o</sup> la restitución de la donación no recompensada o su compensación, a elección del demandado. Como todo préstamo se hace allí gratuitamente, en todo tiempo se puede exigir su restitución.

Pero, a pesar de esto, es indudable que dentro de este orden de cosas puede percibirse un elemento consensual. Así como en el derecho romano fué posible en época bastante temprana, una definición exacta del contrato real por medio de *pacta adiecta*, y de este modo fué protegido desde muy pronto el prestatario en el uso convenido de la cosa, así también en el derecho español se fija un término para la restitución de la cosa prestada —tan a menudo que no es necesaria particular aportación documental sobre el caso— y además, aun sin tal determinación, se prohíbe reclamar la restitución de la cosa durante tanto tiempo como exija el uso para que se prescriba (42).

3. ¿A qué está obligado el deudor con respecto al acreedor en la deuda nacida de delito y en la derivada de contrato real? La contestación a esta pregunta de un modo concreto, no deja de ofrecer dificultades, pero importa mucho para la inteligencia del fundamento de esta cuestión.

a) En el derecho español, como en todos los otros derechos germánicos, la *composición* por un delito exige el pago de una cantidad fija que, sin consideración del daño causado, —una vez— para toda vez que el delincuente es establecida por la ley. La estructura de este sistema de com-

(2) Así un arrendador durante el tiempo del arriendo no puede pedir la cosa al inquilino, «salvo si no le pagare el loguero del tiempo pasado» (Soria., §§ 392 y 390). Por el contrario, el arrendador que al tiempo de la entrega del inmueble ha pactado con el arrendatario, que éste debe hacer en la cosa determinadas labores, puede exigir su restitución cuando estas labores no haya sido hechas, y además puede demandar indemnización de los menoscabos que por abandono del cultivador ocasiona (Soria § 398).

poslc1011 no se puede, naturalmente, describir aquí; sólo se puede hacer observar, de pasada., q11e la semejanza de sus penas pecunarias -por ejemplo, la. que se establece por el homicidio -con la forma escandinava del derecho germánico, es algo que salta a, la vista.

Pero el derecho espaúol sanciona para los delitos contra la propiedad -de entre los cuales como el principal hay que destacar aquí el de robo -otro tipo de composición, que para el presente estudio es de la mayor importancia. Se parte en punto al robo del principio de que se ha de restituir un múltiplo del valor de lo robado -el séptuplo para el poder público y el duplo para el particular perjudicado, o sea el novécuplo en conjunto; a veces, se mantiene el duplo para el propietario de la cosa y junto a él, el novécuplo para el poder público (f). De un modo

••) Y<i. J.a. L. Visigoth. VII, 2, 13, establece la prestación del novécuplo por el hurto; pero en VII, 2., 9, se habla de dupla composición, que a furibus debetur (véase Dahn \Vestgotische Studicu, pág. 210). Estas noticias, correspondiendo a lo establecido en el derecho posterior, deben ser coordinadas en el sentido de que al particular perjudicado por el hurto hay que pagar el *dl. plnm*, representando el novécuplo: o lo que hay que pagar al Estado, o -lo cual es más verosímil -el total de la suma. a par, de modo que queda para el Estado el séptuplo. -Posteriormente aparece la *norena*, como general composición por el hurto; por ejemplo 1-üero viejo N, 3. 2.

La distribución en el sentido de los textos citados aparece posteriormente a menudo. El duplo para el señor y el novécuplo para el Estado, se ofrece en *l'luioz*, pág. 163, Calatayud 1131: *...t. la. trune, qui furtaverit et postea negaverit et litiaverit et cadet, duplet illo habere ad suo domino et novenas ad palatío. Teruel 418 (Cuenca XNf, 17): mando etiam. quod quicumque rem suam tenendo eam alicui petierit et ei probatum fuerit, sicut fur ipsam duplatam pectet et reficiat illi. cui petita fuerit illa causa et insuper pectet novenas palacio, nisi posses: For a.b aliquo ipsa: m emerit, ut est forum. -En Zorita 32.0, se dice: item tod aquel, que su cosn l.eni-endofa. a. alguno otrn la <ltlmaudare, tomela doblada, si el que la mantiene non diere de quila ovo (quizás *ha*) coupra.-3a. -Cuenca I, 23: I>alacii est tota calumpnia forti; qui: L siqui' U.e furto fuerit convictus. habeat palacio snlvre Hovenas et querrmon ioso iurtum, duplatuni. Llorente IV. pág. 136 (FuerZ> de Molina, c. 21, I): la, dron, que por furto lidiare e vencido fuere o*

o de otro se ofrece siempre un tipo de penalidad que en su estructura general se encuentra también en los restantes derechos germánicos (44), siendo, sin duda, notable que ya en una forma particularmente antigua del derecho español se haya llegado también para el hurto, a una composición fija, y que algo análogo se encuentra también en otras fuentes (45).

---

Otro, que por furto fuere vencido, prndado el scnnor del Jmber, :fata que haya el su haber duplado del e despues de lo al juez poT ,las :novenas de palacio. -EI duplo para el propieta,rio- y e;l séptuplo pa.r<J, el Estado se encuentra. también en el Juero Real IV, 13, 2, por e;jmplo: si el home, que fallare alguna cosa, quier bestias o otro mueble qualquier, e no le pregona.rie en aquel dia, que lo fallare o en el segundo dia... mandamos, que lo \_peche doblado a su dueño, las setenas al rey ; IV, 13, 14 : si alguno accusarr a otro ante el alcalde o ante el merino, que fizo a.lgun furt.o e dcspues sin mandado del aquel, a quien se querelló, fizo alguna postura con el, peche las set<tmas al rey. -Boletín XXXVII, página 371, § 21: ((Si prendiere ladron. si quiera cou nna, .ceboylla, por quoanto jurare el dneyno, tanto debe pechar a nobenas, dos al dueyno e siete al palado del seynor. Sepúlveda 54, dispone acerca de la querella por hurto: et si non so salvare, peche el querelloso el danno doblado e peche Ia.s denas, la rneetad a los alcaldes e lo otro m.ietad al scnnor et al juez. 24: : otrosí ninguno, qui;> furtare, si fuere vencido por ello, por la, primera vez pechelo doblado a su ducno et por la seg-imda. vegada pelihclo con las setenas e sea desoreiado et por la otra vega.da sea enforcado. Brihuega, pág. 139, I: peche como ladron et duple a el su perdida et peclie setenas a palacio. -Soria. J!9 (página 217): e peche .el furto doblado al Bennor del furto e la• setenas al rei. -M. Port. leg. I, pág. 371, 1136 Sena: et de latrone, qul frntum fecerit, levet suo domino d'e illo ganato duplnm et rege 7 partes. Pág. 384, 1154 Cintra: se dice lo rni-rno.

44) Brunner, RG. IL pág. 6•13 y ig.

45) avarra V, 7, 1; 7, 1. Aquí se distingue entre una *caloña* al Estado y una *amigadura* al particilar perjudicado -ambas por cantidad fija. Indemnización del duplo al perjudicado y pena fija para el Estado se encuentra. en l\ufioz, plí.g. '137, de comienzos del siglo xrr, J\ledinaceli; qui vencido fuere por fnrto, he el :Curto doblado al rencuroso et al seynor quanto fuere el furto et 60 sueldos a los alc:aldes. Fuero de Aragón I, pág. 239 estableceo para el .perJudic,ado, ya una. prestación fija, ya que «rcddat eam -O.omino», ya que "domino suo c1hm duabus aliis reddat). -Al lado <le esto, una multa fija para el Estado.

Pero lo que para nosotros importa más es la prestación del duplo al particular perjudicado. Hay ocasiones en que este principio aparece de manera encubierta, y así cuando se dice «pectet rem cum novenis» (46), hay que entender que bajo el *pectare rem* se comprende la indemnización del duplo, al igual que ocurre en el derecho portugués que de un modo general adopta el sistema del duplo para el particular y el séptuplo para el Estado -cuando la indemnización a pagar al propietario se designa llanamente como prestación del capital (47).

Este duplo del particular perjudicado se corresponde exactamente con la pena que según el viejo derecho romano llevaba consigo el *furturt nec manifestwm*, pero de esto no puede inferirse que se trate de una serie de penas de origen arío, establecidas únicamente para el robo ordinario, pues un grupo de fuentes españolas muy primitivas, muestra que la pena del duplo, se instituye de un modo general, para todo caso en que alguien, sin fundamento jurídico, tiene o retiene una cosa ajena (48). En una de estas fuentes se dice expresamente que sólo puede retenerse una cosa ajena sin pagar por ello el duplo, cuando se posea en virtud de arrendamiento y se pague el arriendo, estipulado (49); no se ha de considerar, por lo tanto, como una peculiaridad exclusiva del juicio sobre la propiedad de inmuebles, el hecho de que el demandado vencido en juicio, tenga que devolver el inmueble reclamado y además otro tanto (50).

46) Muñoz, pág. 38, 1142 Daroca.

47) M, Port. leg. I, pág. 390, 1162: et de quolibet furto colligat suo domno suo cabdal et paria illa calumpnia et det septima a palacio de manu de alcaldes. I, pág. 553: et furto, quodlibet. sedeat, colligat suis dominis suum cabdal et ipsam calumpnia. dividant per medium cum indice.

48) Teruel 505 dispone para la reivindicación de muebles. sino se puede presentar fiador: et si quis istud complere nequiverit, solvat petitionem illam dupplatam. -Véase además Teruel 418- (Cuenca- XIII, 17) y particularmente Zorita 320 N. 42).

49) Zorita 320 (N. 43),

50) Fuero viejo, III, 6, 7. El demandante vencedor en el jni-

Es muy importante que esta concepción jurídica se encuentre ya en las primitivas fuentes góticas. Según ellas, en caso de prenda indolida se habrá de pagar el duplo, interpretándose esta norma en el sentido de que se ha de pagar la propia cosa prendada y otra de igual valor (51). En otra ocasión se dispone esto mismo de un modo general para toda aprehensión arbitraria de cosa ajena (52). Si alguien tomaba a un propietario más tierra de la que éste le había concedido, era condenado a que *in duplurii reddant invasa* (53). Aquel que a sabiendas compraba una cosa que no era de la propiedad del que se la vendía, y no podía presentar *autm*, debía pagar el duplo al legítimo propietario (54). Análoga responsabilidad pesaba sobre el que vendía una cosa ajena (55), significando estas normas, -las que establecían una responsabilidad para el comprador de una cosa ajena que no podía presentar *autor* y para el que entraba en posesión de una cosa sin título legítimo, -que la responsabilidad por la ilicitud originaria perduraba, cuando el poseedor que ningún título justificativo de su derecho exhibía, se desembarazaba -en este caso concreto, por enajenación -de los bienes referidos. Por último, se imponía también la pena del duplo -de manera encubierta -al prestatario que no quería devolver la, cosa prestada con arreglo a lo pactado (56).

---

có puede reclamar del fiador procesaJ 'del demanda.do «quel peche al tanta eredat como aquella qual ga.no en -iucio>>. -Inéditos de historia. Portuguesa. V, pág. 433, VII (Fuero de Gnarde): todo orne, que herdade revellar sobre a pega.yon ou testru;on, peyte a. dublada en semilla.vil logo por a peegái;on e peyte 60 soldas pe-lla testa..yon.

51) 1. Visig. II. 2. 7. Ingenuus siquidem ea. que cau; a pig. ne- ris abstulit, duplam, id est amissam rem cum simili re, in satisfac- tione. Testitua. t; V, 6, 1.

z) 1. Visig. VIII. 1, 5.

53) 1. Visig. X, 1, 14.

4) 1. Visig. VII, 2, 9.

55) C. Euric. 289 (=1. Bai. inv. XVII, 4) = 1. Visig. V, 4, 8.

56) Así se ve de un modo gen2ral en los *Fragm. Gaud.* 18; si quis ingenuus absconse peculium ad cu, todfrndum acceperit et hoc



Resulta, por tanto, que según el Viejo derecho visigodo se castigaba con la pena del duplo la aprehensión ilegítima de una cosa o la retención ilegítima de algo cuya posesión se obtuvo en su día por un título legítimo. Esta penalidad es también la consecuencia de la *mora* ordinaria (57).

Toda esta exposición se cierra con un principio jurídico general, que a menudo se repite también en el fuero de Teruel-Cuenca y en sus derivados: todo crédito se habrá de pagar duplicado cuando el acreedor inicie el juicio con la demanda de pago que con la citación se acompaña, y el deudor no pague dentro del primer término (58).

---

se postea accepissū ipse neg lverit, comprobetur ei, et reddtt duplum; Gaudenzi: Un'antea compilaziorw di diritto romano e visigotho, p. 178 y sig. ha expuesto ya exactamente que el conjunto de estos pasajes no tiene nada que ver con el derecho romano. Se corresponden en cambio con lo que el C. Euric. 280 (=I. Baiuv. XV, 5 =L. Visig. V, 5, 3) establece para el caso particular de que el prestatario niegue la restitución de lo prestado porque alegue falsamente haber sido robado. Pero la l. Visig. X, 1, 19, establece de un modo general la pena del *duplum* cuando el prestatario no hace lo que según el contrato debe hacer, y esto conduce de una parte a la duplicación del interés a pagar, y de la otra a la restitución del duplo cuando el momento de la restitución llegue.

<sup>57)</sup> R. Loning (Der Vertragsbruch, pág. 99 y sig.), cita todavía este orden de cosas de la manera más detallada; sólo de modo incidental y no del todo exacto, la recoge también Ernst Heymann, Verschulden beim Erfüllungsverzug in *Leistung für Enneccerus*, páginas 51 y 89.

<sup>58)</sup> Teruel l61: quod si aliquis debitum persolvere debuerit et occasione feriarum si placitorum illud pacare noluerit, querendo illi suam pecuniam sive debitum ante illos. Et si vero usque ad novem dies post ammonitionem illum non paccaverit, transactis feriis reddat duplatam suam. 177 (Cuenca. XIX, 21 = Zorita 419); superlevatori debitoris ad 9 dies incautati non detur aliud spacium petendi debitum, nisi ut ipsimet debitum. Et si superlevator ad prefixum diem et indicatum non pacaverit, petet petitionem duplatam sive debitum et cautum 5 solidos, sicut et ipse debitor facere secundum forum. -Según ello se duplica generalmente la responsabilidad del deudor cuando él a pesar de la citación no paga. hasta el término de la discusión. 179 (Cuenca XIX, 23 = Zorita, 421): si rui-

Es indudable que esto no se refiere *sólo* a las deudas dimanantes de contrato real, sino que afecta también a las deudas *wadiadas* -no se registran otras especies de deudas contractuales exigibles judicialmente, -pero el mero hecho de que tal principio rija desde luego para las primeras, explica con toda claridad por qué tiene que restituir el duplo de lo recibido, aquel deudor que deja de contestar la demanda judicial, ya que desde este momento se considera su posesión tan ilegítima como la que lo fuera originariamente por falta de justo título. Para que tales efectos se produzcan es necesaria precisamente la interposición judicial de la demanda; no bastan el simple vencimiento de un plazo ni la reclamación privada. Mientras la demanda judicial no se interpone, el prestatario sólo responde de la simple restitución y lo mismo aquél que sin título -extracontractualmente -entró en la posesión de una cosa ajena en tanto en cuanto obrase de buena fe (59).

Sirve lo expuesto para llegar a un conocimiento sistematizado de algo que antes de ahora no podía explicarse rectamente, a saber; por qué el que recibe un *arra* tiene que restituirla duplicada si no cumple lo prometido. Se ha dicho ya que el fin de la duplicación es someter al incumplidor que la recibe a la misma sanción económica que al incumplidor que la entrega y por eso se encuentra algo análogo en el derecho greco-egipcio, por ejemplo (6°);

---

liter 1<í debitor incautus ad placitum non solverit... ert querelosas superlevatorem non tenuerit, iudex ipsum eapiat et tradat illum quereloso pro petitione et dupplo et canto placitorum. — También el Fuero de Guarda (N. 49) hace depender la duplicación de la interposición de la demanda.

<sup>69)</sup> La restitución por el contrato resulta de un modo inmediato, de los pasajes citados en la 'X. 58. -Pero lo mismo resulta del Fuero de Guawla (N. 50), que en todo caso no sólo instituye la restitución por un contrato, sino que establece la duplicación por la interposición de la demanda, así como la l. Visig. VII, 2, 9 (N. 54) sólo hace responder del duplo al adquirente de cosa ajena que la adquiere a sabiendas de que lo es.

uo) 1\litteis: Grundzüge der Papyruskunde II. J, pág. 186.

pero esto <sup>110</sup> explicaría la incorporación de este principio al cuadro del primitivo sistema de contratación hispánico. Sólo si se piensa en que aquél que no cumplió lo pactado retiene el *arra* indebidamente, sin título legítimo, se comprende que se le imponga la pena de la duplicación; no es que mediante la restitución del duplo se obtenga la facultad para desistir del contrato. El desistimiento se permite aun cuando no se restituya; pero este desistimiento implica una posesión injusta del *arra* y esto es lo que motiva la duplicación.

El mismo pensamiento preside en otro hecho jurídico, cuyas huellas pueden también perseguirse hasta en la legislación visigoda. Hemos visto (61) que el criado sólo se obliga al cumplimiento del contrato de servicio cuando presenta un fiador; pero aun sin tal fiador, cuando ha recibido un salario adelantado, debe restituirlo en caso de desistimiento. Este principio se encuentra ya en la legislación visigoda con respecto al *bucellarius*, palabra que en la versión romanceada, se traduce por *vasallo* y que sin duda significa en la Península, generalmente, *criado* (62). Pues bien, cuando en el Fuero Real (63) al vasallo que se retira del servicio sin presentar a otro que le sustituya, se le exige la entrega del duplo de la *solidata* recibida, no implica esto, realmente, ninguna contradicción, sino sólo una segunda posible variante en la manera de juzgar aquel acto jurídico: o se estima la posesión del salario cuando el criado abandona el servicio sólo como *desprovista* de fundamento, y por lo tanto se impone la mera restitución, o se la considera como posesión injusta y por ello se pena con la duplicación.

<sup>61</sup>, X. 18.

<sup>62</sup>) C. Euric. 310 (=I. Visig. Y, 3, 1; además: Fuero j11zgo Y, 3, 1). El hecho de que, además de, el *bucellarius* abandona la mitad de lo adquirido por otra parte, es una consecuencia de que él ha entrado como un paniguado (Eingebrotet) en la comunidad mobiliaria doméstica (Hofgemeinschaft).

<sup>63</sup>) Fuero real I. 1.º, l. 1.º.

La restitución debe realizarse generalmente devolviendo aquello mismo que se ha recibido, considerándose en caso de duplicación como una parte de la misma, la propia cosa disputada (64) ; pero, naturalmente, también en el derecho español se exige en lugar de la restitución natural, la de su valor, cuando se trata de cosas que pueden ser pesadas y medidas, es decir, de cosa > fungibles (65).

b) La imposición de la pena del duplo para aquel que retiene indebidamente una cosa prestada -ya porque ningún contrato le autorice a retenerla, ya porque el contrato convenido haya cesado en sus efectos y se demande la restitución -no supone más que un caso de aplicación de un precepto de ámbito más general, puesto que esta misma pena de la duplicación se instituye también en el derecho hispano-godo para el caso de que se destruya o pierda una cosa ajena (66). Y de esto debe inferirse que el deudor que lo es en virtud de un contrato real y que ,ao puede restituir la cosa por destru(ción de la misma, responde con el duplo, al igual que si se hubiera negado a restituir la cosa todavía existente.

A la destrucción material de la cosa, se equipara el hecho de desprenderse de la misma por algún acto jurídico que coloque al poseedor que debía restituir en situación de no poder hacerlo. La responsabilidad que en el derecho romano se exigía, a aquel «qui dolo desiit possidern » encuentra su imagen en la legislación visigoda, donde se castigaba con la pena del duplo a quien vendía una cosa ajena (67) ; principio éste que debe regir de un

n4) l. Vis.íg. II, 2, 7 (N. 51).

") Soria, 382: si alguno rescibiere emprestido de otro omme alguno en dineros o en cosa que se vende e se compra por medida o por peso o en otra cosa semejable, torne ell emprestido a aquel que gelo emprestó otro tanto e atal cosa e tan buena e de aquella natura misma, que era la, que el recibió emprestada.

66) Es suficiente paro, la presente relación, citar aquí lo pasajes tomados de la l. Visig. Son estos VIII, 3, l. 5; 1, 4, 20; 5, 7; 6, 1, 2.

67) C. Euric. 280 (=l. Yisig. V, 4, 8 = l. BainY. X\TII. 4); (véase la. anterior X. 5ti).

modo general siempre que alguien, sin contrato o en virtud de un contrato, tenga que restituir algo que no le pertenezca.

La cuestión que ahora debe plantearse es la, de determinar cómo se regula en cada caso la responsabilidad resultante para, el poseedor de cosa ajena., por la destrucción de la misma. Según una de las fuentes debe distinguirse si la destrucción de la cosa es anterior o posterior a la interposición de la demanda. En el segundo de estos dos casos, responde el demandador con el duplo del valor de la cosa, sin que la ley se pare a considerar si medió o no culpabilidad por parte de aquél; por el contrario, en el primer caso, únicamente responde el deudor del mero valor de la cosa perdida, y aun esto, sólo cuando el acreedor hubiera reclamado ya su restitución extrajudicialmente (68).

En algunas fuentes, sin embargo, se regula esta materia de la destrucción de la cosa en el estadio anterior a la interposición de la demanda, desviándose de la norma expuesta, y no con un criterio de conformidad. Así se dispone muchas veces que sólo se debe una compensación -primeramente una compensación natural -cuando la cosa se pierda por culpa del deudor (6<sup>a</sup>); debiendo ser

68) Soria, 378, para la *commenda*. Aquí se le dice al receptor de la *commendata* que no restituye y procede con la cosa, contra contrato: (1) et si en otra manera el gela tomare e non gela. entregare luego a su sennor, quando giela demendidiere e dende en adelante. se perdiere, que gela peche al que géla acomendo, si quier si pierda por su culpa., si quier non; et .si ell acomienda fuere a tal cosa quel tenedor levó o pudiera levar el sennor d'ella esquilmos o frutos, que sea tenuto de gelos dar; (2) et si menos de pleito (menosprecio del procedimiento judicial) non lo pudiere haber, que gelo peche doblado e con "las engueras e con los frutos e los esquilmos. -Aquí se distinguen dos momentos: el primero, antes de la demanda pero después de una reclamación (1), y el segundo después de la demanda (2). En el primer caso tiene que responder el vencido en juicio sea culpable o no, pero sólo del simple valor de la cosa y de los frutos percibidos; en el segundo caso responde del duplo del valor de la cosa y de los frutos.

69) C. Ruric. 278280 (l. Visig. Y, 5, 1-3). Navarra III 10

destacado el hecho de que este principio se aplica también a. Ja restitución de la prenda (7°). De una manera númeroada se plantea a.demás el caso de que por accidente, se, pierdan las cosas ajenas juntamente con las propias del poseedor y se dispone que se debe presumir una culpabilidad en éste, cuando sólo las suyas salva (7<sup>1</sup>). Quizás pueda

---

1: todo ombrc, qui prende cavayllo de otri emprtlo>ta<lo, ;i se Ji muere por culpa, de omhrc, peche el; 2: nnill omne que empresta; su bestia a otro .omne et la pierde, emendar la, prov.an<lo el que la y prestó; contc e1 qui la y prestó quanto valia ata ayno cornplido, quanto li costó.-Boletín XXXVU. pág. 411, § 333 Viguera-ñncs): otrosí, si alguno toviel>e bestia pre;;tada e la perdiele o algun daynnoI Yin0eI-c a toefa. cosn.}H"> tada. tenido es de emcndarla al ,ducynno de la bestia o <le Ja co a fueras si el da,yono vincere por su muert natural e sin su óulpa. § 334.: et. si la commanda furtaren al qui la tenia con otras cosas suyas propias sin su culpa o por fuego o per agoa o per fuerza o por seynnor la pierde, no ,es tenido de la pechar. Soria § 389: todo -omme, que su bestia logare a otro, s'í se muriere o se le perOiere por culpa. del que la. logó, peche la otra tal e tan buena, a su sensor, et si la dannare peche el danno.-Fueros de Aragón I, ñng. 204 a. III, 1247 : quicumque accipit al alio womodatam aliquis animalis et amittat ipsum, am issnm animal dehet reficere domino animalis eo ta.men iurante, quod tantum va.Jebat ictum animal. Sed si locatum fuerit anirnal amissnm. non tcnetur reficere probante vel iurante locatore, qn )d animal est amissum et non culpa sui. Sed si culpa condllctori:- tin imal fuerit amissu m, animal debet emendar€.

70 Boletín XXXVII, pág. 410 (Viguera-Funes), § 328: et i alguno toviere ropa o otra cosa, empeyouo por <laynno que l venga, no es tenido de lesponder. fueras por daynno de fuego o e fieno o sis perdiere o si Óviere grand daynno e manifiesto pnr- u culpa..

71) C. Euric. 280 (=I. Visig. V. G. 3); n proxirnadamente lo mismo en Navarra. III, 16, I. Soria § 374 : qui alguna cosa tomare de otro alguno en acomienda en su caa, ú por quema o por a guaducho o por fnrto o por otra coa atal lo perdiere, si se perdiere algunas co>a de las suias con la agena. si en la perdida non fuere culpado, nou se<i. tenuto de lo pechar ; mas si se perdieren las cosas ,i.g-enas o non las slüa., ea el tenuto de la pechar, e, si perdiel'en con las suias, sea apreciado, quanto Se perdido e quanto se salvo e partan la penlida segund ell aprecia.men.to.-El libro de los fueros no conoce ningu na responsabilidad para el depositario, en caso de hurto.-Fnero Real If, 15, 1, 2, 4,

inferirse del conjunto de estas reglas, que se considera como *culpa*, generalmente, sólo la falta de cuidado ante un accidente ajeno a la voluntad del poseedor y por ello sólo se sanciona con la restitución simple, mientras que todo daño producido por actos del poseedor, incluso antes de la interposición de la demanda se pena con la indemnización del duplo. Sin embargo, yo no me atrevo todavía a formular sobre el particular conclusiones definitivas.

Hay ocasiones en que se hace también al deudor responsable del *casus*. Este principio se formula una vez para el *casus* que acontezca antes de toda demanda de restitución. Así se dispone ya en el viejo derecho godo para aquel que recibe cosas fungibles (72), y lo mismo rige cuando alguien recibe mediante salario una cosa ajena para su custodia, aun cuando aquí se admite la excepción de que la cosa perezca por daño interno (73).

Es también responsable del *casus* aquél que ha recibido una cosa ajena únicamente en su propio provecho, o sea, quizás, aquel a quien se concede el aprovechamiento de una cosa sin exigirle ninguna compensación en cambio (74).

---

establece algo análogo; es significativo que los pasajes paralelos derivados del derecho romano de la Part. V, 3, 4, 15, nada conocen de la limitación de la culpa.

72) C. Euric. 281 (=I. Visig. V, 5, 1).

73) C. Euric. 78 (=I. Visig. V, 5, 1). En Fuero; **cl Anag m I**, pág. 204 a III con pág. 225 a U si uno recibe una cosa por comodatum responde del *casus*; si la recibe arrendada, sólo de la culpa. -Soria § 375: qui bestia o ganado o otra cosa qualquiere rescibiere en guarda o en encomienda por precio o por Roldadia quel dieren o pusieren con el de le dar, si quier se pierda por su culpa, si quier non, sea, tenudo de lo pechar agticllo qll fue dado a el o puesto en encomienda. -Fuero real III. 13, 3: quien cavallo o buey o otra cosa rescibiere en guarda por precio, que resciba dende o que haya de haber, si se perdiere, peche otro tal como aquel era, que se perdió, aunque que no se perdiere por su culpa ni por su pareja, si no se murió de su muerte natural.

74) En la Part. V, 3, 4, en un conjunto por lo demás romano, se dispone: la quarta es, quando la cosa es dada en guarda principalmente por pro de aquel, que la rescibe et non por alj

La guarda de ganado presenta un matiz particular pero muy comprensible: si el animal perece —al parecer precisamente en caso de culpa— sólo responde el depositario de la indemnización de la mitad de daño (75). Anteriormente se ha mostrado ya que una reclamación extrajudicial no motivaba la indemnización del duplo, pero que en cambio, la responsabilidad por la destrucción de la cosa se extendía también al caso de la destrucción fortuita (76).

c) Resulta, por consiguiente, que en la legislación goda, la negativa a la devolución de la cosa prestada que se demanda judicialmente, motiva la misma duplicación en punto al pago, que origina la responsabilidad de bienes ajenos ilícita desde un principio, es decir el hurto, la toma de posesión (Inbesitznahme) de una cosa ajena a sabiendas de lo que es, el daño ocasionado en cosa ajena, etc. Cuando la cosa subsiste, significa la duplicación que hay que entregar, junto con la cosa debida, otra del mismo valor. Si la cosa se pierde después de haber sido reclamada, se ha de indemnizar con el duplo de su valor, sin que, como se ha dicho, se haga distinción entre si el deudor es o no culpable de la pérdida. En cambio, mientras no se haga pública la demanda iniciadora del juicio, sólo responde el prestatario que conserva la cosa, de la simple restitución, al igual precisamente que aquél que de buena fe entró en posesión de una cosa ajena. La demanda de restitución motiva una responsabilidad para el deudor por la destrucción posterior de la cosa, incluso cuando se trate de una pérdida por un caso fortuito. Sin embargo, esta responsabilidad por el *casus* no se exige siempre cuando el encargo de custodia no se aceptó, cuando el

---

Oa. en cualquier de estos casos, aunque la cosa, que es dada, en depósito, se pierda o se dañe o se empeore por ocasión, tendrá es el, que la rescibió en guarda, de la pechar ia aquel, que gela, dió en condesijo. -- l-fay que citar además aquí el comi...nzo de los Fueros de Aragón I, pág. 201 a UI (N. 69).

75) Teruel 418 (Cuenca XIII, 16).

76) N. GS.



préstamo no se hizo en provecho exclusivo del prestatario o cuando no medió un contrato de préstamo (77).

Si se comparara ahora este sistema con el que, por otra parte, ofrece el derecho germánico, se ve, sin duda, que en este punto no han sido siempre estudiadas suficientemente las fuentes sudgermánicas. Es un hecho de que se imponga una pena al deudor que demandado judicialmente persista en su morosidad (78), no ofrece ninguna variante con el derecho gótico, pues también en éste es lo decisivo la reclamación del demandante con que se inicia el juicio, e igualmente, según más adelante se ha de tratar detalladamente, se impone una pena pecuniaria al demandado moroso; de modo que la imagen es la misma. En cambio, la *ai'latura* de las fuentes francas, que a veces se presenta como guardando conexión con estos principios, no tiene nada que ver con ellos -según yo demostré hace tiempo (79), -pues se trata simplemente de una indemnización por la demanda, (Klageinsatz) que tiene que pagar al demandante el demandado vencido en juicio. A mi entender, el derecho franco, en esta cuestión de la duplicación de lo reclamado -que es la que ahora nos interesa, ... se encuentra en abierta oposición con el derecho hispano-godo. La duplicación en el territorio franco sólo se descubre en un uso muy restringido, con respecto a los censos o intereses debidos, únicamente (80), y aun

---

<sup>77)</sup> La cuestión sobre si la imposibilidad subjetiva de hacer efectiva la prestación, libra o no de culpa, que también ahora se discute con respecto al viejo derecho germánico, carece de importancia para el contrato real y sólo la tiene para las prestaciones derivadas de promesas no formales y *vadierten* que no presentan una mera restitución de lo recibido.

<sup>78)</sup> Esta consecuencia ha sido observada por todos. Véase por ejemplo, últimamente a Heymann; obra citada antes, pág. 45 y siguiente.

<sup>79)</sup> Deutsch-französische Verfassungsgeschichte I, pág. 157 y siguiente.

<sup>80)</sup> R. Loning: obra citada antes, pág. 254. -Heymann: obra citada, pág. 67. -Sobre la forma hispánica hay que recordar sin duda a Warnkonig: Flandrische RG., II, UB. N. 2, § 4 (Loning: pag. 251).

entonces es muy posible que se trate de un derecho consuetudinario que se haya formado poco a poco por la influencia de la práctica romana, consistente en establecer la duplicación como pena convencional. Por el contrario, la forma gótico-hispana se repite con la misma extensión y con idénticas estipulaciones en el derecho noruego (8<sup>1</sup>), al paso que en los derechos sueco y danés se establece para el caso de mora una pena pecuniaria fija (8<sup>2</sup>).

Saliendo de la esfera germánica., se encuentra la pena del duplo en el derecho romano con motivo de la *actio furti* y para el demandado que temerariamente impugna, la demanda. Esta última duplicación, que sin duda no se mantuvo mucho tiempo de un modo general, guarda alguna relación en punto a sus raíces con la duplicación gótico-noruega.

Lo primitivo, por consecuencia, fué la duplicación, pero este principio en muchos derechos germánicos ha cedido su puesto a una pena pecuniaria fija..

JII. -NATURALEZA DE LA ACCION QUE DIMANA DE UN COX-  
TRATO REAL. I. Hasta ahora se ha mostrado que al deudor que no devuelve la cosa que le ha sido prestada y se hace demandar en juicio, se le considera exactamente lo mismo que a todo aquel que sin derecho posee una cosa ajena; pero con esto, todavía no se ha resuelto una última cuestión : la de determinar si la acción del que ha prestado la cosa es una acción real o una acción personal.

Allí donde por virtud del préstamo pierda el prestamista la posibilidad de hacer valer su derecho a la cosa contra todo tercero, por ejemplo, donde rija el principio, supuesto como general de los pueblos germánicos : « Hand muss Hand wahren »<sup>1</sup>, debe considerarse la acción que resta al prestamista, como una acción personal. Pero a este respecto es de la mayor importancia el hecho de que tal principio se excluye muchas veces en el derecho espa-

s1) v. Amira II, pág. 456 y sig.

s2) Pam Suecia v. Amira I, pág. 415 y sig., - l'a.ra Dinarnar-  
ca es particularmente importante Erih Saellanke lov III, 43.

ñol de una manera expresa (8<sup>3</sup>), no siendo reconocido tampoco por el derecho escandinavo (84), tan íntimamente

83) En la edición alemana de este libro he fundado y el punto de vista aceptado en el texto. Pero al mismo tiempo, el distinguido investigador portugués M. P. Jheréa (Instituto LXVIII, N. 9. y ahora en Estudios de historia do direito, p. 87 y sigs.) ha defendido la validez para Iberia., de los principios jurídicos alemanes, y en un suplemento de sus trabajos se ha pronunciado en contra de mis conclusiones. Es, por tanto, necesario examinar de nuevo la materia totalmente.

Dos puntos quedan firmemente establecidos de antemano.

Jheréa está de acuerdo conmigo en que el C. Eur. c. 289 y la l. Visig. V, 4, 8, c. Eur. 280 y l. Visig. V, 3, 3, permiten una reivindicación de las cosas muebles, o sea que nada se indica en estas fuentes, sobre la vigencia del principio «lfand muss Hand v'ahren». Con ello quedan ventiladas las afirmaciones de F. Dahn: Westgotische Studien, pág. 92, Schnpfer: Il diritto privato dei popoli germanici II, pág. 163. A. Schultzo en Festgabe für Dahn I, pág. 5 y sig.; y fúnner RG. II, pág. 510.

Da.da, la formación de las fuentes del derecho visigodo, es indudable que esta norma pudiera ser también romana. pero induce a pensar en contra de esta hipótesis, el hecho de que no sólo la l. Visig. sino también el código euriciano mantiene igualmente este punto de vista.

Yo estoy de acuerdo con Jheréa en que la reivindicación mobiliaria de las fuentes hispánicas es una construcción puramente germánica. En efecto, no hay duda de que la serie de "fiadores (Gewahrenzug) es algo germánico y Jheréa encuentra semejanza con la costumbre en España, en las viejas limitaciones sobre el tercer autor y en las antiguísimas y muy notables aplicaciones de este procedimiento judicial en punto al tercero, también sobre las transmisiones de inmuebles (§ 2, N. 58-63); al lado de esto se ofrece a nuestra consideración el hecho de que se pueda contestar a una demanda reivindicatoria alegando que lo que se reclama es algo de propia producción (*Züchtung*) del demandado.

Es también importante, y hasta ahora no se ha traído a discusión, el hecho de que al menos en los siglos XII y XIII, puede el demandado dejar de presentar la serie de fiadores y limitarse únicamente a negar que el demandante haya perdido contra derecho la posesión de la cosa que reclama, al propio tiempo que se decide sobre las afirmaciones del demandante —al menos cuando se trata de objetos de valor —por medio de la *pesquisa*, es decir, por un interrogatorio hecho sobre la cosecha del deber de testificar que a todos alcanza (así se ve en Soria, § 552).

Yo insisto, por lo demás, en que las fuentes hispánicas desconocen el principio "Hand muss Hand wahren, a tal punto, que

emparentado con aquél, y esto conduce a conjeturar que acaso el referido principio sea en aquellos derecho.s gcr-

después de nuevas reflexiones no puedo convenir ni a11n en que una sola fuente lo sancione.

Los pasajes que siguen, son a este respecto decisivos. El Fuere.> da Viguera-Funes es decir, una de las formas más antiguas del Fuero de Sobrarbe, testimonia la acción del propietario de muebles prestados, contra un tercero, al cual los haya enajenado el prestatario, al disponer; (O)trosi todo orne, que. tobiere be1stia logada o prestada o otra cosa e la empeynare o la vendiere o ce la t.obiere en empeynos por clamo que aya, suyo o ageno, el dueyno de la bestia o de la cosa puede la facer por suya (Boletín XXXVII, pág 382, § 115). El mismo punto de vista precisamente presenta el Fuero de Soria: en el § 552, ya cita.do, se JXl]rte de que el demandado no llama en su apoyo a un fiador, sino que simplemente niega que el demandante tenga todavía un derecho sobre la cosa, y entonces se decide sobre ello, por la pesquisa. El demandado a.fir.wa que el demandante "la (cosa que se reclama) non perdio por furto o que de otro alguno rescibio pecho della (posteriormente se añade todavía la prescripción de la acción): o que el tiempo era passado de el día que el furto f'ue fecho). -G<»uo se ve, bastan aquí para la anulación del derecho del demandante, la prnscricción y la pérdida voluntaria; de la posesión en virtud de una enagenación retribuída. pero 10 el préstamo. Se comprende, por lo tanto, que los otros pasajes (Meréa, pág. 97) en los cuales el fuero de Soria haco jurar al demandante únicamente *que ha perdido la cosa*, significan sólo una manera abreviada y no enteramente exacta. de hacer destacar el caso principal que motiva tales demaudas, rmando, generalmente, no se conider.a como hurto la malversaci(m de la. cosa prestada por el prestatario, según prueba lo que sigue:

En una ocasión (§ 560) se afirma por el reivindicante que «mm- ca v;endio nin la rñ;al metio nin la enageno)), la cosa de que oo trata (así se ve también en Alcalá de Henares c. 180). Et.e «mal meten significa sin duda 110 la destrucción física (cf. Zamora § 39) sino la disipación, la venta por un precio insignificante, según. se atestigua de hecho eu el § 552, donde se distingue entre el caso en que se haya pagaa el precio correspondiente y 'lquel otro en que el precio pagado no guarde propmción por su insignificancia, con el valor de la cosa. Es decir, que este *mal meter* es, en realidad, un regalo encubierto y, por lo tanto, no constituye, naturalmente, ningún argumento en contra mía (Meréa, página 107) el hecho de que en el § 550 se hable de (<malmeter a el o a otro". Con eguri<lad que esta palabra nada tiene que ver con

mánicus en que aparece generalmente, una formación tardía (85), con lo cual se logra la más profunda explicación

la palabra *prestar*, según atestigua también el Fuero de Brilnaga, página 152, donde no se dice nada de *prestar* o *acomendar*.

Y aun cuando es indudable que en cierta ocasión aparece el *acomendao* entre las causas originadoras de la pérdida de la posesión de la cosa motivadora de la demanda (por a. r. g. que fue dada o vendida o *acomendada*) hay que pensar que aquí de lo que se trata es de la supuesta existencia de un préstamo de la cosa, hecho por el demandante al demandado, préstamo cuya existencia niñga ahora el reivindicante, y que de ser cierto facultaría al demandado (Sorio. § 385) mientras subsistiese, a contestar la demanda reivindicatoria con la exhibición del correspondiente contrato.

A la par que estos pasajes, se encuentran otros en los cuales el demandante al enumerar las causas generadoras de la pérdida de la posesión de la cosa cuya reivindicación pretende, niega que existan el *prestar* o el *encomendar*. Así en el fuero de Alba de Tormes § 2., se dice: «por que la furta. ron e la. pcrdío e non lo dio nin lo vendió ni lo pre. ita...», y en el Fuero de Ilrilmega., página 142, se alega a este respecto «que ni lo vendía ni lo presto ni lo dio ni lo empeño ni lo malmetio». Estos pasajes presentaban yo en la edición anterior como un, por lo posible documento comprobatorio de la restricción de la reivindicación cuando mediase un préstamo; ambos pasajes atestiguan, por lo demás, que se distingue entre el dar y el prestar (también en Teruel 505 = Cuenca XL. 7) y lo mismo entre el dar y el malmetter, que el uno significa lícitamente la donación sin recompensa y el otro con recompensa insignificante en relación con lo que se da.

Pero todo los pasajes en los cuales el demandante afirma que él no «dio» ni «vendió») ni «empeño» ni «enagcno») (Pueros de Aragón I, pág. 239 a II 1247, II pág. 68 § 12; Usre 214 y los pasajes de aquí derivados; el libro de los fueros 4; fuero Viejo II, 3, 1; Terne) 509 (Cuenca LX, 7); Salamanca 145) hablan, sin embargo, de la reivindicación contra una cosa cuya posesión se haya perdido por causa de un *prestar*, que ellos no mencionan antes y que, como se ha demostrado, debe ser diferenciado del dar.

La no vigencia del principio «Hand wahre Hand») ha sido entera y ampliamente documentada con respecto al territorio noruego; así se ve particularmente en Gulath. L. 49, 50; Gxaga, Kenungs. 22-4 = Stadharholsb. 204 (Brandt, Forelaesninger over den norske rets historie I, página 205). Es para mí incomprensible como v. Amira, Grundriss des germanischen Rechts\ página 204, N. 0, puede negar esto; en Gulath L. 251, donde él se apaga, debe el demandante no decir más que «tlat er hans fe ok

del contrato real hispánico. A saber: que la obligación de restituir dimana, en último lugar, no de un convenio, sino

hann gaf eigi ne gja,llt oc eigi solum sellde»; es, por tanto, una mera *actio principii* el que v. Amira equipare esto con la enajenación voluntaria y comprenda también el préstamo dentro de esta. (Norma.

El derecho danés sostiene este mismo punto de vista, el cual es mantenido todavía por las secuelas posteriores de este derecho frente al desviado derecho de Lubeck (Larsen: Samlede skrifter I, pág. 420). Ya anteriormente regía este principio. En Skanel. (ed. Schlyter), I, 144, se parte en primer término con respecto a la reivindicación mobiliaria, del hecho de que se defienda el demandado, alegando que la cosa que se le reclama se la ha dado (*salde*) -el demandante; pero cuando uno demanda diciendo que él ha dado al demandado la cosa que se litiga «so wæ•ri hin, aer hande mellin havir 3eJlear hin lose, sae k•enner, swa sum fór a.er saght», es decir (cf. l. 137), que el demandado puede entonces defenderse con el principio general, alegando que la cosa que se le reclama es de su propia producción y negando que la haya adquirido por algún modo de adquirir de los llamados derivados. El demandante, por su parte, acude a la prueba (losae... maeth halvi tylft io. 137. Si aquí fuera excluida la posibilidad de demandar la reivindicación de la cosa, poseída por el prestatario, hubiera sido dicho esto en este pá... saje, expresamente. — Eu Jydske J. II, '10, donde se permite el embargo de las cosas que al deudor ejecutado han sido prestadas por un tercero, se limita esto expresamente al caso de que el préstamo se haya hecho a un hombre que ya haya sido vencido en juicio y que posea así las cosas hasta que el *laghaehæfd* entre; se desprendo de aquí, sin embargo, que cuando alguien preste a

uno que no sea un vencido en juicio, el acreedor de éste último no puede prender las cosas por aquél prestadas; así se ve Ste-man, Den danske Rets historie, página 491, frente a Kolderup-Rosenvinge y Larsen.

Las fuentes suecas son neutrales y no contienen ningún documento. Lo que v. Amira aduce -Obl.-R I, página 347, N. 5. — nada prueba en absoluto: Oestg. L. Vinsb. 1:3 dice sólo que el demandante puede resignar la cosa como *rantaket*, pero no que toda reivindicación mobiliaria debe fundarse así. -Oestg. L. Bb. 46 dice no más que el comprador de una cosa que procede de hurto, puede probar cómo él ha adquirido aquella cosa, y con ello evitar la sospecha del robo por su parte. -De las cosas de que el demandante se haya desprendido voluntariamente, es claro que no puede tratarse en tales pasajes.

<sup>85)</sup> El principio «Hand muss Hand wahren, según acredita un examen exacto, no se encuentra en las fuentes germánicas del

del derecho a la cosa que el demandante tiene, frente al cual el demandado no puede alegar ya ningún derecho a su po-

sur, tan difundido como ordinariamente -sin aducir ningún documento -se afirma, y como también yo he aceptado anteriormente. Sin duda en el derecho anglosajón como en el sajón, parece haber regido aquél en todo tiempo : así permite (Bateson Borough customs I, pág. 148) el derecho londinés del siglo xn, que el acreedor de un prestatario prende también las cosas prestadas e invita al prestamista a embargar al prestatario. Pero te>-davk" es necesario entrar en indagaciones para, ventilar si existe quizás una oposición entre el derecho germánico del Sur y del Este, o si también en el derecho germánico del sur el principio «Hand muss Hand wahrern sólo ha penetrado aisladamente. -La mayoría han laborado con los documentos del derecho bávaro y longobardo. Sobre esto, la l. Baiuv. XVI, 11, es neutral ; suministra sólo el ejemplo de lo que debe afirmar el autor (Gew.chre). Por lo demás, respecto al hecho de que, como Brunner pretende (II, pág. 511, . 100), retuviera la cosa el poseedor a pesar del vencimiento del garante, ni una palabra dice el pasaje de referencia, y ello repugnaría a todo lo que, por otra parte, se muestra como vigente.-Pero la l. Baiuv. XV, 4, y lo mismo Liutpr. 131, que tradicionalmente (por ejemplo Brunner II, pág. 509, lfoister, Fahrnisverfolgung und Unterschlagung im deutschfil Recht, p. 2:l) se acostumbra citar a este respecto, no prueban absolutamente nada; pues en Li.utpr. 131 el ((restituatur t-cs) no se refiere como el «si postea ipse furtus inventus fuerit a la restitución natural por el prestatario de la cosa robada, sino a la indemnización de su valor. La l. Baiuv. XV, .J, dice sólo que el prestatario, si encuentra la cosa robada debe restituirla al prestamista, y no que el prestamista no pueda recuperar directamente la cosa robada.

Yo quiero ahora bosquejar brevemente cómo imagino, el desarrollo de esta idea, aplazando para otra ocasión una exposición más exacta. -Como anteriormente (§ 2, N. G3) se ha mostrado, el principio con su limitación sobre la persona del tercer autor se aplica no sólo en las demandas sobre bienes muebles, sino también en las demandas sobre inmuebles del derecho germánico, esto es, en el ejercicio de la acción real en general. Según esto, es en mi opinión claro que en la presente controversia la contestación a la cuestión planteada debe versar sobre si este principio tiene relación con los vestigios ulteriores (IUe se han encontrado).

Pero de otro lado se observa primitivamente que el concepto germánico del hurto no se determina según la moderna delimitación del mismo, sino que, bajo el hurto, como en el viejo derecho romano, se comprende también la malversación (así pueden verse casos de esto en Brunner II, pág. 650 y sig.; para el Lenitorio del Norte, véase por ejemplo Stadharholsb. 182 [Gragas II, página

sesión. La demanda supone, en este caso, una reivindicación que sólo puede ejercitarse después que haya cesado la finalidad jurídica que motivó la entrega de la cosa, al demandado.

2. De todo esto se desprende también, cuál hubo de ser la formación primitiva de la responsabilidad transmisible hereditariamente. Según las fuentes españolas, las de-

220 arriba] y además J. Brandt, *Fmelaesninger II*, pág. 97. Sobre todo, el derecho visigodo, mantiene también este punto de vista [c. Euric. 280, l. Visig. V, 5, 3; V, G, 2], lo cual no puede ser tenido — como hace R. Léning, *Vertragsbruch im deutschen Recht*, página 99 — como contrario al principio de referencia). —El concepto del hurto se extiende también, de un modo especial, sobre los inmuebles cuya posesión se hubiese tomado contra derecho, como lo prueba ampliamente, por ejemplo, el delito frísic de *raf* (*londraf*).

Es decir, que con respecto a este principio, se considera como un único delito indiferenciado la posesión consciente de cosa ajena sin título que la fundamente, y contra un tal poseedor considerado como ladrón e dirige la acción real que a través de la presentación sucesiva de fiadores (*Ge.viihrenzug*) vuelve de nuevo siempre, en último término, contra el considerado como ladrón. Dimana por lo tanto, entonces, toda acción, de la existencia de un hurto, de un robo.

Más tarde, por el desarrollo del derecho público penal. sobre todo, se restringe el concepto del hurto y se diferencia de él primeramente, la malversación, que o se considera como delito menor, o — como en el derecho sajón ocurre, — como libre de pena (así se ve en los documentos reunidos por Léning, página 393 y siguiente). Esto, verosímilmente, sólo habría conducido — y todavía no siempre — a que en el (Anfangsprozess) juicio inicial quedaría el último autor vencedor del denunciante si aquél afirmase que éste le había prestado la cosa demandada y por tanto debía, en verdad, restituirla., mas no en el juicio de referencia; como en aquellas fuentes medioevales que generalmente conocen el principio «I-länd müss Hand wahren» se ha llegado rnyy a menudo a suprimir también este desplazamiento sobre los autores y se concede al demandado el derecho a su propia defensa. En ellas, cuando todavía, según la vieja costumbre, el demandante afirma haber perdido la posesión por robo, el demandado es suelto, si prueba que no ha acaecido un hurto estricto, sino que el primer autor posee la cosa en virtud de préstamo del demandante. Esto constituye una evolución que se ajusta, a las necesidades de una vida comercial más activa y representa una reforma no voluntaria,



mandas sobre multas (Bussansprüche) no podían seguirse contra los herederos del obligado, excepto cuando ya hubieran sido interpuestas judicialmente contra éste en vida suya; en cambio, todas las cosas del demandante que estuvieran en posesión del demandado, debían ser restituidas por los herederos de éste. Poco a poco, se fue también a la transmisión hereditaria de la obligación de indemnizar cuando no pueda tener lugar la restitución *in natura* (86).

<sup>86)</sup> Estilo 67 : «esto (análogamente se expresa el Fuero mal IV, 13, 9) se entiende, que el heredero es tenido de hacer tal emienda, como aquel de quien es heredero, si fuese vivo, si sobre aquel furto, o sobre otro qualquier mal fecho hobiese estado demandado aquel de quien es heredero e fuese el pleyto comenzado por demanda e por respuesta, ante que muriesen ... mas lo, que hobo en el muerto de la cosa furta da o robada bien lo puede demandar al heredero, nmguer no gelo hobiesen demandado en su vida, aquel de quien es heredero. -Aquí se muestra repetidamente que el heredero responde no sólo de la restitución natural, sino también de la indemnización del valor. -La disposición del «dolo desiens possidere» se transmite al heredero. Así se dice en los Fueros de Aragón I, pig. 174 b. 11: «heredes latronis poenam patris non subeat; damnum tamen reficia, t. conquernti aut haereditatem latronis dimittat»; lo mismo dispone I pág. 175 a 1 «penitus sine mtiorm consanguinitatis eam posside::i.t, sive ex t. f. st. armento». En todo caso no dice más el Boletín X.XXVII, pá.g. 414, § 35: «todo orne, que heredare bienes do ladron o de malfeytor, tenido es de responder e emendar a los querellosos,». -Supone un cambio, consistente en que al heredero se le hace responder de la demanda de indemnización, el hecho de que según Soria B § 571 (aun no Soria A § 571) el heredero no responde siempre de las calañas, pero en cambio responde no sólo «por el furto» -lo cual todavía armoniza con lo dicho antes de ahora, -sino también «por las heridas del [ricio,, -Que el heredero de un deudor que lo sea por algún negocio jurídico, no responde de esta deuda, lo declara Teruel 425, pigs. 225/ 22G (= Cuenca XX,IX, 17) con referencia a un caso concreto: it-ern si cristianus pro sua pecunia iudcum debtole-m receperit et iudeus uxorem alit filios habuerit, cum eo se faciant debitores ; quia si debitores ut dictum est, non se fecerint, et iudeus creditor obierit, sive affugerit, uxor eius sive illius filii pro illo debito minime respondebunt... Sintiliter si iudeus pro pecunia cristianum debitorem receperit et uxorem et filias cum eo se debitores non fecerint (Cuenca XXIX, 17; Zorita 593 muestra que justamente <lebe ser leído: et uxor et filii cum eo se debitores non fecerint)

Si se tiene en cuenta ahora que la mera promesa no origina ninguna obligación y que la *palmata* sólo motiva la imposición de una pena pecuniaria contra el infractor, resultará que el heredero del deudor responderá únicamente de la restitución de lo prestado (incluso del *arra*). Un semejante estado de cosas, se altera sin duda, decisivamente por la mediación de la *wadiation*, según se describirá más adelante.

3. Sobre el terreno del puro contrato real se forma también, bastante simplemente, el derecho de prenda. Cuando sin que medie *wadiation* se promete alguna cosa, no existe, en absoluto, otra posibilidad de conseguir, aunque indirectamente, alguna acción jurídica para hacer eficaz la promesa hecha abstracción del aseguramiento penal por *palmata* y posteriormente por *homagium* que la entrega de una cosa del promitente, la cual debe ser restituida cuando éste ha cumplido lo que prometió. Es decir que la institución de una prenda no es otra cosa que una especie de préstamo, cuyo fundamento jurídico cesa con el cumplimiento de lo prometido por parte del dador de la prenda.

Una confirmación de este proceso ideológico es, el hecho de que la *L. Baiuv*, tan próxima al derecho gótico, designe de un modo expreso al *arm* como un *quasiipignus* (87), pues

---

et si christianus fugerit vel obierit, filii sive uxor indeo non respondeant pro illo debito. -Una *u:adiation*, que produciría el resultado opuesto, no es posible entre cristianos y judíos, porque ella, en definitiva, implica una recepción en la comunidad familiar. La Partida VU, 13, 2 llega, con respecto a la responsabilidad por delito, al mismo resultado que los pasajes arriba citados. Sobre este texto de la citada Partida puede uno remontarse al Fuero Real XI, 13, 9, sin que esto signifique que se encuentre aquí la embocadura del derecho germánico, sino que, por el contrario, la legislación de Alfonso X mantiene, por lo demás, enteramente y en absoluto el sistema romano de la responsabilidad hereditaria (Art., VI, 6) y así la Partida VII, 13, 2, no es otra cosa que derecho romano que partiendo de un punto de arranque enteramente diferente, llega al mismo resultado que el derecho germánico en la regulación de la obligación dimanante de delito.

87) *L. Baiuv*. XVII, 3.

en realidad por la institución de un *arra* como por la de una prenda, se fuerza también al cumplimiento de una promesa ; la diferencia estribará, sólo, en que el *arra* no puede reclamarse por el promitente una vez cumplido lo prometido y el *pignus* sí.

De esta situación del *pignus* resulta, que en tanto en cuanto puede lograrse mediante él una responsabilidad concreta sobre una cosa, no es preciso que se introduzca a su lado otra responsabilidad general sobre los restantes bienes del deudor. Es posible empero, sin duda que alguien instituya una, cosa. en garantía de otra recibida, y entonces junto a la responsabilidad de la, cosa. que dimana del derecho de prenda existe aquella otra responsabilidad que dimana del contrato real.

Posteriormente se mostrará que bajo el influjo de la *wadfuor*. se forma un nuevo derecho de prenda enteramente distinto (88).

## § 2. La fuerza obligatoria ( *geltendmachung* ) de las obligaciones dimanantes de delito <sup>1:1</sup> de contrato real

I. OJEADA DE CONJUNTO.- De lo expuesto hasta ahora ha resultado que únicamente existen obligaciones dimanantes de delito y de contrato real; estas últimas no significan otra cosa. que la facultad que deriva del dominio para exigir coactivamente el cumplimiento de una prestación -ya de un modo directo la restitución de lo entregado, ya de un modo indirecto el cumplimiento de la prestación prometida por la otra parte contratante, según la voluntad de aquél que hizo la entrega de la cosa.,

Ahora la cuestión a estudiar, decisiva para el conocimiento de la esencia de estos vínculos obligatorios, versa sobre los medios que pueden emplearse contra el incumplimiento del deudor así obligado.

Cuanto más culto es un derecho tanto más se desarrolla

---

88) § 5, III. 1, a, p.

en él la tendencia a proporcionar una satisfacción económica, al acreedor, concediéndole una acción para exigir por lo menos el pago de una indemnización en caso de incumplimiento, si es que no se fuerza al deudor directamente al cumplimiento estricto de lo prometido. En la primitiva -Obligación hispánica -siempre haciendo abstracción de la *wadiation* -- se desconoce, por el contrario, la existencia de una acción de tal naturaleza; aquí el incumplimiento de lo pactado, motiva sólo la privación de la paz contra el deudor y la confiscación de sus bienes en beneficio del Estado, efectos estos que jurídicamente suponen un verdadero exterminio del deudor moroso, pero que no proporcionan al acreedor ningún beneficio directo; ni siquiera por la vía de la prenda privada, puede este obtener alguna satisfacción pecuniaria por su crédito.

Este sistema ha cundido, sin duda, al de la *wadiation*, condicionado en términos enteramente diferentes, y en el cual se proporciona una satisfacción directa al acreedor, ya por el camino de la prenda privada, ya por el de la ejecución pública de los bienes del deudor.

La comparecencia en juicio de un deudor y la prestación de una promesa procesal implica siempre la institución de una *wadiation*, a tal punto que únicamente se puede descubrir un derecho a una ejecución judicial para satisfacer un crédito como algo existente por sí sólo, sin emanar de una *wadiation*, en los casos en que el deudor se haya colocado en rebeldía y no haya prestado la promesa procesal. Nos conduce nuestro estudio, por lo tanto, a intentar una descripción del procedimiento judicial seguido en España en caso de rebeldía.

**II. APERTURAS DEL JUICIO, INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR CITACIÓN DE UNA ACCIÓN-1. a).** La citación se presenta a veces como una explicación ante testigos -generalmente dos -que el demandante hace al demandado (1): por eso

---

1) Teruel Hil (véase la X. 58 anterior). Soria, § 120: todo aquel, que oviere querrela de otro omme alguno, empiazelo con dos vecinos de la viella.

se designa también este acto con las palabras *testare, testificare, testamentum* (2).

b). El *parM fiel* que se entmtra también en ocasiones, en el derecho del Occidente es decir, en los fueros de Salamanca., Ledesma y Alba de Tormes, en el de Usa,-gre -Oáceres y en los cuadernos portugueses derivados de ambas fuentes, versa sobre este mismo acto; pero para su explicación hay que partir previamente de las notieias recogidas en el «Libro de los fueros» formado en la Castilla oriental.

Según esta, fuente, presentan las partes litigantes al menos uno por cada una de ellas «*fiel.e, de pregunta o de juysio*)». El nombramiento ele estos *fiel.e* se hace por los interesados en común, o si no se pusieran de acuerdo, por sorteo, debiendo rec.aer sobre algún vecino de alguna. de las aldeas pertenecientes a.l partido judicial ( *Gerichtsverband* ) y los así nombrados deben entrax, sin más, en funciones. Como se ve, estos *fiel.e de pregunta* son, evidentemente, idénticos a los dos *pesquisiöores* nombrados por los litigantes que reciben en el juicio las declaraciones de los testigos. En otras ocasiones, aparece el *fiel, -tanto* en el derecho oriental como en el üccidental -como una persona designada para realizar urH información pública, imparcial, sobre a.lgúrl extremo del juicio (3). El

2) Teruel 191 ( =Cuenca XXIII, 20: Zorita 401): *similikt si debitar ad regcm vel in a.requa vel in a.liis predictis negociis ire voluerit et antequam exeat, querelosus cum rluobus vicinis illum testificari potuerit, monendo illum, ut persolvat debitum et si antequam recdda.t, dcbitum non persoh'!Crit. nec quereloso suo sal.isfecerit. deinde querelosus pignoret in domo illius debitoris cotidie et ad forum non cxeat uxori vel filiis sive alicui, donec suum debitum recuperet.* :Muñoz, pág. 438, :Mcdinaceli 1124 (?) qui oviere a testar por \_p€ndrar otra die, tie tc con 3 ommcs ; pág. 519, Lara 1135: *cui deman<laverit per a.nt-e iudicern cum sigilo et non voluerit venire, pectet l. sol. ad palatium ; qui receperit testmnen- tum de sajone 5 sol.*

3) Sobre *fiel.e de pregunta* o de *ju.yisio*, véa.se el Libro de los fueros, c. 143 y (con mejor texto) c. 192 y c. 238 ; adom<is Salamanca 249. -Sobre los *pesquisiöores* c. 14fi, c. 208 y c. 227 y sobre su identidad con los *fiel.e* c. 193. -Sobre *fiel.e* para la percepción imparcial de otros hecho procesales: libro de *los fue-*

derecho de los territorios del Oeste nuestra también la existencia de *fiel* que podía llevar consigo el demandante en sus requerimientos al demandado para prever el que este último los negase después. Esta aduación del demandante se llama *parar (demostra) fiel* y el hecho de acudir a la intimidación por parte del demandado *venir a fiel* ("), siendo indudable que muchas veces no se trae el

iros c. 188, y 238 (acerca de la presentación en el juicio de un fiador); Alba de Tormes c. 61 y 78; Salamanca. 88 y Ledesma 382..

() Usagre 10: tot (demandado) ome a quieH demonstraren fiel et fiel dixere «fiel so» et no quisier ir ante alcalde, pectet ei 1 moraveti. Et si el fiel sea de los escritos del patron et si no quisier ir el fiel ante el alcalde e decir «fiel so» pectet 1/2 moraveti a aquel con que fiOn quier ir. Otrosi, qui iurarn fiel ú mm;trare plazo a so contentor et non quisier ir ante alcaldes. pectet 1/2 moraveti a so contentor, porque le faz perder su obra. 28, qui rancura babuerit de clerici, prend fiel clerico et layco et parele fiel et iudicent suo indicio el vicario vel qui tovier sus vczes con 1 alcaide laico. 33: vezino de la villa, que rancura ovier de aldeano, parele fiel 1 vezino aldeano, ut veniat ad suarn portam a tercera dia de sol a sol et si non venerit pectet 1 moraveti suo contentori. Et alio die ante de los prazos meta su bestia et barria sobrela; et si non quisier barrar meta al fuero et quantas uon metiere, tantas morabetis pectat ei. Et quando venier a la villa, de casa con peños suo debitore. Et si el de la villa invenerit al aldeano en la villa, monstret en plazo curo 1 fidel pora otro dia exida de misa matinal, a collacion conombrada. Et sil idemaThdar casa con pennos, hi ge la de. Et si el aldeano venier a, plazo et non onier el de la villa,, peccot ei medio morabetino si fuere vezino et si morador fuere, lo meatat. Et si el de la villa venier et el aldeano non, pectet 1 moraveti suo contentori. 34: aldeano qui rancura ovier de aldeano, parele fiel con un vezino aldeano o de la villa, ut sit ad terciu die ad funestram Marie de sol a sol et dele casa con penos, le este a derecho. Et si non viniere o casa con pennos non le diere, pectet 1 moraveti a so contentor. Et si dize el que ampara «non me demonstraste fiel», firmelo con el que fue fiel et pectet 1 moraveti a so contentori. Et si el fiel dixier «non fuy fiel» ilire con 1 veño que non fu fiel et el otro tome; los pennos con 1 moraveti suo contentori. Et a qui fiel mostrarem et a plazo non viniere el o su mugier et si mugier non ovier su celerizo o su omme pectet 1 moraveti, a so contentor; c. 35: et si un aldeano a otro en la villa para re fidel, otro dia vayan a la finiestra, de sancta, Maria et foganse derecho assi como es super scripto. c. 115: qui fiel parare ad aldeano, meta la verdat que querella a el et diga su querella. Et si la ver-

*fiel* para la primera citación, sino sólo después, para el embargo o toma de prenda. que a la. citación acompañi.; }' aun en el easo en que para la citación privada se haga,

---

dat non diere J).on la veng a fiel: Et si lo prendare tonele los pennos duplatos al querenti. Et si la verdat diele et a fiel non viniere pectet l moraveti. i a, so contendor, si lo firmar con el. 362: Et si fiijo o sobrino de omme de villa demostrare fiel ad aldeano si non viniere a darle derecho o omme en su voz, pectet l moraveti suo contentori; 386: son pennos revellados si potuerit firmare con el fiel. 4G4: si algun duermo de ganado querella oviere de otro que .sea duenno de ganado, parele fiel, que venga ante alcaldes; et si non viniere o a los alcaldes de la villa se al9are, pectet l rnoraveE a querenti et venga a iudisi ante los iurados. Et si el que parare fiel' a so contentor non viniere ante los iurados, pectet ei medio moraveti. 176: si alguno querella oviere de otro, par el fiel, que venga ante los iurados, et si non viniere, meta bestias a fuero, et per quandas non metiere, tantos mÓravetis pectet, medius al qtm- renti et medius a los iurados. -I\I. l'ort. leg. 1, pág. 390, Trei'1.0 1152 vicino, qui pedir fiel e lo parar a suo vicino et non vier ad el, pectet 10 solidos. -Salamanca 133, (= Inéditos de historia portu- guesa V, pág. 117, I Guarda) et quien fiel non viniere, otorgue el fiel la verdate e peche 10 solidos. -I\Iás detalladamente Le. desma, 78, 1, el que a fiel non viniere, otorgue el fiel e peche 10 solidos. E el fiel sea de la calle o de la collación. Et quien se fiel fisier sin mandado de alcalde, peche 10 soldos. Salamanca 133. Et si venier a fiel ante el alcalde e non complir como lo mandaren, otorgue el alcalde e por hy doble; 138: el día de yoves e de do- mingo non den ,fiel senon por ornme levar sobre cabo nin julguen los alcaldes. 142: (=In. lüst. pol't. y, pág. 12-6 v.), todo omme que ovier rancura de so contendor, parele fiel de alcalde que aya casa. de suyo. E' si el fiel casa non ovier en vila al foro, peche 10 soldos. E vaya el contendor ante los alcaldes e haga quanto man- daren los alcaldes. E. si tanto non fiziere peche 10 soldos. E entre el fiel para o prindar faga qual quisier; c. 223: (=In. Hist. portu- guesa, V, p. 410, III) todo omme, que ovier a dar aver en .(j\_Ua- resma si le lo demandaren, venga a fiel ante los alcaldes; e si ne- gare, duple lo las ferias exidas; e si manifesto fore, de lo a exi. das. 257: (= In. hist. port. V, p. <128, III) mugier ninguna non paren fiel, maii prindela (de otro modo Usagre 36); 264: todo omme, que viniere a fiel ante alcaldes, o lo prindaren, den le pla-zo asta otro dia entre ambas missas, pora conseysarse como responda e venga al plazo e responda.-En Ledesma, s}gún un estado de co. sas posterior, aparecen separadas la citación privada y la prenda.: Ledesma, 280, todo omme vizino de. Ledesma on prinde a vizino nin lle pare fiel fueras coyedores (317, 324, 322, el *coyedor* es el

uso de un *fiel*, se le vuelve a, emplear para el referido embargo o toma de prenda (í).

Se ve por último, otras veces que el *fiel* es presentado no por el demandante y acreedor, sino por el demandado y deudor, quizás al constituirse la prenda definitiva o ya cuando el primer embargo formal tiene lugar; esto no impide que aun entonces se designe también con la palabra: *fiel* al testigo que para el efecto de la citación preconstituye el demandante (B).

---

funcionario encargado de la ejecución judicial, el andador, pregonero, iuntero) por su coyedura o alcalde; *¶* bestia non metida..

5) Usagre 12 et cui debuerint bestiam mittere et non miserit, alio die accipiat (no reciba del contrario, sino que aquí y análogamente en el capítulo 27 de Usagre, el «accipiat eum se corresponde al filhar portugués (M. Port. leg. I, pág. 100, 117!). Thomar: si quis de domo alterius aut extra domum se per vim acceperit = se alguem de casa doutro ou de fora casa per forga filhar, -- a demás Santa Rosa de Viterbo: Elucidario I, pág. 463) (= se toma a elegir) *fiel* et pignoret pignus de moravetis suo contentori. (T. Port. leg. I, pág. 791, Alfaiates 1188-1220 *totus homo qui rancuram habuerit de alio, accipiat unum vicinum de stia collatione aut de sua calle, unde debitor est, et pignoret in primo die unam pedaleam et in secundo die unum stacum et in tertia die accipiat fiel de illis, qui sunt in carta et petat bestiam et si non miserit eam, in alio die accipiat fidel de ipsa collatione unde fuerit debitor et pignoret ei pignus moravetino.*

6) Enteramente patente en Alba de Tormes 39: todo cristiano que rancura oviere del indio, torne 1 cristiano e 1 iudio e prende 1 penno, qual le diere el iudio; e si el iudio lugo non parar fiel sobre su penno, otro dia vaya el cristiano a casa del indio e prenda 1 penno qual se tornare por su mano con 1 cristiano e 1 indio; e cada dia assi prende el cristiano al indio hasta que aya derecho. E si el cristiano non falare penuos en casa del iudio que prender, tome 1 cristiano e 1 indio e lievelo ante el alcalde. E del casa con pennos o prende a nuestro fuero como deve prender en casa indio. E si el indio non ovier casa con pennos, toma el cristiano al india sin calomia fasta que de casa con pennos; o la deuda o derecho por ella. -De aquí se explican los pasajes precedentes del Fuero, que también para más adelante son muy importantes. 33; todo QID me o muler del a villa que rancura oviere de su vezino que en villa llorare tome un vezino postero; el primero dia prende estaco o palla; e si parar fiel sobre sus pennos, venga otro día a la tertia a Sanctiagto a estar a derecho e si non viniere el que paro fiel sobre sus pennos peche 1 moravedí al otro; si el otro non viniere,



Resulta, de todo esto en conclusión, que poco a poco., tanto el demandante como el demandado, presentan *fieles* para sus respectivas actuaciones judiciales, para el acto de la citación el primero y para la institución de la prenda el segundo ; pero primitivamente sólo nombraba un *fiel* el demandado, utilizando el -demandante para sus actuaciones no un *fiel*, sino dos testigos. Esta diferencia en cuanto *al* número es muy explicable si se advierte que, reiteradamente, el *fiel* es una especie de fedatario público (offentliche Urkundsperson) al cual se le confía precisamente una información (7). al paso que por otra, parte, reiteradamente

suelte su prenda. E si sobre los penos non parare fiel, otro dia pida un bestia en sua casa con 1 veüno para essa noche; e si non la metiere, peche 1 moravedí. E la bestia que metiere metala con media sogá o mas ; e si assi non la metiere, peche la calomnia. ;El si sobre aquella bestia non parare fiel pidal otro dia 2 bestias e si las non metiere, peche 2 moravedis de calomnia e asi pida 2 bestias cada día fasta o aya derecho. -El procedimiento descrito en los capítulos 33 y 39 corre paralelamente y así, también en el capítulo :;J poi: causa del primer embargo será prendado un *estaco* o una *palla* para responder de uno o de dos *moravedis* ; pero esta prenda no tiene lugar cuando el demandado instituye como tal una bestia y además presenta un fiador. -En el capítulo 34 se dice: tod omme que rancura ovier de su vczino parel fiel e lievelo ante el alcalde -- una ve7. ante el alcalde instituye el demandado, a su elección, o *cada con peñas*, u otra prenda; es decir, que se otorga una promesa procesal. Pero como aquí se dice a este respecto: «e si ve aquel, a quien pararon fiel ca.sa con penos quisieren deb, significa esto que el *parar f-iel*, en esta ocasión, es algo que incumbe al demandante. -- En el capítulo 35 se distingue en punto al juicio, entre el «omrc de villa» y el «aldeano,, entre el caso en que exista para el demandante una posibilidad de alcanzar al demandado y el caso contrario; en el primero de estos dos casos se dispone: <parel fiel para otro dia ala terciá e si non viniere peche 1 moravedi>; en el segundo: <E si nol fallaren prende estaco e pida la bestia para otro dia,, -En el capítulo :-17 se ve igualmente que el «parar fieb es cosa del demandante. -Yo incluyo también dentro de este orden de cosas el capítulo 95 de Salamanca. (45 de Ledes. ma) y el 121 de Alba, que según mi parecer hablan de la restitución de la prenda procesal al demandado que o ha vencido en juicio o ha prestado otra garantía.

7) Usagre 10 (N.4) ; Salamanca 133 (X. 10), 140, ((por esto non se alcen al rey: por armas ne por qui armas sacar abolfa ni por penos revelados ne por puerta cerrada ni por quien non quier hyr

también, se emplean como testigos, los *jurati* públicos ; por eso, mientras que el demandante, debe actuar con *dos* testigos, cuando se utilizan *fieles* basta con un único *fiel*. En aquellos casos en que la intervención del *fiel* no guarda relación directa con la iniciación del juicio si no que se refieren a la institución de la prenda, se hace el nombramiento del *fiel* por el voluntario acuerdo de las partes, en tanto en cuanto éstas puedan avenirse ; en ocasiones se da a entender algo semejante también incluso con respecto al *fiel*, que se presenta a la iniciación del juicio (8). Primeramente, ya lo hemos dicho, se ha empleado un solo *fiel* por ambas partes tanto para la institución de la prenda. collo para la conclusión del contrato processal ; más tarde, se emplea también un *fiel* en lugar de los dos testigos, para el acto previo y unipersonal de la citación (9).

2 a). En el acto de la citación, cuando se celebra, ante dos testigos, exhibe el demandante muy a menudo una *señal* -distinta de una *carta* --que la autoridad pública le ha entregado ; esta señal se considera, en un último término, como procedente del Rey. En los fueros ; extensos se presenta esta forma quizás no sólo como posible, sino como necesaria (10).

---

añel ni por quien pedir lide sin iudicio de alcaldes ne por merca. dom; iv. Port. leg. 1, pág. 791, Alfaiates (N. 5). Alba de Tormes 34 «e si aquiel dixieren „dezide que sodes fieb e non quisiere seer fiet peche 1 moravedí). -f, o mismo debe regir en muchos casos de la N. 3. La palabra *fiel* sirve entonces también para designar al funcionario municipal; así se ve, por ejemplo, en Soria, § 1-1, Fuero Real II, 3; III, 10, 1.

8) Alba de Tormes, c. 34.

9) Sobre el empleo de la palabra *fiel* como sinónima de *jurado*, véanse «Libro de los fueros», 118, y Ledesma, 373. -Sobre el *fiel* véase también la excelente ((Historia de Portugal», IV, p. 352, de Herculano. Este, sin embargo, entremezcla erróneamente *fieles* con *fiadores*.

10) Muñoz p. 338, Logroño 1095: et si habuerit rancura horno de vicino de villa ista, et demonstrant ei sigillo de saione de villa. et trasnoctaret illo sigillo supra eum cum suis testes, quod non ante paravit eum (?) cum fideiussores, pectet 5 solidos medios in terra ; pag. 349, Miranda 1099: et si aliquis populator habuerit quaerelam

Hablando con más exactitud se ha de hacer constar que se presentan dos maneras de citación: una hecha directa-

---

de alio populatore, ostendat ei sigillum de sajone; et si trasnoctaverit sine fideiussore, pectet 5 solidos et alia die ostendat ei alium sigillum; et si trasnoctaverit sine fideiussore, pectet alios 5 solidos et merinus tradat euro coram alcalde; et det suos fideiussores quereloso. --i si noluerit fideiubere, portent eum de una parte villa.e usque ad aliam; et si non voverint fideiussores, ponatur in carcere; pág. 497, :Marañón (de comienzos del siglo xu): si aliquis ex vicinis hostenderit. a suo vicino sigillo de iudiz, ut veniat ante eum e non intriaret ipso sigillo, pectet 4 argenzos al judiz et de pignus ad ipso recurante; et si foras de villa hostenderit seillo, si habuerit testes, pectet 5 solidos, si non venerit ante iudicem et si non sua jura. l'ág. 541, Darocca 1142: de aldeanis quoque statuimus, ut si aliquis de aldeam querimoniam habuerit, ostendat ei signum iudicis, ad forum Darocac; et si in villa ostenderit illo signum iudicis, alio sequenti die veniat ad placitum ad horam terciam, ubi iudex tenet placita; si autem extra villam ostenderit ei signum iudicis, quanto die veniat et dato pignore actori satisfaciatur illi; si autem. super illud pignus reus satisfacere noluerit, ostendat illi signum. ad alium diem, ut adducat illi pignus de 5 solidis et alio die de 10 solidis & sic dupliciter quotidie de me satisfaciatur. — Yanguas I, pág. 143 Estella: si quis aliquem hominem hospitatus fuerit et alius, qui querimoniam habuerit de illo, venerit et dicet, quod iste mihi dare debet hoc aut mihi fecit iniuriam, et qui querimoniam habebit, .sciori domus dicet: «ex parte regis vos aa. moneo, et, ubi sigillum regis monstro, ut hospitem vestrum aut directum mihi adducatis et sum (suurn) censuro, donec mihi Jaciat directum, exire de domo vestra non permittatis.» -Llorente IY, página 281, Vitoria 1181: et si unus de vobis habet renciam de alio, monstret ei sigillum regis. Et si super sigillum fidanzam non tulerit, antequam non transeat pectatis 2 solidos et 6 denarios. -M. de :Ilanuel Rodríguez : „Memorias para la vida del santo rey. D. Fernando IIT (1800), pág. 272. Zorita 1180 "el juez parta con los alcaldes las calañas sino los 5 sueldos de la serlab...-Boletín XXXVII, pág. 885, § 133 Vigucra-11\mes: otrosí si alguno obicre clamo dotri e nol quissiere facer fuero, puedel mostrar la seyfiel del jm:z, que es de 60 ss. o del sayon, que es de 5 ss. o testarle sus casas con sicyllo del seynnor, que es de 60 ss. Et si nol ficriere complimicnto e passare fasta otro dia, puedel quereyllar al seynnor e tuyllirn, d el otro todos estas colonias por juicio del juez. -Colección de privilegios ... de la corona de Castilla Y, pág. 144, \ledina de Pomar 1219: et si aliquis habuerit rancoram de vicino villae et ostenderit ei coram 2 testibus signurn sayonis et ille, de quo querimoniam habebit, ei (en lugar del .ie del impresor) fideius-

mente por un funcionario público y otra hecha en forma privada por el propio demandante pero obteniendo previa-

---

30res dare noluerit (en lugar del *voluerit* del impresor), pectet 5 solidos. — M. Port. leg. I, pág. 168, ley de Alfonso II, de 1211: se nosso porteyro quer corn fuste quer com letras ou per sy for fezer eyzacrn;om contra alguem, se aquel, sobre que fa.za eyxacu9om, for ia iulgado em nossa corte, sobre es"to nom rreceba nenhuma. cau9om; mais de todo en todo fa9a a eyxacuc;om, se mais ;uorn fezer, ca en na nossa sentença he mandado. E' se aquelo, sobre que fez a eyxacuc;om, nom for primciramente en nossa corte julgado ou que nom foy de nenhum julgado, se este contra que fezerem a eyzacuc;om o porteyro, quer da.r boa cauc;mn ou penhores dante 2 ou 3 homeens boons para estar a nosso juiw, e o porteyro nom o quer rreceber mais a pcnhorar, esto sea tctst.amunhado dante 2 homeens boons e entom tolhali per forc;a a penhora sem coomha (calumnia) nenhuma. —Navarra JU, 18, 1: mandamos por fuero, que nuyll omne, que logue lavradores en heredat et a la nuyt non los quiere pagar et se fueren al baylle a clamar, develis dar el baylle seynnal de piedra o de fust, qucl presente al qui .los logó con. 2 testimonios, o que venga delant el baylle de Ja villa; et si non uuisiere venir et trasnliyta, al otro dia deve dar al baylie 5 sueldos por calounia et el baylle deve fel.pagarlos al, qui los lago los lavradores, el loguero doblado. —E'ueos de Aragón II, página 98 a, III, 1217: omni homini, qvi est de servitio regís, si pro ullo debito aut pro aliquo clamor baiulus villae monstraverit eide homini signum regís, ut faciat directum illi, qui facit clamor de eo, si eadem die non satisfecit conquerenti et per unam diem et unam noctem ipsum signum remanserit super eum, sequenti die tenetur dare regí 5 solidos pro calonia, quia fuero a rege dato noluit obedire. Tamen si ipsa die, qua signum fuerit monstratum, dederit fidantiam sufficiens super ipsum signum, usque ad alterum diem non potest liabere caloniam super se propter ipsum signum, quod sibi fuerit monstratum; sed de prima die in antea occasione et dilacione cessante debet facere directum conquerenti. Quod nisi fecerit, debet dare pro calonia 1 solid. Verum tamen est sciendum, quod calonia non a lucit aliam caloniam. Página 109 a III: villanus manens in domibus infantionis, compellitur satisfacere conquerenti per signum regis positum in eisdem, sive eas conduxit, sive tenuerit obligatas. —Fuero real U, 3, 1: si alguno home hubiere querella de otro, par el señal del alcalde fasta otro dia luego que vaya facer derecho. E si la parte es home de fuera de la villa, venga a tercer dia facer derecho. E qualquier de los contendores, que al pla7.o no viniere no enviare corno debe, peche 5 sueldos para el rey e otros 5 sueldos a su contendor; II, 3, 6: si el alcalde pOl' querella de algun home emplazare a otro,

mente del funcionario facultado para ello, o su *carta* o su *siguill-um*. Este *siguiium* según varias noticias, es un *fustis* <sup>(11)</sup>; según otra particularmente **antigua**-del Fuero de Navarra **-es** también una *pedra* <sup>(12)</sup>. Ya la l. Visig. mandaba. iniciar el juicio con la exhibición hecha al demandado por un representante del juez de una *epistula* o de un *sigiU um*, añadiendo que la parte que exhibía una t 11 señal actuaba como un *missus* del juez <sup>(13)</sup>. El hecho de que según la legislación

---

quier por si, quier por su carta o su sello o por su home cognoscido, que venga facer derecho al quereloso y el emplazado sea tenudo de venir al plazo; et si no viniere, haya aquella pena, que dice en este ley sobre dicha II, 11; 7 querellese al rey... o omplacele por señal, que el pare, o por carta del alcalde o por su home cognoscido. Sala.manca 137 (Ledesma 85) qui fuere prinda clo o sobre <;abado o senal parado, si casa non oviere estonces por este ioyzio non le preste, que lo faga despues. Ledesma 266: todo ome aqui en demandaren; «pasaste nuest.ra señal» o «non metiste bestial», lievelo el alcalde sobre si por la iura, que a fecha a conceyo e peche por la sinal passada 1 moravedi e por bestia non metida 2 moravedis 294 quien pararen sefüi.l de iuyz e a elle non vinjereu dar derecho o casa con penos o derecho, peche 30 saldos (o sea 3 moravedis). 29.6 quien parar senal e a el non vinier peche al jui7. 1 carnero. -Zamora 61, quien rancura ovier de heredero de fuera, parele sinal como ye nostro fuero; e se sobre todo esto lo quisier prindar, tuelgale e la prinda el heredero o el veüno de nost:ro termino sin calomnia, fara a tanto se prindar por sacaduria o por danno, que faga a sos vezinos. -Libro de los fueros 78: esto es por fuero de un omne, que muestra sennal de juez delante dos vecinos derechos e non viene faser derecho ante el alcalde; dcvc pechar 5 sueldos por quantos quier que non venga ante el alcalde. -Fuero viejo III, 1, 3, todo omne que guisier facer demanda a otros, devel parar señal del alcalde parn otro dia ante aquell alca.lle quisier e el apla<,ia.do deve venir a la señal e facer derecho al quereloso a. casa del alcalde ante quien le paro señal o do el alca.lle jLigdare; et deve parescer ante el alcalde la missa dicha de tercia; e ái a este pla90 non parescier ante el alcalde, pucdel pechar el otro en 5 sueldos de señal e los 5 sueldos son para el alca.lle... e si este que demanda vinier e el demandado non vinier, el alcalde <leve mandar al merino o al sayon, qucl prende por 5 sueldos de la señal e quel selle la puerta dacqui que venga facer derecho al quereloso.

<sup>11)</sup> S.c ve en los textos de Navarra y Portugal publicados en la fl. 10. Sobre la *virga* de dos varas, véase la N. 17.

<sup>12)</sup> Véase el texto de Navarra, de la N. 10.

<sup>13)</sup> L. Visig. II, 1, 17: iudex cum ab aliquo fnerit interpella-

de Navarra se emplee no solamente un bastón, sino también un utensilio de piedra, muestra, de nuevo, que la técnica de los símbolos de la investidura deriva ya de la Edad de piedra (14).

Si se intenta ahora estudiar con más exactitud los casos en que se emplea una tal señal, se llega a la conclusión de que este *siguiU11,m* es, en último término, un signo del Rey, lo euaJ se pone de manifiesto por el hecho de que se conciba la citación como un *enviar* del Rey a por el demandado (15). Este símbolo, además, no siempre se entrega a la parte contraria, sino que, primeramente, sólo se le exhibe, se le muestra (16) —el *offerre* de la I. Visig. II, 1,

---

tus adversarium querellantis admonitione unius epistule vel sigilli ad iudicium venire compellat, sub ea videlicet ratione, ut coram ingenuis personis his, quia iudice missus extiserit, illi, qui ad causam dicendam compellitur, offerat apistulam vel sigillum (Fuero juzgo II, 1, 17 : la carta o el sello). -Jt'rente a Zeumer y von Amira, es esto decisivo para la interpretación que yo he defendido en mi «Einkleidung im germanischen Recht»)» pág. 1) y sig., N. 27; allí puede verse la literatura sobre la materia.

a) ".1-li «Einkleidung», pág. .SS y sig. y 92 y sig.

11') Navarra II, 3, 1: si el rey enviare por algun fidalgo, que haya quereylla deyll. Según la rúbrica, esto no se refiere sólo, en todo caso, a una demanda personal del Rey. -- Que el *sigillum*, es un *sigillu.m regis*, lo dicen los documentos publicados en las notas 10 y 1f5.

16) Teruel 154: ipsum applacitet coram duorum vicinorum presentia in terciam diem ad portam iudicis, ut ei satisfaciat iuxta forum: Tamen sciendum est, quod diebus feriatis non possunt signum ostendere vel applacitare. -EiSpeculo V, 1, 1: e el querelloso puede emplazar a aquel contra quien quiere mover pleito parando! señal por si mismo o su ome por el (falta en la Part. III, 7, 1, que por lo demás se corresponde con esta ley). Se ha de citar aquí también, Salamanca 150: todo quien que fuer prendado o sobrecabado o senaJ parazo, si casa non ovier, estonce por este iuyzio nol preste por que la faga despues: es decir, que cuando alguno es prendado, afianzado o citado como un *sin casa* (Hausloser), no cambia su situación jurídica en este juicio porque se domicilie después. -Salamanca 137 ("N. 10). Fueros de Aragón I, p. 94 a; III 1247, secundum forum antiquum et approbatum Aragonum, cum c; almedina aut alius baiulus fecerit. poni signum domini regis in domo alicuis hominis aut monstraverit ei signum regaJe pro aliqua querimonia. facta de eo ha

17; -y como la citación no debe ser contestada en seguida. sino después del transcurso de un día que se señala como plazo, se dispone en una serie de fuentes que durante este plazo, debe ser colocada. a Ja *señal* en la casa del citado y no debe ser quitada de allí por nadie. En una ocasión, la señal colocada en el *ostium* es precisamente una *virga* de dos *cubitus*, esto es, un *fustis* <sup>(17)</sup>.

b) A este mismo conjunto pertenece el *caritel* del derecho galaico-portugués, que significa tanto como *carácter* y

---

a.liquo homine pro debito pecuniae vel pro iudicaria vel pro alirgua iusta ratione, postea a. Medina aut alius bafulus non potest nec debet per forum induciare ipsom signom sine voluntate et assensu conquerenti. -Además J. Luñoz, pág. 338, Logroño; demostrant, pág. 349 Miranda; ostendat, pág. 492, Marañón; pág. 541, Darocca; Yanguas I, pág. 443, Estella; Llorente IV, pág. 281, Vitoria. -Boletín XXXVII, pág. 385, § 133. -Col. de Castilla V, pág. H4 Pomar. Fueros de Aragón II, pág. 98 a, III (todo en la N. 10). Como se ve, siempre se trata de una pura exhibición.

<sup>17)</sup> Véase Boletín XXXVII, pág. 385, § 133 (N. 10), Fueros de Aragón I, pág. 94 a, III, 1217 (N. 16); II, pág. 109 a, III (N. 10). **U**, pág. 55 b, I (Observ. VIII): observatur, quod si aliquis posuerit signum in haereditate sibi tributaria, quia tributum sibi non fuit solutum et ille tributarius fregerit illud signum, non incurrit caloniam. Sed si illud signum fuisset positum de mandato iustitiae illius loci, bene incurrit penam tributarius, qui illud fregerit signum; II, página 111 b, I (1247): quicumque signatus fuerit signo regio mandato iustitiae, testibus adhibitis, et hoc propter contumaciam, solvat sequentis die iustitiae 5 sol., si per unam noctem steterit sic signatus. -- Véase también L. Port. leg. I, pág. 356, Coimbra 1111: saion non eat domum alicui sigillare; sed si aliquis fecerit aliquid illicitum, veniat in concilium et iudicetur recte; -a. qué el *sigillarc domum* (que sin duda ahora se prohíbe) se concibe como la iniciación del juicio. -Pág. 400, Tomar 1174: sinal dalcaide aut jncl icis cum testimonio teneat; domus a licuis non sigilletur, nisiante vocetur ad directum. -Que el *sigillarc* de la casa se realiza mediante la colocación en ella de un bastón -es decir, del mismo símbolo que se emplea para la intimidación, -se dice expresamente en L. Port. leg. I, pág. 383, Banho 1152: et si aliquis horno de moratoribus Balnci yocatus foerit. ad directum faciendum et noluerit respondere, accipiant ei hosti man domus et mittant illud in manus eius, qui eum percussit (que le ha demandado; Herclano en su Hist. IV, pág. 79, traduce equivocadamente «a quem maltractom) et cum virga de duobus cubitis et faciat ei directum, sicut iudicaverint vicini.

que en cierto aspecto se refiere también a la señal de la citación que se coloca en casa del citado<sup>(18)</sup>.

8) Muñoz, pág. 406, Santiago 1113: diebus quadrag-esir:nae caracteres fieri, calumniarum causas diffinire, judicia exerceri... nostris... removemus; pág. 405: caracteres coram totius ecclesie conventu sive publico concilio fieri iubemus; aliter factos valere inhíbemus; este «*caractere.s facere*» significa generalmente la colocación de una señal, puesto que la palabra *character* ya desde los tiempos visigodos equivale a señal (L. Visig. VIII, ü, 8; VIII, 6, 1; Jc.s. paña sagr. XVIII, pág. 315, 921: invenimus ibi characterem S. Vincentri et in alia petra invenimus crucera; pág. 341, 1128. Ferreiro: Historia de la s. iglesia de Santiago de Oompostella III, app. pág. 6, 1077; servato semper vestro iure haereditatis per locum, ubi convenientiam characterum scripturi et posituri sumus inter altare beati Jacobi et illa tria altaria continens huiusmodi signum D id est A et D, posita linea ab eodem signo usque ad inferiorem angulum vestrac turris etc.). También la palabra *CLracter* coincide con *testatio* y *teslamentum* en el sentido de señal fronteriza (Ferreiro II app., pág. 209, 1019: castella, que in ipsis testationibus et in ecclesiario sunt edificata; M. Port. ch. I, n. 833, 1096: de hereditate nostra probia, que est de testamento ipsius monasteris). -En otra ocasión, *character* es ya notoriamente la señal de la propiedad. (Así se ve en la Revista de Archivos IX, pág. 91, N. 3, 1017, donde el Rey coloca sus *characteres* sobre un inmueble en litigio y, siendo estos *caractere*, menospreciados, se origina un proceso «pro illos caracteres, quos quebrantarat»). -Se refiere además «character (caritel)» a la multa de la citación (M. Port. I, pág. 432, 1140-1146: narciellos et pro nullo calumnia non dent fideiussorem nisi 2 solidos et non pectent caritel devassum -aquí *dei:assum* equivale a *ordinaria Inmle* [M. Port. I, pág. 662, 1255; también se encuentra este pasaje en Viterbo, Elucidario I, pág. 373]; se quiere decir con ello que no la ordinaria multa de citación de 5 sol., sino precisamente una pequeña de 2 sol. es impuesta. -Significa también *caritel*, generalmente, *jurisd-icci5n* y distrito de una jurisdicción. (Befehlsbereich) Hinojosa: Documentos para la historia de las instituciones, n. 96, § 6, totis hominibus de toda terra nostra et nostro caritello; n. 97, turrem de sirvian que est iu cauto Lucensi cum suo cauto et caritello et hereditate (ambos, de Galicia). -Véase también el l. l. ort. inquisitiones I, pág. 21 a, II: et ille, qui dederit gallinam, debet sedere quite de caritel pro toto año: aquí se releva a uno de una cierta multa de citación. -Todo esto es sólo posible cuando con la citación se trae un *cciritel*. Así lo testimonian los Foros de S. Martinho de Mauros (Inéditos de historia portuguesa IV) pág. 581: se aJguñ deve ser chamado sobre rayz, o moordomo da terra hyra a aquel logar, sobre que querem fazer



3. Es indudable que lo expuesto hasta aquí todavía no ha mostrado con qué objeto se presta por el funcionario la *señal* al demandante y con qué finalidad se emplea esta *señal* en el juicio. Con esta cuestión enlaza esta otra: la de saber cómo se emplea la *señal* en la intimidación que el demandante, ante testigos, dirige al demandado. Podría llegarse a una conclusión sobre todo esto examinando las numerosas noticias según las cuales el juicio se inicia por medio de un embargo cualquiera. Pero antes de que pueda hacerse un tal examen, es necesario averiguar en primer término qué actuaciones procesales provoca, el demandante por medio de la *testatio* y de la exhibición de la *señal*. Sólo entonces podrá llegar a ser averiguado aquello que con referencia a esta cuestión es lo esencial: el sentido del embargo con que se inicia el juicio.

111. FINALIDAD DE LA INTIMIDACION. — 1 Un grupo de noticias, exige del citado que comparezca ante la justicia dentro del plazo señalado, y establece una multa de 5 *soidl* o de un *moravedi*, o de una cantidad semejante — en beneficio del Poder público si el demandado no comparece; es de notar, que según algunas fuentes, la multa es

a demanda e levará testemunhas e dyrá assi: seede testemunbas, que eu foaao moonlomo ponho en esta herdade carytel a foaao». Según este documento, ((Visto Affonso Añes corregedor este custume, mandou da parte del rey, que o guardem; pero manda, que mudem o nome de carytel e ponamly nome testa<on, que he mays fremoso dizer»; o sea que *poner caritel* es igual a testacio (así se ve ya en Herculano, Historia da Portugal IV, pág. 357, N. 1). >ágina 591, I: he custume, que aquelo, per que o moordomo pos carytel, se vem ,provado. que lho brita he leva ende o moordomo... (ahora sigue un claro) —como se ve, se trata llel *britar* (romper, quebrantar) del caritel. —Véase además l\l Port. leg. I, pág. 461, 1187 Yiseu.: et sayon et maiordomus non ponant caritel nisi cum auctore (actore) et testibus; et non sit ille de 5 sol. (Herculano IY, pág. 109). La derivación de la palabra *caritel*, ele *querela*, HUE Yiterbo, Elucidario I, pág. 240 —Schafer, Geschichte Portugals I, página 295 —ha intentado, es de todo punto imposible. —Con respecto a Castilla, véase :.\\manuel Rodríguez: Memorias para... Don Fernando III, pág. :9'1, 1231 do —domino et ecclesie sancte illarie Astoricensis omnem vocem et caracterium et quidquid juris regalibus habemus.

más pequeña cuando es el demandante quien lleva la señal, y se eleva, si ésta es exhibida de un modo directo por un funcionario (19). Pero otras veces, se instituye en beneficio del demandante, una parte -quizás la mitad — de esta multa, o se menciona sólo la multa que a éste corresponde. La J. Visig, establece ya a este respecto una multa de 10 solidi contra el demandado rebelde, que se distribuye por mitad entre el demandante y el Poder público (20). -Al paso que en varias fuentes sólo se menciona una única multa como pena por la rebeldía, se determina en otras que por cada día de demora en la comparecencia se ha de pagar de nuevo una multa igual; añadiéndose con respecto a esto último, en una ocasión, de un modo notorio, que el *sigillum* traído debe permanecer también expuesto en estos días subsiguientes a la citación. Otras veces, en cambio -mirando a fuentes más tardías -se hacen depender estos efectos de un *enclavamiento* (21).

19) Fuero viejo III, 1, 3 (K. 10). Aquí se han de dar 5 sol. al alcalde, si el demandado no comparece ante la Justicia. -Derecho de Lara (N. 2): «1 sol. ad palatium», si el demandante con *sigillum* invita a comparecer; 5 sol. si invita el *saio*. -Boletín XXXVII, página 385, § 133: «Da (evidentemente al E'ista<lo>) 60 sob si infructuosamente se muestra la señal del *judex*, pero si se emplea la señal. del *saio*, 5 sol. (K. 10). -En Alcalá II, 3, II, 4, caer en señal equiva. Je a incurrir en rebeldía: «que la señal o el emplazamiento non sean m.m. de 6 maravedis. Partícula=ente interesantes son los Jueros de Aragón II, pág. 111 b, I, 1247 (X 17).

20) Partida III, 7, 8 y E.: otrosi decimos, que todo omme que fuere emplazado a querrela dotri, que venga facer derecho ante su juez ... si non veniere al plazo o non enviare home, que razone por el, o si se fuere sine mandado del judgador, que peche por pena al alcance medio maravedí et otro medio a su contendor (en el caso de citación ante el Tribunal de la Corte, la multa es mucho más elevada). -Fuero Real II, 3, 1 (N. 10): 5 sol al Rey y 5 sol. a la parte. --Usagre 10, 33, 3.1 (K. 3): un maravedi para el demandante. -L. Visig. II, 1, 19.

21) Ejemplos de imposición de una única multa pueden verse en las N. 19 y 20. -Frente a ellos véase: foñoz, pág. 541, 1142, Darocca (N. 10): ut adducat illi pignus de 5 solidis et alio die de 10 solidis et sic dupplicetur quotidie, donec satisfaciat. Teruel 133 (así como Cuenca XVII, 1): item ille qui super signum ad

2. a) Según otros testimonios. se obliga al citado, bajo multa., a prestar una promesa procesal (de comparecer en juicio) cubierta con una fianza (!"). En los documentos

forum exire noluerit, ut dictum est, superius pignoret eum adversarius utodie sine calumpnia, quosque ad forum exeat pignoratus. Eu el lucro de .lliran<la (-lluíoz, Pt. 3!\,l) de 1099 (véase la - 10) se habla de que se incurre de nuevo en la multa de 5 sol. cuando el *sigillum trasnoctuarit in* que se preste la promesa procesal -e.n rigor, pertenece esto a la materia siguiente, pero para abrui<lr se debe dejar aquí agotada la utilización de esta noticia. -Vigil: Ayuntamiento de U1•icdo, pág. 10 y sig., 11Vi=Llorente IV, p<1-gina \.17 (= fú fuero de "\vilés porL Fernáudc Guerra, pág. 11 y sig., § 11); aquí se distingue entre *debdo cognoscido* y no cognoscido; en ambos caso.-< se prenda un jornal por una multa de 5 .sol., hasta que paga el den<lor el *debdo* eu el primer caso, o presenta fianza procesal, en el segundo. -Sobre el hecho de que la multa, continuada diariamente, se ltaga depender de un encerramiento, véa. se :ioria, § 123 (Text. U): aquel que se deiare encerrar 3 veces del querrelloso sobre una dema,nda, continuada, mientras si al primero o al segundo o al tercero pla;l,o non viniere, peche la pena del! encerramiell to e por la demanda cntregucnlc los alcaldes al quere.lloso en los bienes <lel <lebdor; et por quantas dias pasaren del tercero plaw en a.delante, peche por cada dia 5 sueldos en pena la meata al querrelloso ... e la otra a los alcaldes fasta que embie, quien responda por el.

2) Véa,se la má temprana manifestación en el Fuero de León, de 1020 (l\luñoz, pág. 70), c. 10: homo habiLans in Legionem et extra predictos terrinos pro ulla calumpnia non det fidia,torern nisi in 5 solido. -- También evidentemente los Fueros de Logroño y Miranda (.N. 10). \0ase además \luñoz, pág. o'iu, Darocca 1142: i quis aliquam querelam itabuerit. de aliquo, petat ab eo lidancias coTam iudice; et si noluerit, capiat eum sine calumpnia. ¶. Port. leg. 1, pág. 350, liuimaraes 1096: ille burges, qui fuerit calumpniam, mittat fiadorem ad ille sagioncm in 5 sol., quod faciet directum ante illum iudicem. Llorente IV, pág. 185, Llanes 1168: el que a señal de j;:idea;; (evidentemente debe leerse alcalde) vinier e non dier fiador e se ,fuere, peche así como si a señal non viniere. Libro de los fueros 190: «que sy algun omme ovriere querrella <le otro omme e le prendare e fuere ante el alcalde et dixiere el otro, quel quite la prenda ei. <lespues quel responderá e non gela <leve quitar mas dvel dar fiador et aver plaso de nueve días. Et sy a los nueve dias uou cuillpliere de derecho prender mas al fia,.. dor, fasta que faga derecho,, avarra 11, 3, 1. Si uno que ha sido citado al Tribunal del Rey no comparece, procede el embargo hasta que se dé fia<lor de derecho. Tortosa, I, 5, 8, I: tot empara-

hasta alnra utilizad os, esta promesa se debe pre::<tar siempre, siu que se pase a considerar si el demandado es o no hombre arraigado ; cuando en documentos posteriores parece a primera vist:t que se dice lo c:Intrario, hay -que interpretar esta aparente contradicción en el sentido de que lo que en ellos se dispone realmente es, que el arresto ele una persona que no preste la promesa procesaJ, sólo tendrá lugar cuando la rnism no sea. arraigada {vecina} (2· ).

La estructura y significación d.P esta. promesa. procesal será estudiada. posteriormente con más exactitud con motivo de la descripción de hts promesas *wadiadris*. Pero ahora se. debe examinar ya, en que momento, exaetamente, tiene que prestar el demandado esta promesa. Sobre ello se enueñan, primitivamente frente a frente clo-s o tres formas distintas. En una de ella,s, se presta directamente una tal promesa afianzada, al funci onario o a,l propio (le-mandante, en el ado de la citaciún. Esto significa que la multa eventual que prncede contr, B. morosidad eu punto al plazo de la comparecencia, se garantiza. por medio dt' esta promrsa (2).

ment, que sie Jeyt a demanda d"algu, si que sie feyt a hom es-traya o a ciutada, deu esser absolt a aquel pera qui es feyt l'em-;parament, ab que .de fennan<;a soficient, que fara dret a son clamant de la demauda, que li fa, -esto e8, embarga hasta que el -demandado preste *fer-man9a da far dret*.

23) Especulo V, 1, G: mas si aquel, a quien paran le señal, non fuern raygado, de fiador a aquell, quel emplaza, quel faga derecho; et si non gelo diere, venga luego con el antel alca.lle a facerle derecho (casi lo mismo Fuero real II, 3, 1). También se ha de entender así, precisamente, el neutral Sepúlveda 2±8 (tot -Omme que querella oviere dotro, demandel fiadores, quel cumpla de fuero ol di' casa con pennos, si raigado non fuere).

24) ll. Port. leg. \_I, pág. 350, Guimaraes, antes de 1096 (N. 22). Afianzamiento por 5 sol. al saio; I, pág. 168, 1211 (N. 10) al por-teiro que cita. :Luioz, pág. 349, Jira.nda ·1091) (N. 10), promesa al demandante. ·Cuando en el fuero de León se dice que uno por causa de una demanda no tiene que dar fideiussores por más de 5 sol. (N. 22), .se refiere esto necesariamente a la promesa prestada. en la iniciación del juicio. Igualmente hay que recoger aquí la firmancia por una cantidad determinada que, según el usatico Bar-

Más tarde, es ante la justicia, en el acto de la comparencia cuando hay que prestar una promesa procesal y entonces se concibe ésta como una *fianza de iure* del demandado, esto es, como la germánica *promest* de prueba<sup>(25)</sup>.

Por último todavía se menciona, en las fuentes una particular promesa de *iudicio* <sup>(26)</sup>. En época posterior tanto

---

cin. 23, debe prestar el hombre dependiente a su Señor, esto es, a su Señor demandado (Cortes de Cataluña I, pág. 15\*). Un afianzamiento que sólo llega hasta el término del litigio, se encuentra también en Bearn IU: *si horne me penhere, lo senhor me deu dar a malhevar la penhere, yo fazen so qui dey. E'mpero la fidance no sera quis (será no quitt). entro yo aye repost a la domane a nec o a coffes.*

25) Libro de los fueros 189: <(et jusgo el alcalle de Cereso que lo provassen con tres owmes buenos derechos de las villas faseras e echasen fiador al término>. -- Además muy notoriamente Llorcne-IV, pág. 185, Llanes 1168 (N. 22), Muñoz pág. 535, Darocca (N. 10), Usaticí Barcin. c. 28 (Cortes de Cataluña I, pág. 16\*), según el cual se debe sólo dar cuatro términos (placita): «unmn in quo sit directum formatum (evidentemente se debe leer firmatum) per plurimos (es decir, fiadores) vel per pignora eonvenienter sicut opus fuerit. Boletín XXXVII, pág. 389, § Hiii:í: otrosi, quando alguno por demanda, quel faga o por testimonio, que fiziere, quisiere dar fianza de su iura e lotro quisiere firmar bataylla, ante que resciba su fianza, debe dar fianza de la torna (promesa de prueba del demandante que al duelo desafiá) e el otro debe dar fianza del espera (promesa de duelo del demandado) e el juez debe rescibir las fianzas. -Fueros de Aragón U, pág. 102 b, II, 1217: cum alicui ad petitionem sui adversarii super aliqua re adiudicetur iuramentum, debet dare reus fidantiam alteri parti iuramenti, ut die, termino et loco a indice dato faciat iuramentum; pág. 100 b, 1247: sed si forte, qui conqueritur, dixerit, «meum dedeeus volo probare, sed hic non habeo testes», qui inficiatur, donet fidauciam de sua iura; sed qui conqueritur non accipiat, sed dicat «ecce fidantiam de torna» et iusticia accipiat ipsam, et qui negat, similiter det fidantiam de spera. -Navarra VI, 1, 15: et si negare e da fiador de niego e fuere provada por bataylla o por testimonio.

26) Llorente IV, pág. 177, Guardia 1164: qui fuerit fideiussor de indicio, non respondeat de medio año aiuso. — avarra II, 1, 6, habla de un fiador de derecho, que el demandado da y con ello detiene la prenda garantizadora del cumplimiento de la sentencia. Quizás también se debe citar aquí Morlaas 89: *judyament ni diit, si fermat no es en maa de senhor no ha valor.*

el fiador dado *in principio causae* como el de *litis contestatio per negationem* esto es, el presentado sobre la prueba, son afectados a afianzar el cumplimiento de la sentencia y así se borra la primitiva diferencia entre la fianza de comparecencia dentro del plazo, la de prueba y la de acatamiento del resultado del juicio (2°).

b) Esta promesa procesal puede también ser cubierta por una prenda en lugar de serlo por un fiador.

A este respecto, se ofrecen a nuestra consideración, en primer término, una cantidad de noticias que no dicen más sino que el demandado debe instituir una prenda a la par que presta una promesa procesal a fianza (2°); en ocasiones es notorio que aquella prenda puede ser reemplazada por esta promesa (2°). Pero sin duda, esto no rige, cuando la demanda es aceptada por el demandado; en este caso únicamente hay que hacer observar que este demandado, puede instituir todavía, una prenda hasta que haya cumplido aquello a que se obligó (3°).

27) Fueros de Aragón (Observ. IV, de fideiussoribus, § 6) II, pág. 29: *si lis fuerit contestata per negationem et reus dederit fiduciam iuris in vocem negantis: similiter poterit, mandari sententia executioni in bonis talis fideiussoris sic dati vel in bonis illius fideiussoris iuris, qui primo fuit datus in principio causae. Si vero lis contestatur per negativam tantum et non dederit fiduciam iuris in vocem negantis, talis fiducia in principio causae data non tenetur nisi ad caloniam negativam tantum, si talis est negativa, quae caloniam inducat, puta, quia est causa iniuriarum, vel quia agitur de calonia.*

28) Muñoz, pág. 541, Darocca 1142 (N. 10, anterior). Usat. Barc. c. 28 [(Cortes de Cataluña I, pág. 16\*, D) publicado anteriormente en la K. 25]. M. Port. leg. I, pág. 111, 111 C. 10 anterior). Fuero viejo III, 4, 15 (N. 45 siguiente).

29) Muñoz, pág. 311, Sahagun 1152: *qui negaverit, quod querit ab eo, det fidiatorem vel pignus unaquaque die, donec det fidiatorem et recipiat suos pignus.* I. Js. Barcin. c. 28 (N. 25).

30) Muñoz, pág. 311 (antes el pasaje citado en la N. 29): *qui debitum devitori recognoverit presente maiorino vel sagione aut statim reddat aut det pignus querulo, quod tantumdem valeat et donec reddat debitum, unaquaque die accipiat pignus cum sagione.* -La palabra *debitor* se emplea aquí para designar al acreedor, cosa que por lo demás, ocurre a menudo: Fuero viejo, III, -1, 8: *si estos debitores, a quien se debe el debdo, son en la dila, uagr* 33 (X. 3).

Esto se observa, ante todo, en los fueros de Usagre-Cáceres y en el de Salamanca. Y aunque es indudable que la oscuridad que domina en las antiguas fuentes del derecho español -todavía mayor que la de otras fuentes medievales -al tratar del cambio del sujeto, (Subjektwechels), hace muy inseguros los datos que se poseen, puede afirmarse sin embargo, que poco más o menos se parte de la base siguiente: el demandado debe colocar una *bestia* después de la interposición de la demanda y antes de la discusión judicial <sup>(31)</sup>. Pero como se habla también de una

---

Teruel 199: nos intrabo in captione, quia captus alterius debitor pennaneo, -después se emplea en el mismo pasaje debitor para designar también al deudor. -Yanguas III, pág. 303: quicumque populaverit in Sancto Sebastiano, si debitor fuerit, non respondeat suo debitori, nec ipse nec fideiussor ejus.

<sup>31)</sup> Usagre 33 (N. 3): el «meta bestia et baraiar sobrella») quiere decir, según la significación de baraiar en Usagre Hi (N. 32), que el demandado que «bestia») ha instituido, sobre la base de esta bestia instituido, debe seguir el juicio. La frase siguiente (et si non quisere baraiar mete .sus bestias al fuero, et quautas non metiere, tantos moravetis pectet ei), puede significar sólo, que el demandado, incluso cuando él no quiera litigar, debe sin embargo colocar una bestia en estos trámites preparatorios. Pero dentro del término, debe además el demandado dar casa con peños al debitori, esto es, al acreedor (cf. N. 30), lo cual según posteriormente se verá (§ 6, III, 1 a, et) significa la prestación de la afianzada promesa procesal. -Que aquí, realmente, se trata de una actuación del demandado y que el *debitor* es el acreedor, lo muestra el pasaje paralelo de Usagre 34, donde en el juicio entre dos aldeanos, el demandado que comparece en juicio ((de la casa con. penos, que le este a derecho». En t.L Port. leg. I, pág. 793 abajo, se presenta también el dar «casa con penos suo debitorfa como algo que incumbe al demandado: <(qui rancuram habuerit de aldeano». -.No se puede por tanto aplicar el pasaje 22 de Usagre (todomme, qui a otro ovier bestia, a meter, et dixerit «timeo bestiam meam perdere» det hominem, super quem sit, que non se alce con ella. Et si non dederit, super quem sit, non mittat illa bestia), donde sin duda el demandado puede exigir que el demandante antes de que se lleve la prenda presente una fianza. -Sobre una *bestia* que se presenta igualmente antes de que se entre en la discusión judicial, versa también Usagre 31: qui hominem leveverit super se por pignos de 1 moraveti (multa de citación) o per bestia, que non metio o por .que non vino a fiel et non prendare fata 9 dias non prende mas

colocación de *bestia* que el juez (32) ordena durante el juicio, relacionando esto con lo anterior resultará que esta vez de lo que se trata es de la compensación que tiene que prestar el demandado vencido en juicio. -Si esta colocación de *bestia* no se hiciera, incurre el demandado en una multa de 1 moraveti, que se hace efectiva (33) por medio de prenda; y como además se ordena que aquello que el demandado debe instituir en garantía debe ser del valor de un *moraveti* (34) resulta que, en rigor, estos preceptos no significan otra cosa sino que puede el demandado evi-

por essa calomna, que es passada. -17sa.gre 118, et noluerit venire (el demandado), mittat bestias cada tercero día, usque recipiat (el demandante) suo directo. -Como una imposición que todavía se hace en el estadio preparatorio anterior a la discusión judicial, considereTo yo también en Vsagre 214 el «meter *bestia* por parte de aquel demandado que por causa de un juicio sobre muebles (Ji'ahnis) es invitado a un afianzamiento («otorgar»): si él es invitado por la mañana -aunque sea extrajudicialmente -debe «meter *bestia*» pol' la tarde. -Salamanca 279, todo orone, que acotaren las iusticias meta toda *bestia* de valia de 1moravedi; 21 de las iusticias, quando acotaren hy digan por qual cosa acotan; e si lo non dixieren, non metan *bestia*. Et sí el dono de la *bestia* a tercero día non diere derecho non coma ne beva esta *bestia*; e en cote ela. iu;ticia e meta *bestia* cada tercero día, asta que aya derecho el rancuroso; 337 a quien acotaren (los alcaldes e las iusticias) e non metier *bestia* peche 1 moraveti. Ledesroa 209 alcalde asta dos moravis o su valia firme iuyzio qual iulgar; e si en cotar e la non metier, peche dos moravis. Et de dos moravis arriba, con companeros firme e iulge; 226 (K. 10 anterior). - Aquí hay que citar también el derecho de Ciudad Rodrigo del final del siglo xn (Boletín LXII, pág. 390) qui *bestia* oviere a meter, meta. la en casa de rancuroso cum testigos <le clerigos et laicos si se oviese pro illo; e sino, fiele del.

B2) Usagre 15: tod omme, que ante alcalde baraiar et el alcalde per indicio mandare *bestiam* mittere et non la metier, pectet J. moraveti querenti. Tod omme, que *bestia* ovier a meter, cada tercer día *bestiam* mittat, et quantas non metier, tantos moravetis pectet querenti. Tod omme, que *bestiam* debuerit mittere, mittat una *bestia* mortua, que vala 1 moraveti et dent adelant meta *bestias* viva.s al fuero.

3S) Usagre 12: et .qui debuerit *bestiam* mittere et non miserit, alfo die accipiat fiel et pignoret pignus de moravetis suo contemtori. Usagre 15.

§ Usagre 15 (K. 32).



tar el embargo por la parte contraria de una cosa en concepto de prenda, instituyéndola él mismo, voluntariamente (S5).

Esta *bestia* de que aquí se habla debía ser primeramente una *bestia mor-flua.*, comprendiéndose bajo esta denominación los utensilios del equipo militar (*Heergewate*) (36). Después del término de tres días se había de colocar en su lugar un animal, que ya tiene mucho más valor, y este animal se renovaba cada tres días. Como medio coercitivo sirve, la facultad que se concede al acreedor para que después del transcurso de los tres días pueda prohibir al deudor alimentar al animal, En cambio, antes de este plazo debe el acreedor mantener la cosa prendada, libremente accesible (37). Esta prenda, que es la que se da primeramente, se llama *peño cabal* (3ª).

Resulta, pues, del conjunto de todos estos preceptos que en una gran circunscripción, no era necesario que el demandado presentase precisamente un fiador sino que bastaba con que instituyese como prenda su propio equipo militar o, después, alguna cabeza de ganado. Si no instituía voluntariamente esta prenda, quedaba sometido a un embargo.

3. El menosprecio de la intimidación motiva, como se ha mostrado, una multa penal que recae en favor del

3) Usagre 15 (N. 32): Salamanca 279, 337 (X. 31).

36) Usagre 431: *tot omme. que bestia oviere a meter, meta una bestia, que vala 1 moraveti, espada o ballesta o escudo o capiendo de fierro: esta es bestia mortua.*

37) Usagre 15 (N. 32). -Usagre 19: *tot omme, que vedar comer a la bestia ante de tercer dia o la tenerit in discoperto, firme lo con 3 vezinos et duple la bestia.*

38) Así se ve en la interesante reelaboración de Usagre 34 de los *M. rort. leg. I*, pág. 793: *qui rancuram habuerit de aldeano. -Donde en Usage se dice: et si dize el que ampara «non me demostraste fiel» firmelo con aquel, que fue fiel et pectet 1 moraveti a so contemtori. Et si el fiel dixier «non fuy fiel», iure con 1 vezino, que non fu fiel et el otro torne los pennos con 1 moraveti suo contentori -se dice en la forma portuguesa: et si dixerit «non demonstrasti mihi. fieh, firme lo cum illo, qui fuit fiel et pectet 1 rnorabatinum suo rontemptori; et si dixerit «non fui fiel» iure curo uno vicino, quou non fuit fiel et accipiat suos penos cabales.*

Estado o en favor del Estado y de la parte demandante conjuntamente. Es significativo que en garantía del pago de esta multa procesal, se instituya de un modo inmediato una prenda, la cual se debe diferenciar del embargo de bienes que se acuerda para la efectividad de la reclamación principal deducida en la demanda.

a) A menudo se dispone acerca de esto, que o en el día más próximo o lo más tarde dentro de los 9 días, tenga lugar un embargo de 5 (10, 60 o cantidad análoga) *solidi* cuando el citado no comparezca dentro del término señalado.

Es cosa importante que en dos ocasiones se distingue de un modo absoluto este embargo por esta multa, de el hecho de *sellar* la casa del demandado y se le considera como un efecto de la *señal* (39).

b) Otras veces se dice que tiene lugar una prenda por la multa que se impone al demandado rebelde, cuando éste no presenta fiador, esto es, cuando no presta la promesa

39) Fuero viejo III, 1, 3 (N. 10): Es significativo que aquí el «prender 5 sueldos de la señal» y el «sellar la puerta» se coloquen como dos actos distintos el uno junto al otro. -M. Port. leg. J, página 384, Cintra 115i: si quis ad concilium venire neglexerit ad faciendum directum... saltem eat ad pignorandum eum et pignus accipiat, sed numquam ilorum sigillet. -Bol. XXXV11, página 385, § 133 (N. 10) se sanciona la *señal* y el *testar de la casa*, lo uno junto al otro, con multa de 80 (5) sol. -Mufoz, p. 138, Medinaceli 1124 Q, (el comienzo -prenda en el día, después de la intimidación -puede verse en la N. 2): et si la puerta zararen o peños le empararen, lieve el indez et de 1 peños et prenda pora si peñas por 1 sueldo et del año juez pendre viesperas todo el día. Pág. 541. -Daroça 114.2: Prenda en el día más próximo. Usagre 12 (N. 33) dispone lo mismo. Que la prenda tiene lugar después de una intimidación precedente hecha por el demandante, lo dice también el derecho de Beja (Ined. de Hist. port. V, páginas 469 y 506): costume he, que todo vezino de Ueia, que for penhora-lo, que ante <leve seer chamado e ante <leve seer entregue, que responda; (el final -pág. 470, I -trata de la rehabilitación del prendado cuando él se quiere justificar). -Que la prenda deb tener lugar dentro de los nueve días, lo dispone Usagre 13: tod orne, que uou pendrare fiel fata 9 días, porque non vino e el fiel aut por bestia, quod non misit aut plazo que non venit, non pignorel; eu.m magis pro ipsa calumnia.

procesal. Este precepto constituye en rigor una aplicación del mismo criterio observado en aquellos fueros que disponen que cuando el demandado que deba instituir una *bestia* (o sea algo del equipo militar primero, y después alguna cabeza de ganado) no lo haga voluntariamente, se le puede tomar una prenda por una cantidad equivalente (º).

º) Vigil: Col... del ayuntamiento de Oviedo, pág. 10, 1145 (=Llorente IV, pág. 97=Fuero de Avilés, § 7): maiorino nin sagione non intret in casa de omme de Oveto por prendas (pelinos) prender, se fiador lle parar per foro de villa. Et etsi sobre fiador quesierit intrare, deffendasse el don de la ca.'la, quomodo mellar podier, et si mal y prendier el maiordomo o saggion logresselo. Et si fiador nonlle parar, prenda pennos et dialos al querelloso es silos revellar, prenda del altro dia 5 soldas. -En el Fuero de Darrocca de 1142--\Iuñoz p. 641 (véase la N. 10)-al reo que no quiere pagar al demandante se le prenda en el primer día por 5 sol., en el segundo por 10, y así sucesivamente. -Véase además Jviuñoz pág. 475, Casseda en Kavarra 1129: si homo de Casseda habuerit rancura de homines de alia villa et quesierit fidiator in suo concilio de directo et non voluerit ei directum facere, pignoret et levet illa pignora ad Casseda et prenda de illa 30 solidos in assadura et mittat suo seniore (¿al señor de la cosa prendada? ¿al Señor jurisdiccional!) fiador super suos pignos et veniat ad medianeto. -Análogamente se dispone en la pág. 495, Marañón en Navarra: et si aliquis homo de \Iaraione demandaret ad homine de foras in ;;uo concilio directo e non fecerit ei; et si super ista pignoram venerit et fecerit se vicino in }Taraione, exiat foras, et respondeat de foras ad homine de Maraioue e prenda 40 solidos in assatura homine de \faraione f.esta frase «en assadura» se encuentra además en los siguientes fueros: Gualajara de 1133, Carcastillo de 1129, Calatayud de 1131 (todos ellos en \foioz páginas 508, 471 y 464) y Uclés de 1179 (Llorente IV, pág. 242). Según Llorente IV, pág. 256, Durango 1200 («aun solien dar los labradores un cordero, que habie nomc de assa.dmmml) -«a.ssa.dura») es lo que se acostumbra emplear en pago de ciertas prestaciones, satisfaciéndose el impuesto en carne asada. El empleo de la misma palabra para la multa, se explica, simplemente, porque en el derecho del nordeste, con frecuencia, se paga esta multa en ganado, y trunbién con carne asada. (Navarra V, 4, 7, 8, 9; 7, 1; Teruel 47). -Se emplea además, naturalmente, la palabra *assadura*, para designar también prestaciones de otra índole cuando es precisamente con un animal como se hacen efectivas: así en Navarra III, 7, 6 se emplea para designar la donación -consistente en una «vaca corta»

Es muy significativo lo que acerca de esto se registra. en las fuentes, a saber: que esta toma de prenda, por tratarse precisamente de una ejecución judicial para la satisfacción de una multa, no puede ser anulada por el hecho de que se preste después, la promesa procesal. Y esta norma, que se encuentra en la más aguda oposición con la prenda iniciadora del juicio <sup>(41)</sup> que al punto se ha de constituir, prueba que el embargo de la prenda se considera

-que todo cazador da al Rey; aplicándose igualmente para nombrar las prestaciones motivadas por alguna transgresión causada por ganado. (Nuevo diccionario de la lengua castellana, 1873.) Es evidente que esta expresión se encuentra también aplicada para designar donaciones en dinero que han sustituido a primitivas prestaciones en ganado (Yanguas II, § 604, 1192, 1193). -Pero la voz «assadero», que se encuentra en oposición al «pechero» con un «yugo de bueyes» (Navarra III, 4, I) nada tiene que ver aparentemente con «ruiso», sino que viene de azada; el «assadero» es el mero bracero (Yanguas II, pág. 5G7). Navarra IU, 15, 14: si alguno viene a peyndrar a otro, de luien ha querella et sil reveyllare peyno. et nol quiere dar fianza de dreyto, quoad que hora otra vez lo pueda peyndrar, nol leve prender fiador de dreyto, ata que los peynos tiene en su poder (III, 15, 1G lo mismo). Fueros de Aragón I, página 219 a, I, 1247: cum aliquis horno, qui pro demanda de pecunia. vel quolibet alio iusto negotio voluerit alii homini pignore bestiam vel aliam causam, quia non vult facere directum de demanda, quam ei iacit, si ille, cuius est pignus, non se permittit pignore imo defendit pignus, non tamen fidantiam dando de directo super ipso iure, talis defensio pectet pro calumnia 60 sol.; et si iterum potuerit ipsum pignore ille, qui conquerebatur, non accipiat ab alio fidantiam de directo, donec teneat ipsa pignora. in posse suo plenario et potentes. Usagre 12: et cui debuerit bestiam mittere et non roiserit, alio die accipiat fiel et pignorat pignus de moraveti suo contentori. Et el fiel tenga los penos fata 9 dias, si fuerit radica.tus et si non, tenga.los, qui los prendare. Et si fata 9 dias non le pararen fiel, que sea vezino, que vaya a plazo sobre los peños baraiar a collacion connobrada, o aya alcalde, mortificense pignora. (bórrase el derecho de prenda) et de fiador de queda (el editor imprime *de que da*; pero las formas portuguesas [L Por., pág. 748, pág. 791, pág. 852, § 1, pág. 900] contienen *del fiador de queda*, esto es, que el demandante debe prestar al demandado promesa afirmada de dejarle tranquilo en lo futuro).

H) Navarra III, 11, 14; Fueros de Aragón I, pág. 279 a, I, 1247 (ambos N. 40).

aquí como algo definitivo y sirve para satisfacer la multa impuesta, según se atestigua, por otra, parte, de una manera directa (4.2) en algunos documentos.

IV. LA PRENDA CON QUE SE IXICIA EL JUICIO. -Ahora ya es posible y aun necesario examinar en conjunto una gran cantidad de noticias según las cuales siempre tiene lugar en la iniciación del juicio, de una manera o de otra el embargo de una prenda. Cómo hay que concebir este embargo y qué especies hay que distinguir en él, es cosa de la más decisiva importancia para la esencia de la antigua obligación hispánica, y para la antigua obligación germánica en general.

1. a). En un grupo de fuentes, se presenta este *pignorare* (*peyndrar*, *prenden*) como constituyendo la iniciación del juicio (3). Esto se observa advirtiendo que el acto de

4!) :Muñoz pág. 404, Santiago 1113: tamen si calumniae perpetrator praeficit. ito tempore ad examinandam justitiam venire neglexerit, nisi necessaria detentus causa fuerit, justitiae examinatores pro calumniae quantitate pigneris partero detineant, cetera dominis suis referantur. -Pág. 438, Ivedinacoeli: et si a los alcaides empararen peños, vayan el concelo (seguramente *conceio*) et prendren por 60 sueldos et portan los peños a las collaciones, — las últimas palabras que disponen una distribución de lo prendado entre las «collaciones», muestran que aquello no sólo se embarga, sino que definitivamente se adjudica al Poder público. Col. de \_priv. de la corona de Castilla YI (1833). Alicante 1252: establezco. que el alcalde non prenda por prenda mas de un maravedi Alfonsí de aquellos, que non vinieren ante el por su señal e aquel maravedi para el alcalde.

3) Usagre 2-7: nullus homo, qui bis pignoraverit in die aut dare fidei por una demanda, pectet 1 moraveti suo contemtori. — Navarra II, 2, 8: peyndrara por fuero a aqueyll, que puso mala "oz en la herdat, que prenga drecho sobre aqueylla herdat, que demanda: II, 4, 13: deenlo peyndrar los otros hermanos, o que firme o que parta.; III, 15, 3: si nuyll omme peyndrare a otro, el peyndrado devel demandar por que peyndra et el mostrando los clamor devel dar fianza de drecho de aqueylla villa, dont el peyndrador (probablemente *peyndrado*) es morador. -Fueros de Aragón II, p. 96 a, U, 1247, II: ítem, si uullus horno pro aliquo clamor pignoraverit alteri homini pro aliquibus causis et pignoratus praesentaverit ei fidantiam sufficientem de directo super ipsum ipsam pignoram et forte transnoctavit apud ipsum iam dicta pignora secundum folium, tenetur uare regi pro ca,loniá 60 sol.; II, p. 107 b,

*pignorare* precede a la promesa procesal o que a través de este acto, es como se fue. "L<L primeramente al dewan-  
 ,dado de un modo general, a ser procesalmente diligente. La manera como se llevará a cabo esta. prenda no aparece todavía con entera claridad.

b) Más luz arroja otro grupo de fuente según las cuales este *pignorare* que antecede a la promesa procesal no impide que la cosa prendada siga en posesión del prendado, el cual, puede recobrar su libre aprovechamiento si presta aquella promesa (u).

u) Un tercer grupo de uoticias debe ser interpretado en el sentido de que las cosas, se toman realmente, al de-

V, 1247: si quis pignoratus pro aliquo offert iuris fidantiarn pignoranti, is, qui pignoratus, debet a. pignora.to petere, utrum negando, .qua.e a.b eo postulat, iuris ei fidantiam offerat aut qua vice.-Libro de los fueros 28, dispone para la enajenación de bienes del menor en ca.ao de necesidad: «por estas tres cosas <leve ser prendado el mas cercano pariente del huerfano o huerfana que fuere e venda la heredad el pariente. -Fuero viejo III, 7, 2: e si el de behetria quisier sacar sua prenda, dende dando fiador... a la prenda. por sua. l'osteriormente (p. 101): e si aquel quisier dar fiadores derechos sobre sua prenda e el otro non gelo g\_uisier rescivir... III, 1, 1: e el puede prender vasallos o otra prenda... por quel -venga. facer derecho ante l alcalde de suo fuero e sil demandado diere fiador sobre sua prenda de cumplir fuero, devegelo rescivir e deve ir ante al calle a tercer dia a cumplir fuero.

7) lavarra, III, 15, 2G: si algun peyndrare a otro por quaal. quiera razon et eyll pendrado li quisiere dar fiador de dreyto sobre los peynos, si en logar fiador no oviere, deve l seguir el peyn- <lrador a las prosmanas villas et si a.ylli fiador non Ji puede dar, deva poner los peynos entro al tercero día en mano del fiel et al tercero dia, quaal que hora li diere fiador de dreyto, vaya el peyn- <lrado con sus peynos; et si non li podiere dar fiador, el peyndrado .dando fiador de cognoscido lieve los peyuuos. -Esto es, la cosa. prendada permanece en primer término en poder del prendado. Si él no puede presentar ningún fiador, se da la cosa a un fiel. El prendado puede todavía recuperarla si dentro de tres días trae un fiador. Si no lo hace, puede entonces el detUandantevarse la cosa prend:W.a, pero debe a su vez afianzarla. -Ined. de historia V, p, 430, II: penhores, que os auditores peuborarem por seu soldar, (ellos non sacaren ata 30 dias, mortivigense; o sea que aquí t.amrién se ,Presupone que la cosa prendada permanece en manos del deudor.

mandado y pierde éste por tanto su aprovechamiento; pero siempre puede recuperar su plena posesión, si presta la promesa procesal de referencia. -Esto se encuentra en la más aguda oposición con el embargo que sirve como ejecución para el pago de la multa acarreada por la rebeldía el cual según se ha dicho, no puede ser detenido por una promesa procesal prestada con posterioridad (tó).

45) Llorente IV, p. 83, Yanguas 1U5: si horno de Anguas ha... buerit rancuram cum alio homine de Anguas, merinus peindret. de bonis mobilibus; et servet eos sagio usque ad 8 diet; et si dominus bonorum non venerit ad directum, sagio det pignora palacio; si vero non habuerit bona movilia, peindret de bonis inruovilibus et postea de bonis se moventibus et faciat de illis idem, quod de mobilibus: et non peindret in caballo de sella vel in armis militis; et si deaerit fidanciam et noluerit admittere illum, prenda sua pignora sine cajumnia; et si non dederit fidanciam et prehenderit sua pignora, pectet 5 solidos. -Aquí se trata de un *servare* de los objetos -inanimados -tomados en prenda, por el *sajo*. -Usagre 12(N.º10): el fiel, que el demandado -o cuando éste es hombre no arraigado, el demandante -presenta, recibe la cosa.. prenda. A este conjunto pertenecen también aislados pasajes del derecho aragonés de 1247. Una serie de los mismos -por ejemplo, Fueros de Aragón II, p. 97 a, III -se refiere a la otra prenda, de formación distinta, que dimana de una obligación *wadiiertc*. Pero varios de ellos (II, p. 9G a, p. 97 a, V) versan sobre la prenda con que se inicia el juicio, pues en estos es siempre posible el levantamiento de la prenda por la prestación de la promesa procesal. Es, además, cierto, que por esta prenda se sustrae al demandado el aprovechamiento de la cosa y por eso puede hablarse de su restitución (II, pág. 97 a V) y que el acreedor de la ejecución que a pesar de la promesa procesal ofrecida no permitiese que la cosa prenda fuese aprovechada por el deudor, debía pagar *enguera*; pero con ello, no se explica otra cosa, que la manera cómo se regulaba el aprovechamiento de la cosa prenda y la multa que se imponía por la privación de este aprovechamiento -el *gewere*, común a todos los pueblos germánicos. Ahora bien, no queda clara la determinación de la relación en que se encuentra aquí el acreedor con respecto a la cosa prenda; no se sabe con seguridad si éste puede llevar consigo la cosa a otro lugar o si únicamente se establece la privación del aprovechamiento contra el deudor.

La palabra *enguera* aparece primeramente significando el aprovechamiento tanto de los bienes muebles como de los inmuebles. -Muñoz p. 295, Nagera: pro enguera de bestia caballar pro nocte 6 denarios et pro die 3 denarios, pro enguera de asno medietatem



Particularmente significativa es a este respecto, la forma empleada en el embargo de animales, teniendo para las

---

Llorente II, p. 153, 1182, Antonaña: si estuvieren recibidos en prenda un caballo o una yegua, gane de engueras 6 dineros por el día y 12 por el noche. -Boletín XXXVII, p. 383, § 120; todo orne, que por fianza o por clamor dotri perdiere su casa o por su culpa pagará el, que fuere (quizás *facere*) tuerto, al otro su casa con su engueras. P. 451, § 26: toda bestia, que yaga peyndrada por su vezino hun día et un nueyt, no a engueras de hun día e una nuyt en adelante, etc. \1. Port. leg. I, p. 392, Evora 1166; et qui cavalo alieno cavalgaret pro uno die pectet unum carnarium et si magis pectat las anguieras pro uno die 6 denarios et pro una nocte 1 solidum. Navarra II, 15, 22; si algun fiador es peyndrado por aqueylo que es fiador, de peynos vivos, aqueyUos peynos han engueras de día 18 dineros, de noch otros tanto. -Enguerare en el sentido de usar se encuentra en Usagre 117: et si hoves de domino suo engueraret el iugero, doplegelos boes. 227; tod ome, que penos iectare ad alquile et el qui los torniere, los anguerare, no den el alquile. ;Elt si por pan o por vino o por carne o por pescado. o enprestados (ses pennos iectare) et fata tercer dia no los sacare, enguere los penos et prende per so aver e por otra casa: es decir, que cuando alguien da prenda por uu arrendamiento o un alquiler y el que recibe la prenda se aprovecha de ella, no puede exigir además el arrendamiento o alquiler; si por compra de Ví\eres o por un préstamo se da prenda, y el deudor no la rescata dentro de tres días, puede el acreedor usar lo prendado y emplearlo como sus cosas propias, o darle otro destino distinto. -Teruel, 453 (Cuenca XXXIII, 5): quicumque suam bestiam ad angariandum impignoraverit; 45G (Cuenca XX.XIII, 9): quicumque hestiam alienam quamlibet aut aliud animal vel quem libet rem aliam suo domino invito vel nesciente angariaverit; 505 (Cuenca XXX.X, 5); si forte inventor rem inventam taliter angariaverit, quod minus inde valeat); Zorita 703 contiene *acarrear* y 707 y 788 *cargar*, es decir, que no se identifica ya la frase. Savarra Y, 8, 1: ningún logrador non deve enguerar peynos et si los enguere, deve perder el logro et emendar los peynos (=Yanguas I, p. 449, Estella). Fuero viejo 111, 4, 15: todo orne. que es empla9ado de 10 días por debdo contra orne de la viella, devele dar peños e tenerlos tercer dia et despues da.rgelos, que los lieve, do quisier e develas enguerar (equivocadamente *enguenar*) mas non vender. -El hecho de dar la posesión por el hasta entonces poseedor de la cosa., se designa con la palabra *enguerare* en Usagre 19: qui bestia ovier a meter despues de la bestia muerta, meta bestia viva danguera. Usagre 63: por muerte de omue o por mugier for0iada o por lisian 2 bestias meta dauguera et por toda otra cosa 1 bestia meta -Es notorio



nlteriore.o; relaciones la. mayor importancia, el que se trate de ganado mayor. Este, es embargado por el de-

---

que *enguera* significa aprovechamiento y *engüerare* aprovechar, y por último que *pro enguera* se paga una multa determinada cuando alguien sin derecho se aprovecha de una cosa ajena. L'or esto incurre también en responsabilidad el funcionario que se hace culpable de una denegación de justicia, y con ello impide el aprovechamiento de una cosa, la *enguera*: Libro de los fueros 31, 78, 79, 100. -Esta palabra se aplica no sólo a los caballos o a los animales de todas clases, sino también a todas las cosas, así muebles como inmuebles. De aquí que sea imposible la derivación de equaria que Baist sostiene en la *Zeitschr. f. rom.;nische Philologie* VII, página 117. -**Que** *enguera*, con la palabra árabe *al-quile* (Dozy, *Glossaire des mots espagnols et portugais dérivés de l'arabe*, p. 186) no tiene nada que ver (así se ve en Viterbo: *Elucidario* I, p. 118, en E. de Hinojosa: *Zt. RG.*, 9. Abtl., XLIV, página 353, y en Ureña: *Glosario al Fuero de Usagre*, p. 218) lo dice no sólo la forma de la palabra y su sentido, sino también de un modo directo Usagre 227. -**La** etimología más difundida es la que propone la derivación de la palabra greco-latina *angaria*, *angwr-iare*, que ya Viterbo aceptó y que posteriormente se ha extendido -por ejemplo, Tailhau, en *Romanía* IX, pág. 431. -**Na-**turalmente que no constituye ninguna prueba de esto el hecho de que en Cuenca.Teruel se hable de *an,gariare*, pues aquí esta palabra se aplica también a cosas inanimadas. Es, por otra parte, indudable según se ve en el ejemplo de Zorita, que el significado de esta palabra no se entendía ya, y así en la concepción de *enguera*, *anguerare*, como *angaria*, *angariare*. \_puede encontrarse la reminiscencia de una etimología popular que \_agrupa necesariamente la palabra *enguerare* con la palabra *angariare*, conocida ya desde la *Vulga.ta*. -**EI** sentido primitivo es (*lprovchamiento*: cómo este aprovechamiento corresponde al legítimo poseedor de la cosa y cómo este poseedor debe ser repuesto en él si lo pierde. En mi opinión persfate sólo la derivación germánica. Así como las palabras germánicas *wisa* y *warda* llegan a ser en España *guisa* y *guarda*, así también la palabra *guera* debe remontarse al *-vera* germánico; es decir, que no es otra cosa que el Yocablo empleado de un modo general en el mundo germánico para designar la posesión del aprovechamiento de algo. Su base lo constituiría la voz *inwere* (*Eingewerc*). -**EI** hecho de que sin duda se emmentra también en ocasiones *enguarda* en lugar de *guarda* (Inéd. de hist. port. Y. p. 373, I: et cavalleros qui fuerint in fossatum Yel enguardarn) permite sentar la conjetura de que el proceso evolutivo es una mera nasalización de la consonante *w* (*gu*). O sea que, como siempre, se encuentra en todo caso en el vocablo *engiwra* la palabra gennánica (*ge*) *were*.

mandante pero no utilizado por él. No necesita el demandante cuidar de los animales embargados pero debe o dejarlos corretear en una majada (*corral de fambre* que se corresponde con el nórdico *ðveltikví*) o teiwrlas atados a una estaca hasta que perezcan (46).

1.6) Salamanca 281 de las iusticias, quando acotaren hy digan por qual cosa acotan; e si lo non dideren, non metan bestia. E si el dono de la bestia tercero dia non diere derecho, non coma ne beva esta bestia; e encote ela iusticia e meta bestia cada tercero dia asta que aya derecho el rancuroso. E; si la insticia diere a comer o a beber a las bestias su plazer de el quereloso. cayale en perjurio. E ninguna bestia non sea mortiguada. -Fuero viejo III, 7, 2: que si algund fijodalgo le demanda uno contra otro, puedel' prender s'il fallare solariegos, sia rey et sia ot.ro justicia, porquel venga a derecho; e la prenda quel tomare, puedela tener e nol dar a comer ninguna cosa, sí non quisier, non a beber fasta yue muera: si murier aquella, puedel' prender otra prenda. R quando tal prenda como esta ficier un fijodalgo a otro, puedela tener fasta que venga a derecho o muera en el corral de fambre; e si murier la prenda. de, e mostrar lo. pellejos de cada una segun fuer la bestia e darlos asi, como es fuero. Fueros de Aragón I, p. 278 b, III, 1247: cum ullus homo pignoraverit alium hominem debitorem aut peccatorem vel fidantiam pro aliquo debito et tenuerit aliquam bestiam pignoratam, proinde dicit forus, quod si ipsa nocte collegerit ei commestionem, quamdiu tenuerit ipsam bestiam pignoratam debet ei colligere commestionem... l'amen si in prima die, quando bestia iam dicta fuit pignorata, ille qui pignoravit eam, noluerit ei colligere commestionem, teneat illam in loco scampato et solutum; et si tandiu steterit ibi, quod dominus eius non traxerit illam, donec sit mortua, ille qui pignoraverit eam, faciat ipsam caute excoriari, ita quod corium capitis et oves pedes ipsius bestiae teneant se simul cum corio et aures, crines et cauda, ut possit ipsum corium domino bestiae demonstrare. Et de hoc antequam bestia moriatur, faciat 2 testes, quod tenet eam ad forum de pignore. Et demonstrat pignoratam bestiam testibus. Et hoc facto nihil minus remanebit, quin pignoret ei aliam bestiam, donec directum sunt consequatur, id est donec sit emendatum de clamore, quod habet; tamen si voluerit pignoratus, quod bestia illa pignori ponatur in manu cursoris publico et vendatur, precium illud tribuatur pignori; et si quid superaverit, reddatur pignori. Et si non sufficiat vindictio illa ad solutionem debiti, ex tunc pignori possit magis pignori, prout sibi fuerit satisfactum servata ista forma. --Lo mismo se ve en Navarra III, 15, 21; pero aquí como significativa prueba del principio sentado, se omiten las reglas referentes a la realización de la cosa prendada, o sea que la prenda tiene sólo un carácter

Hay que recordar ahora que según los fueros de la familia Usa gre-Cáceres, debe instituir el demandado, primero una prenda pequeña —*la bestia mortua*— y después otra prenda más importante —una cabeza de ganado mayor. —También hay que recordar que en estos fueros se dispone que transcurrido el plazo de tres días, puede el acreedor prohibir al deudor la alimentación del animal constituido en prenda (47).

Por bien ambas noticias pueden interpretarse así conjuntamente: según un grupo de estos fueros el demandado no puede tomar en prenda ganado mayor; sólo podrá llegarse a esta prenda por institución voluntaria del deudor. En cambio según el otro grupo puede el demandante embargar esta prenda de una manera directa y personal. El hecho de que se puede dejar pre-

ter asegurado. Tampoco se dice nada de que el animal para el caso de que el acreedor se negare a suministrarle los alimentos necesarios debiera ser encerrado precisamente en un «corral de hambre», sino que se dispone a favor de un modo general, que el animal debía ser retenido ligado a una estaca. — Véase igualmente el Boletín XXXVII. p. 79, § 5: et si todo ome, que toviere peynnos dotri, si quisiere, dexara darle a comer et si nol quisiere dexar, uo c daran a comer; mas si consentiere al primer uia o a la primera noche, dcspue. no le puede vedar. E todo orne. que quisiere vedar de coller a, l peyn. uo, que tiene despues de tercer día. deve tener el peynno en escampado e ligarlo con cuerda de un cohdo por fuera. Si el peynno asi teniendolo, muriere, de\elo escardar... Et si puede sobre tanto pendrar otra pendra. § 9G: otrnsi tod ome que pendrare ovejas o puerco o cavaras e los vedare a, comer. develas tener en logar escampado sin ligamiento. — Con éste está emparentado el Fuero de Estella, pero aquí se exige, sin duda, que quien tiene prendado un animal de ganado mayor, lo alimente en los primeros tres días: YaD:guas I, págirta HS y sig.: cuicumque magna animalia piguoraverit, per 3 dies ad manducandum dabit et exinde in antea non dabit illi ad manducandum. Et si senior illius bestie ad manducandum non dederit. ille qui illam pignoravit, ad ruanclucanlum non dcl(erit), si ipse uoluerit. Taurus talem forum habct quam betia gra. uata. Ad aves et ad capras et ad porcos non dabunt ad manducandum nisi, qui pignoraverint. noluerint (quizás *volu. erint*). Sed postquam ill: animalia ad icuuandutn ruis; a erint, qui piguoraYit sic debet ligare, ut poasint iacere et levare.

) véase la p. 31 anterior.

-cer al animal en un *C'rral de hambre* o sujeto a una estimación, significa que el animal es sustraído realmente del poder del demandado pero todavía no puede ser utilizado en provecho del demandante ni, en absoluto, ser realizado por éste para hacerse pago con él.

Cuando el demandante viva, en lugar distinto de aquel en que tenga su domicilio el demandado y deba alzarse después del embargo, aun en el caso de que las cosas embargadas deban pasar a la custodia del demandante, se dispone no obstante que durante el plazo de tres años permanezcan en el domicilio del demandado. El demandante sólo podrá llevarse consigo si presentita un fiador que responda de que no las hará desaparecer (48). -En los fueros posteriores se dispone de un modo general la entrega, de la cosa prendada a todo demandante que preste promesa, solemne de mantenerla, accesible y de restituirla; en su día (de *ric-dra*) (49).

Ías adelante podrá ser estudiado definitivamente (no se relaciona, este embargo de cosas muebles, provisional y asegurativo, con aquél otro que sine directamente para hacer efectiva la multa procesal contra el demandado rebelde.

48) Fueros de Aragón U, p. H a, IV : homo, qui pignorat in villa, de qua non est vicinus et tenet ipsum. pignus per aliquos dies in villa sicut est forus, transactis tribus diebus, quando voluerit potest trahere ipsum pignus de illa villa. Tamen debet dare bonam et sufficientem fidantiam, quod teneat ipsum pignus; de manifesto et quod non se accet cum illi pignore. -El Fuero de ayarra III, 15, 18 menciona sólo la facultad del demandante para llevarse consigo el *pignus*, sin que se diga nada, en cambio, de que deha, por ello, prestar ninguna promesa. -Frente a esto hay que citar aquí también a Muñoz, p. 475, Casela 1129 (X. 40) donde presta el demandante una promesa *super pignus*.

49) Obs. regni Arag. I, de rer. test. § 18 (Fueros de Aragón II, página 9): item de consuetudine regni, si quis reru mobilium emparatam ad eius instantiam sub firma iuris et de tenendo de manifesto petit. sibi per iudicem liberari... -- ías adelante: alias si non venerit vocatus per iudicem ad dandum rationes super emparamento suae rei, in eius contumacia debet mandari per iudicem, quod res emperata mobilis praedicta sub dicta iurisfirma et de tenendo de manifesto et de riedra tradatur et liberetur illi, ad cuius instantiam fuit dictum emparamentum factum.

2. a) Con lo dicho hasta aquí concuerda el contenido de las más tardías *Observantiae regni Aragonum*. En estas se distingue entre un *emparamentum* o una *testatio* de un lado y el *pignorare* del otro. En un amplio sentido, tanto el *testare* (*empamre*) como el *pignorare* propiamente dicho son un *emparare*, al igual que, por el contrario, *testare* y *emparare*, en un amplio sentido también, se aplican a toda especie de *pign-Orare* (5<sup>o</sup>). Pero el *pignorare* en sentido estricto es una acción contra el deudor que obliga al cumplimiento directo de lo prometido (5<sup>1</sup>) y se ofrece a nuestra consideración en los *debita manifesta*, esto es en los créditos *wadiados* (52).

La *testatio* (*empara*) no se realiza sobre la base de una sentencia; es por el contrario un embargo de objetos que precede a la sentencia. y puede ser levantado mediante una promesa procesal (3). No implica todavía para el pro-

50) Obs. I, de rerum test. § 5 (Fueros de Aragón II, p. 8) est etiam notandum, quod nullus per rem alicuius debitoris pignorare potest. Si enim vult aliquis res pignorare, testare vel emparare, recurrat ad curias locorum et curia emparabit vel testabit bona sedentia vel moventia.

51) Obs. I, de rer. test. § 1 (Fueros de Aragón II, p. 7): licet autem pignora fiant ad distringendum debitorem, ut solvat, tamen est et alius modus distringendi, scilicet testatio seu emparamentum aliquorum debitorum vel aliarum rerum mobilium vel immobilium. Et fit ista testatio per iustitiam vel iudices et non per alios... et ista testatio est admodum emparae; nam si mihi debeantur aliquae pecuniae quantitates et meo debitori per alium, possum petere, ut testetur illa debita in posse illius, qui debet meo debitori, et postea non potest solvere, alicui, nisi de mobiliae consensu et sic testatio vel empara facta pro debito manifesto non solvitur cum fiducia de directo. Sed si non est debitum manifestum, absolvitur cum fiducia de directo.

2) Obs. I, de pignoribus § 21 (Fueros de Aragón II, p. 7): iterum differentia assignatur inter debitum cum cartula et sine cartula; quia sine cartula quis non pignorat secundum usum regni per iustitias locorum nisi probato debito; sed cum carta pignorat in continenti et sine citatione per iustitias locorum; de rerum test. § 8 (Fueros de Aragón II, p. 8): differentia est tamen inter pignora, quae facit curia vel testationem vel emparamentum; nam non pignorat curia nisi propter debita manifesta. Sed empara vel testatio fit etiam pro debitis non manifestis.

65) Así se ve en los pasajes de la N. 51 anterior -de rer. test

dado la pérdida de la posesión de la prenda <sup>(54)</sup> pero se le toma su aprovechamiento -de manera distinta a como se procede cuando se trata de la reivindicación de una cosa <sup>(55)</sup> -y se le prohíbe además su enajenación <sup>(56)</sup>.

En las fuentes castellanas aparece también la *testatio* como un embargo de cosas <sup>(67)</sup> que se realiza de manera aná-

§ 20 (Fueros de Aragón II, p. 9); si bona mea facias emparari vel testari et uper hoc prestituro iuris fidantiam, consequor ex hoc, quod lit. or illis; alienare tamen non possum illa bona.

54) Obs. I, de rer. test. § 10 (Fueros de Aragón II, p. S): notandum est, quod empara bonorum sedentium et mobilium fit etiam absente et non citato possidente; sed facta empara notificabitur ei, qualiter sunt talia bona imparata propter tale debitum vel tale quid, non tamen eicietur de possessione. -Además, de acuerdo con NI. Port. leg. I, p. 388 (N.º 17) la colocación de la virga en la casa del deudor significa una transmisión al acreedor.

55) Obs. I, de rei. test. § 17 (Fueros de Aragón II, p. 8): itero emparamentum aut fit ratione iuris, quod dicit se habere in hereditate illa aut fit ratione debiti vel iniuria; si ratione inris, quod quis se dicit habere in re illa, in cuius posse fit emparamentum, potest hereditate uti, colligendo fructus, cavando, seminando et similia faciendo: donec constet de iure illius, qui dicit se habere ius; nisi fructus specialiter sint emparati, quia tunc absque firma non potest illis uti. Si autem fit ratione debiti vel iniuria, tunc non potest colligere fructus nec uti illa hereditate. — Sobre el hecho de que por causa del embargo se toma el aprovechamiento de lo embargado, versa también el *hengerar* del Libro de los fueros 70 (véase N.º 45).

""") Véase el segundo pasaje en la N.º 53.

57) Libro de los fueros 37 esto es por fuero: que ninguna heredat que fuere testada e manpresa de jue: o de sayon et por mandado del alcalde non puede vender fasta que sea detestada. -Fuero viejo III, 20, 3: si home, que no sea vecino, debiere alguna cosa a otro qualquier, el que habiere demanda contra el, otrosí fallare alguna cosa en la villa, testiegela por mandado del alcalde o del merino. -Fuero viejo I, 2, : : testamento, que ficier saion del rey, quien le quebrantare, a 60 sueldos de calaña. Estilo 19J: E si testan lo que fallan en la posada, el test<WJ.ento no se entiende siun a las cosas de aquel, porque se face y no a las de los otros, que posan ahi en esa posada. E si testan tambien cosas (le los otros, que estan en la posada y alguno o todos se fueren con lo suyo, la pena del testamento, que es 100 maravedís de la moneda nueva, pueda la el alguacil demandar al que mora en la casa, porque dexo sacarlo... mas los otros que fueron con lo suyo no son tenidos a la pena del testamento. L Port. leg. I, p. 843:

loga que la *pigooratio* iniciadora del 3u1c10, tal y como esta ha resultado de los datos antecedentes.

Puede afirmarse en todo caso que este *testare* que hemos visto emplear anteriormente en el sentido de una intimidación ante testigos con la cual se inicia el juicio, tiene ahora el sentido de un embargo que impide la enajenación de la cosa embargada, confirmando esto una vez más que es por medio de un embargo (*testatio, emp ra, pignora*) como el juicio se inicia.

b) Concuerda con esto otra aplicación del *testare* o *embargare*. En efecto, el *testare* (*testi\_quare, testifi,ca,re*) (58) al

nullus homo qui bestia aut ales averes testare en casa de nostro vicino. -Tambien los Fueros de Aragón I, p. 283 b, IH, 1247 (cum quis fideiusserit pro alio et ante terminum debiti videt eum ille vendere bona sua, potest testare per curiam et iustitiam illius loci, ubi bona sunt, quod non alienentur; ita quod non possit testare, nisi tantum quantum sufficeret ad solutionem debiti, pro quo fideiussit) atestiguan el empleo de *testari* en el sentido de embargo. Una cosa, si bien este pasaje se refiere, por lo demás, a la obligación *wadiadn*.

°) Teruel 505 (Cuenca XL, § 7): item quicumque bestiam sive rem aliam testificatam dixerit sibi esse datam vel venditam sive depositam, ut forum precipit, det autorem. Et iste, qui auctor fuerit, si dixerit similiter, se illic auctorem alium et illum dederit, ad forum Turolis recipiatur, si superlevaturam dederit, quod forum compleat Turolense. Et in isto auctore tercio iudicium finiat; forum enim est, quod ultra auctorem tercium non perdat huiusmodi, ut est dictum. Sed si aliquis auctorum sive defensor dixerit, rem illam penes eum esse natam (improbo equivocadamente *notam*) vel nutritam sive factam et res valuerit a 20 solidos et supra, iuret cum quodam viciniano et credatur. Sed si a 20 solidos et infra valuerit, iuret solus. Et si quis istud complere nequiverit, solvat petitionem illam duplatam. -Soria 658: si aquel que oviere perdido alguna cosa la fallare en poder de otro, testiguelo ante orones buenos e despues que fuere testiguada, aqiel que la tenie la vendiere o la traspusiere o la escondiere, porque non faga derecho sobre ella, peche gela doblata a aquel per cuya fue testiguada; 564, si el defendedor dixiese que aquella cosa testiguada que la compro en feria et de dia firmelo con 2 vezinos; 568, si cosa fuere testiguada en otra ma. Brihuega p. 151, VII: a tod omme, que testiguaren bestia o ganado, de fiador de derecho et si ante, ques clamare a otar, dixiere «mi nado o mi criado es», si lo pudiere provar, tengas io (léase *ia*) cuerno lo suo. Nt si provar no pudiere, peche lo, cuerno es fuero. Et sis alabare a otar, aquel que deman-



igual que el *embargare* (59) se emplea también para designar la aprehensión por su propietario de las cosas muebles extraviadas, debiendo entenderse que se trata de una aprehensión material puesto que so designa este aeta con la *paJabra travar*<sup>(60)</sup>. Se advierte, por consiguiente, que al

---

da., reciba hata 3 otores,.. Et si alguno destos 3 otores dixiere «mio nado et rni criado es», provandolo con 3 vezinos en la villa et fuera con 2, valal; et si alguno destos atores dixiere; «compre et non se de quien», iure por su cabeza, que compro et no sabede quien et no peche nada et pierda lo, quel tctstiguaren et aquel que demanda iure, que ni lo vndio, ni lo presto ni lo dio ni lo enpefw ni lo malmettio. -Sepúlveda 202: todo omme, que testiguaren bestia o otro ganado quelquiere et el dixiere, qpie suya es nada e criada, ¡fagala con tres vecinos. que suya es nada e suya criada... Et si dixiere, que la compro, de otor e fiador, de qui la compro. *E't* si aquel otor, que dio, dixiere que dara otro otol-, de qui la compro, el otor razonese con el demandador de qual guisa lo demandare; et si venciere el demandador, pechelo el demandado con las misiones e con el menoscabo. Et si el otor postremero dixiere que la compro e non sabe de quien, iure con 2 vecinos e de su bestia al querellosos.

59) Navarra III, 12, 2 (=Yanguas L p. '1.55): et si alguno ficiere embargo en esta bestia., el primer octor ha menester a 15 dias et a 9 dia.s ha mester el secundo; el tercero octor a 3 dias. Aquí fina el pleyto; IIIj, 12, 6: si yfanzon o villano comprare bestia quoaquiera de 4 piedad en Navarra., compre con ferros. Et si alguno embargare esta bestia, de fianza de auctor. Dando esta fianza <leve yr con la bestia et al plazo, que porran, deve aver -el auctor delant el comprador de la bestia et dos octores deven ysir aylla, o la bestia fo presa primero et el tercero octor deli fiador de iuyzio de la villa o de la ledania ad agueyll, qui de la bestia trabó, a su puerta.

BO) Libro de los fueros 114 non es derecho, que trave del nin de lo suyo, fasta que venga el plaso. Posteriormente: si alcan-  
"ale en la carera, yendo de tal como este deve travar del. Xava-  
rra III, 12, 6 (N. 59); Navarra V, 7, 15: si algun ombre trabare bestia de 4 pies furtada a otro, <leve travar deylla. Et si se cla...  
mare ad actor (evidentemente *octor*) de compra o de vendida o de donadío o de emprestado o de comanda develi prender fiador de otro. El primer octor deve dar otro et el otro el terzero et el terzero non se pueda clamor auctor; rnas ha de provar como es su nascida e su criada et como la ha, E't si non, salga por ladran et <leve peytar las novenas. -Trabar en el sentido de agarrar se ve en Yanguas I, p. 351: si alguno trabare de su deudor, cogiendo lo de la falda del vestido o del cuerpo; Navarra UI. 17, 6: trave



principio se encuentra el significado de esta palabra dentro del sentido general germánico.

Contra esta aprehensión del demandante puede defenderse el demandado: o alegando que la cosa de que se trata es algo de su propia producción, o llamando a un *autor* (61). Generalmente, como ocurre en el derecho es-

de la manga de la saya. V, 4, 21 los vezinos deven travar del homiziero

61) Así se ve en todos los pasajes de las Notas :58-60. Además Fueros de Aragón I, p. 239 a, II, 12-17: cum quis aliquam bestiam raptam sibi dixerit vel furatam, debet poni ipsa bestia in sequestro. Et si ille apud quem inventa est, dixerit se emisse, dando fidantiam, quod usque ad 10 dies dabit autorem, a quo emit bestiam supradictam necnon nominando ipsum autorem et villam, ubi fuit bestia emptoria, recuperet bestiam, qui eam posuit in sequestro, dando fidantiam tamen, quod non alienet ipsam bestiam, quosque, quis eorum ipsam habere debeat, indicio sit discussum. 'Amen si is, qui bestiam habet, non postet dare sufficientem auctorem die decima, ut promisit, concedantur ei iterum 10 dies ad autorem alium offerendum; quem si habere non valeat illa die, ad tunc tertio die sibi conceditur terminus antedictus ad autorem tertium offerendum et debet in unoquoque termino et villam, ubi emitur, ut superius dicitur, nominare. Transacto autem tertio termino, ut supradictum est, non tenetur actor plures autores recipere et autor istius tertius debet probare per bonos et idoneos testes sufficienter, quod bestia ipsa, de qua vertitur quaestio, fuit filia equae vel asinae suae vel quod a ternis (teneris) annis ipsum nutritum vel antequam actor ipsam bestiam perditam dixerit, longo tempore erat sua propria et quando eam vendidit. Ista tria debet autor proponere tertius et probare, in quibus si defecerit, cadit a causa, qui bestiam possedebat et is cui restituere bestia supradicta debet praesentare iuramentum corporale; quod eam non posuit in pignore nec vendidit nec donavit nec alienat aliqua ratione. — Obs. IX, de priv. gen. § 12 (Fueros de Aragón II, p. 68); si quis invenerit animal sibi furatum in posse alicuius, debet animal poni in sequestratione et debet venire coram iustitia et possessor debet dare fidantiam de iure super sua possessione et tenendi animal de manifesto et dandi autorem et nominare autorem et 100um et sic recuperabit possessionem animalis. Et possessor dabit illi autorem, det fidantiam de iure et de autore. Et si ille autor nominaverit autorem, hoc idem faciat. Et ultimus autor debet probare, quod fuit suum animal et erat tempore venditionis et sic adiudicatur animal possessori. Sed si de praefixo animali non dabit autorem, cum solus defecerit in probatione supradicta, reddetur animal auctori iurando tamen, quod illud animal non vendidit nec donavit

candina.vo y a veces también eu otras partes, sólo se permito el llamamiento sucesivo de *autores* hasta el número de tres (62).

Es de la mayor importancia para la inteligencia de esta demanda, el hecho de que en el derecho español, exactamente lo mismo que en el norrnando, se repita también con respecto a la reivindicación de inmuebles (63) esta limitación en el llamamiento de *autores* hasta la persona del tercer *autor*. Indica esto, necesariamente, que se trata de una acción real genérica que ha versado sobre los muebles antes que sobre los inmuebles, que se origina por cualquier hecho que haya motivado la pér-

---

aut aliquo modo alicnavit. Secus tamen est in alia re, quae non sit animal: quonia.m non tenetur dare autorem, nisi dixerit se emisse etcétera..

<sup>62)</sup> Así N. 58-61. Además Alba de Tormes § 24; Libro de los fueros 283i. -Se trata en primer término, no de que el demandado tenga tres plazos para ine.otar tres veces la presentación de Un autor -lo cual sin duda es también conocido por el derecho español (Fuero viejo, IV, 2, 4), sino ante todo de que el autor presentadó no baste, porque él no pueda afirmar que se trata de algo de su propia producción, y por eso se llega a los tres autores, uno detrás de otro. -Véa.se en el territorio del Norte de los Pirineos, el derecho de Laroque -Tirobaud de 1270 (Revue hist. du droit fran.;ais et étr. X, p. 15G), 220, VI: e plus gareot mas entroi a 3 garent no pusco aver en un plagb. -Sobre la limitación de la serie en el tercer autor, que aparece particularmente en el derecho escandinavo, véase Brunner, RG. 11, p. 502 y sig.

<sup>68)</sup> Usagre 98: et qui otor oviere a dar por hereditat a 9 días lo de et non passa mas de tercero otor. -Igualmente, la „(Summa de legibus Norrnaniae» (ed. Tardif) 49, § 5, 100, § 5, establece por base la prohibición <le que la serie de *autores* se prolongue más allá del tercer «autor». -Cuando en Uplandsl. Jortbae B. 20 pr. se permite expresamente un número discrecional de autores en los litigios sobre inmuebles, se ha de ver en esto la prueba de que primitivamente ha debido existir una limitación. -Si el *intertiare* significa llevar la renovación de *autores* hasta el tercer *autor* -interpretación que, sin duda, es combatida (Bruuner II, p. 503, N. 59) -habría que citar también aquí como perteneciendo a este orden de ideas el cap. 7, § 3, que aplica el *intertiarc* lo mismo sobre los inmuebles que sobre los muebles, -correspondiéndose así enteramente con el derecho español.

didada de la posesión de la cosa sin título jurídico -no, necesariamente por hurto -y, finalmente!, que no depende de la aprehensión material de la cosa robada (*Spurfolgo*) (61). En ocasiones se ve que la cosa retenida indebidamente se constituye, primeramente, en secuestro (65). Otras veces se testimonia que se incurre en la obligación de restituir el duplo si el demandado después del embargo enajena la cosa (66) y esta responsabilidad de un (*factus possessor*) sólo se explica admitiendo que a, pesar del *testare* hubiera continuado la cosa en poder del demandado. De los *por* sajés que tratan del secuestro resulta que el demandado se ve libre de sus efectos si mediante una promesa procesal se compromete a la presentación de *autor* (67).

En general no se distingue el juicio sobre reivindicación de cosas muebles del juicio de reivindicación de inmuebles. Así como con respecto al llamamiento sucesivo de *autores* rige la misma restricción sobre la persona del tercer predecesor para ambos casos, así también en ambos juicios, el *emparamentum* de la cosa (68), el *testar* o el *embargar* significa un *trabar*, un aprehender de la, cosa misma que se reivindica. -El hecho de que la aprehensión de la. cosa se corresponda plenamente con el procedimiento de la romana *legislatio sacrQ/nento* y sea por lo

---

G ) El fundamento interno de esta limitación en el tercer autor, sólo puede conjeturarse. Qui7.ás ha,y que concluir con respecto a esto: lo, que el principio significa que cuando el tercer autor no puede probar que la cosa que se demanda es de su propia producción, uo debe el demandante quedar vencedor sin más, sino que todavía tiene que demostrar su derecho a la cosa., mediante juramento; 2o, que rige la corta prescripción de un año con respecto a éste principio. Además de esto, significa esta regla lo siguiente: cuando una cosa mueble dentro de un año ha cambiado más de tres veces de poseedor, la sospecha de que haya sido sustraída por un ladrón o por un cómplice es tan grande que entonces no ya el último demandado sino al demandante e a quien se concede la prueba del juramento.

s.:) Fueros de Aragón I, p. 239 a, II, 1247 (C. 61).

66) Soria § 558 (N. 58).

67) Fueros de Aragón I, p. 239 a, II (N. 61).

68) Obs. I, de rer. test. § 17 (Fueros de Aragón II, p. 8), N. 55.

tanto algo general a los pueblos arios, quede aquí solamente mencionado (69).

Este *te.stare* que dimana de un derecho real se corresponde además, en sus líneas generales con el que tiene lugar con motivo de la interposición de una demanda reclamando el pago de una deuda. Aquí, como allí, se embargan de alguna manera cosas del demandado, y porque este acto se une precisamente con la intimidación ante testigos iniciadora del juicio, se le designa con la palabra *te.statio*. Aquí, como allí, también, anula el demandado esta actuación del demandante con la prestación de una promesa procesal. Pero en un punto muy interesante existe sin duda una diferencia entre ambos procedimientos. Cuando a alguien se le embarga una cosa, en virtud de un derecho real, conserva, su libre provechamiento mientras dura el juicio (7°); por el contrario, la *testatio* motivada por una deuda personal supone un embargo en el cual se quita al demandado el provechamiento de la cosa embargada, hasta la terminación del pleito (71).

3. En lo expuesto hasta aquí todavía no ha sido exacta y enteramente resuelta la cuestión de cómo hay que iruaginar que se realiza el acto del embargo. De un lado hay que considerar que se habla de un *llovmw sigiUare* o *domum testare*, y que esto significa una intimidación para una comparecencia procesal (72); pero de otro lado se distingue, sin embargo, entre el *mostrar la seynal* y el *testar casas con sellor* (73), y aun en ocasiones se prohíbe de un modo inmediato

69) Gaius IV, 16.

70) Sobre los inmuebles, se encuentran expresamente noticias en la Obs. I, de rer. test. § 17 (N. 55); sobre los muebles se encuentra lo mismo en Soria p. 180 a, IV (N. 58), lo cual presupone ya que a pesar del *testar* conserva el poseedor la libre disposición sobre la cosa.

71) Así Obs. I, de rer. test. § 17 (N. 55).

72) Véase el pasaje publicado en la N. 17.

73) Boletín XXXVII, p. 385, § 13 (N. 10). -Particularmente claro es el Fuero Viejo UI, 1, 3 (X. 10), donde el prender 5 sueldos de la señal, sigue al *aplar*, pero al mismo tiempo tiene lugar un *sellor la puerta del deudor*.

que el juicio comience con el *domum sigillare* (74). Finalmente, mientras que en unas fuentes el castigo contra la rebeldía procesal se instituye por una única, vez o por dos veces, en otras, en cambio, se impone este castigo diariamente y se le agrega el *encerramiento* (75). Ahora bien, este *encerramiento* puede no ser otra cosa, en absoluto, que el *domum te tare, sigillare* (76) y así se explica en-

H) Yf. Port. leg. 1, p. 356, 1111 Coimbra (N. 17). Libro de los fueros 78, esto es por fuero de un omne que muestra sennaJ de juez delante 2 vecinos derechos e non viene faser derecho ante el alcaJles; deve pechar 5 sueldos. Elt si por la sennal del juez non le fuere a derecho, deve el alcalle mandar aJ sayon, quel tieste la puerta e quel prende, fasta quel faga derecho.

i:ñ) N. 21.

76) Nste *te, stare, sigillare*, de la casa, es, más exactamente mira.. do. un *sig-illar (testare) portam*; el 1"uero Viejo IIT, 1, 3 (N. 10) coot.iene: *sellar la jruerla.*-:En M. Port. leg. I, p. 883 (N. 17), se embargan los bienes por la colocación de un bastón en la *puerta.* -:Jluii.oz p. 476, Ca.ssedá 1129: et in casa de cavallero de Casseda non intret saione et sua porta non sit sigillata. Obs. regni Arag. VI, de gen. priv. § 12 (.Fueros II, p. 46): item nullus officialis in Aragonia, postquam ad querimoniam alicuius signaverit domos, vel citaverit eurn, potest postea induciare illum sine consensu conquerentis ut cap. II de dilation. Notandum est tamen, quod de uso ese desiit coosignatio ostii domorum, nisi pro loguerio ipsarum. — ¡¡te *signare* significa ahora no sólo una prohibición <le entrar para el deudor que está fuera, sino ante todo -como posteriorment.e se ha de ver de un modo más exacto, --una prohibición de salir para el deudor que dentro de la casa se encuentra. -Resulta lo primero en Fuerns de Aragón II, p. 105 a/b, 1247: si duo habent dowos, tendas aut alias haereditate s simul et per medium, qui de altero eorum conqueritur: secundum forum poterit medietate!! ostii aut medietatem haereditatis signare et alii cum testibus prohibere, ne per medietatem suam permittat intrare illum, qui est particeps de praedicta domo, tenda., vel haereditate, donec ei satisfecerit. -Lo último, lo atestigua el fuero breve de Funes y Yiguera, § 29 (Boletín XXXVII, p. 452): todo orne, qui no ha. peyunos et es su (evidentemente, debe leerse *sin*) fiador, vaya al mayoral et demandel seynnal de rey e seynalel el primer día, que no ysta (seguramente *ysca*) de las lleras (según Navarra III, 1, 2 y sig., de la tiena laborable de una aldea., generalmente); en el tercero, que no ysta (*ysca*) de la casa. Elt si seynal crebanta cada-dia 5 ss. Al quarto prender. E. quodantas nuytes trasmytare (equivocadamente por *trasmuytare*), tantos meytros homicidios.-He ahí

tonces que, por el contrario, sea también el *encerramiento* la designación general empleada para las citaciones procesales, cuando precisamente está unido con el acto de la citación el *encerrar Clisa*, según ocurre en una difundida forma de derecho (77).

Cuando este *encerrar* no se realiza conjuntamente con la citación, sino que se aplaza para más tarde, el embargo por los 5 solidi o a lo más por 1 maravedí, que según esto antecede ahora al *encerrar*, debe limitarse a las herramientas y a los pequeños animales, exceptuando la casa. Así se dispone en algunas fuentes, consistiendo el motivo de esta limitación en el hecho de que un buey o un caballo sobrepasan ampliamente el valor de los 5 solidi (1 maravedí). Por eso sólo pueden ser tomados en prenda herramientas y pequeños animales que son suficientes para el pago de aquél (Estado o parte interesada) que tiene que reclamar la pequeña multa de 1 maravedí (5 solidi o algo semejante) con que se castiga la rebeldía procesal.

El embargo de ganado mayor, según alguna de las fuentes de referencia, debe seguir al embargo del inmueble, es decir, *qu* se considera como una consecuencia del *testamento ostii*, del *eruderrninto*. Por lo tanto, cuando este *encerramiento* --- frente a la primitiva manera --- se desplaza hacia el comienzo del juicio implica este desplazamiento la posibilidad para el demandante de hacer reefer el embargo asegurativo también sobre el referido ganado mayor (78). El mismo sentido tiene la prohibición que

porqué es el *sigillare* un *encerrare*. -Salamanca 18 habla en las querellas por delitos de Rangre, ele un *encerrar* del demandado .que produce el efecto de que éste, por tener qu" pagar 100 sueldos no puede abandonar la casa. Verdad e'i que est.c pasaje poi' sí solo no sería suficiente prueba.

77) Por ejemplo, Soria § 52: los maiordomos, qll e haiaa los encerramientos, que acehicieren a su tiempo de aquellos, que non vinieren a los plazos... si aquel que fuere encerrado, ficiere paga a su corltende<lor, ante que el ak<tld e vaia a facer la eutreg.a, non ha; por que aver el rnr. del entrega el alcaldde.

78) Según el fuero extenso de Viguera y Funes (Bol. XXXV II, página 382) § 114 (todo orne, que obiere clamor de otro, bien le

otras veces se hace, de prender en la casa; este príncipio rige particularmente en favor de los infanzones, esto es, de la población germánica (<sup>79</sup>). -El hecho de que prime-

---

prendara por peynno cumplido hasta 10 días ovejas o cabras o potros e no mas, sino fuere su deudor manifiesto) en los diez primeros días sólo podían prendarse carneros, cabras, potros (¿estará puesto equivocadamente en lugar de puercos?). -Llorente IV., página 83, 1H5 (véase la N. 45 anwrior) permite peindrar primera.. mente los *bona movilia*, luego los *immoviUa* y luego los moventia, esto es, las cabezas de ganado mayor. -Sobre el valor de este ganado mayor basta citar aquí Navarra V, f, 17, donde los caballos son valorados en 100 sol. y los bueyes en 50 sol. -J<h cambio los carneros son valorados en el Fuero Viejo I, 8, 14, todo lo más en 2 sol. -"Cna particular aclaración exige el Fuero de E'stella (Yanguas I, p. 448 y sig.): se trata aquí de un procedimiento contra un *fidancia*, esto es, de una prenda qlte se torna enteramente fuera del juicio, pero qn.c sin duda sólo recae sobre los muebles. Si esta prenda mobiliaria no da resultado, se llega al embargo ordinario de inmuebles con el *portas pignorar e*, pues la prenda privada arbitraria que origina la *wadiatio* se aplica sólo, como más adelante se ha de estudiar, a los bienes muebles. El procedimiento que aquí se instituye, se describe de la manera siguiente : } t si ille pignoras monstrare noluerit, ante quam portas pignoret, postquam portas pignoraverit non accipiet alia pignora nisi hereditatem suam et, debet accipere noluerit. Sed si in .suam domnm ille pignora habct, non dcbct pignDI'are sna pecora de foris ; sed si suam bcstiam in víam invenerit., illum, Bi pignoraré voluerit, poterit et non seddet ( ?) per aliam bestiarn, si ipse non voluerit. -Sigue ah ora el pasaje transcrito en la N. 46. Este dice: cuando ha resultado un *portas pignorriré* no se acostumbra permitir que el acreedor tome además una ;:renda rnobíharia. Este acreedor puede ahora prender lo,l *pe cora* que se encuentren en la casa y no necesita prender los animales de fuera de la casa, pero pued'e hacerlo si quiere y encuentra de camino un animal. O sea, precisamente, que antes de que tenga lugar el *portas pignoraré*, 110 está facultado el acreedor para embargar los animales que en la casa se encuentren, a pretexto de un derecho de prenda sobre muebles.

<sup>79</sup>) Fueros de Aragón II, p. \:lG a, III, 1247: cum super aliquod factum voluerit homo pignoraré, alium hominem et is, quern vult pignoraré, habuerit pignoram vivam qualem iudicat forus, si tenuerit eam inclusam, ut qui se clmnat de eo, non possit eum pignorare, qui conqueritur secundum forum, debet mittere suum nuntium ad portarn de illo, qui facit ei tortum, per 3 días. Usquequo stellae appareant, debet stare nuntius ad portam, ut vidaat, .si exicrit illa pignora deforis, ut sic pignoret eam. E:t si non exierit

ramente exista un embargo sobre herramientas, nos lleva de nuevo sobre los fueros del grupo Usagre-Cáceres-Salamanca, donde al comienzo del juicio no *se tornan*, en verdad, herramientas, pero sí *se dan* <sup>(80)</sup>.

4. Ahora ya, se llega a una decisiva comprensión de las formalidades jurídicas que en la iniciación del juicio confluyen. Tres especies de estas formalidades se ofrecen a nuestra consideración: 1º La intimación procesal al contrario (*el parar fiel*); 2º Un embargo del contrario por una pequeña multa, recayente en su totalidad o por mitad en favor del Estado, el cual embargo es consecuencia del empleo de una señal considerada como *sigillum j'egis* -que primeramente consiste en un bastón; 3º La colocación de esta señal en la puerta de la casa del demandado, con lo cual se produce un *encerrar* de éste.

Que esta tercera actuación, poco a poco unida a la apertura del juicio, se presenta primitivamente en el *strulvum* posterior, ha sido mostrado ya en lo expuesto hasta ahora. -La segunda actuación, esto es, el embargo con exhibición del *igiUum regis* atraído ahora en un modo directo al comienzo del juicio, significa que este juicio se inicia con un *pignorari*; pero se ha visto ya, igualmente, que también este

intra praedictos dies extra portam, dominus villae licite sine iniuria poterit signale mittere in casas aut in corpore de illo homine nisi habuerit casas. Julioz p. 104, Santiago 1113: Se prohíbe *ignora.re* en la casa habitación de los *nohiles* y también en las de los restantes habitantes de la ciudad. Frente a esto, allí donde no se encuentre ningún animal *extra domos rusticanas*, se permite que *pro pcrprdrata calnmnia-vivrius-domu.111 praesigillet rel inde pignus abstrahat*. -Esto es, que en las viviendas aldeanas (o sea en las casas de los *Grundholden* de los ínfanzones) se permite la prenda cuando fuera de ellas no se encuentra ganado; pero *esto* va formando parte ligado a un *sigillare* de la casa. -También hay que citar aquí el Fuero viejo III, 7, 2, donde el *prender* de un hijo algo por otro sólo se concibe como un *prender* de *sohriegos* de aquel. -Además Yanguas I, p. 4±8, N. 78.

<sup>80)</sup> - 35. La *bestia murtua* es lo que se instituye aquí en primer término. Sólo después del transcurso de 3 días se llega a la colocación de otra prenda, al igual que según el pasaje citado en la K. 79, debe contentarse el demandante, a lo largo de 3 días con la prenda" que se encuentren fuera de la casa.



embargo que se une a la intimación al demandado y que sobre la exhibición de la *scñ7L* se apoya, es algo posterior en punto aJ tiempo. Primitivamente sólo pasa este .acto a n n primer término cuando el demandado, durante un dfa, menospreia la. intimación proc.esal.

Toda.s las fuentes vemos que parten del principio de que se une a la intimación del demandado la exhibición de una *señal*. Es esta una costumbre que Lambién en otros derechos germánicos puede aparecer, pero que no es en ellos general. Repitámoslo : la intimación que el a.creador hae al deudor en casa de éste último y a presencia de dos testigos -que no es cosa distinta de la *mannitio* franca y de la *heimstefna*. noruega (8<sup>1</sup>) -se una en España con la. exhibición de un símbolo que deriva del Rey.

¿Qué significa la exhibición de este símbolo ? Ha sido ya expuesto que •este símbolo se considera en último término como un *sigillum* del Rey, que (8<sup>2</sup>) la exhibición de la señal se concibe como un requerimiento (*enm'.ar por*) henho por el Rey al demandado y, f inalmente, que el objeto empleado como señal es un bastón. Precisamente en el empleo de este bastón que el funcionario -o, en todo raso, también iel mismo demandante, -exhibe, estriba el hecho de que en l':s-paüa se designe de un modo general con la, pala,bra *bastona.ríÁ* -portador del bastón -al funcionario encarga,do de una ejecución judicial (Yollstreekungsbeamten), palabra. ésu., que tambi{n se emplea para designar al rpresentante privado de una persona (83). l\fas volviendo ahora sobre el or\_i-gcn de este uso del *bastón*, hay que considerar en primer término que los reyes españoles, junto al *s:·eprum* llevan además una *framea* (S4), así como los otros reyes germanos junto

81) Brun ner, 11, pág. 333.

s2) - H

s<sup>3</sup>) Para lo primero basta aquí L; Sav. St. G. A. XXXV, página 432, 1090: illc ciidst:anns cuul uo bastonar:o de illo ludaeo, aut si per se non quae;ierit litiare ilb crist.ianus, mittat bastonarium pro se (E. de Hinojosa: Documentos... 25).

8<1) Historia compostellana I, 6G (España sagr. XX, pág. 120) 1110: pontifex eum in regem i11lxL ense quoque el sc'.ptrmn ei tradidit el aureo diademate coronatum in 8ede pontificali regem

al cetro sostienen una *vi,-qa*, que, primitivamente, debe haber consistido en una lanza (8); la forma española atestigua con seguridad que el bastón real traído junto al cetro ha sido una *lanza-bastón*. En Cataluña son señales de la protección real los *peñones*, esto es, los bastones provistos con banderolas (86); y en el territorio gótico del Norte de los Pirineos, durante el siglo IX resalta lo mismo de un modo muy plástico, puesto que un Conde coloca bastones con banderolas sobre un inmueble y con ello lo protege con su paz (87). Todavía se atestigua en otras fuentes que la bandera fué también un símbolo empleado por los monarcas hispanogodos (88). Ambos objetos -tanto la *fratellum* como el asta de la bandera -pudieron ser la forma básica del *bastón* que se emplea en la citación como *signum regis* y que en el acto del *encerramentum* se coloca a la puerta de la casa del demandado.

De un modo absolutamente general testimonia el derecho español que en los negocios jurídicos germánicos, la existencia de un trozo de vestido y de un arma equivale a la presencia del propietario de estos objetos (89). El bas-

---

-stitutum residere fecit. Deinde, missa ex more solemniter celebrata, regem novum reducens ad palatium suum, episcopus omnes Galliae proceres ad regale invitavit convivium, in quo clarissimus comes Petrus regis dapifer extitit ejus filius Rudericus clypeum et frameam ad regis scapulas Alfericeus tenuit.

85) Mi Einkleidung, p. 93; además v. Amira: «Der Stab», p. 111.

86) Cortes de Cataluña I, p. 91 e, í, pág. 203, c. 5; además mi trabajo publicado en Z. Sav.-St. XXXV, p. 432 y sig.

87) Villanueva: Viaje literario a las iglesias de España. IY, página 202 (de comienzos del siglo X): Ermengaudum Albiae comitem adiunt, orantes ut sata condarninae, quae in latere ipsius cellulae sita babebatur, ab hostium invasione equorumque depastione sub tutela servando protegeret... qui praecepit ex palliis sancto Vincentio a pauperibus mulieribus anteriore tempore oblati a totidem virgis alligari, sicque in circuitu iam florentis agri pariter -tum ipsis affigi, quatenus eo signo a messis direptione nostes temperare deberent.

88) Navarra I, 1, 1: et el rey que aya siello pora sus mandatos .et Illoneda iurada en su vida et alferiz et seyua caudal.

89) Part. II, 'D, 22: los antiguos tanto encarecieron la honra de los caballeros, que non tan solamente dexaban de facer la prenda, do estaban ellos o sus mujeres, mas aun do faltaban sus man-

tón o una lanza, en .Particular, se emplean generalmente para la afirmación de un derecho (Rechtsbehauptung) (9°)

Particularmente antiguo, es este empleo del bastón en Navarra: aquí, cuando en el bosque comunal se deben cerrar pastos para caballos o vacas, se hace uno dar la *pertú:l* del administrador del rey (ouvero) y arroja ésta. doce veces lejos de sí, para con ello medir la longitud del cercado. Esta. pértica .es: o guarnecida con hierro o desprovista de metal, pero siempre debe ser de madera die avellano pulimenta'.;lia, por medio de un descortezamiento (91), o sea el bastón blanco de otras fuentes del derecho germánico que, según mi opinión, anteriormente expuesta, debe ser concebido como el asta aparejada de una lanza, bandera o hacha. I significativo que otras veces, en el mismo derecho, la toma de posesión 'de un desmonte en el bosque tiene lugar, arrojando el roturador un hacha, de;nuevo doj;e veces, a lo lejos C )- Resulta por tanto evidente que el simple particular, r:omo el rey y su funcionario, se sirven aquí de un arma para la demareación y afirmación de un derecho sobre el suelo (Bodenrecht) ; implica sólo una equivalencia, pacífica del mismo acto jurídico, el hecho de que en una ocasión, el representante de un monasterio, enarbole para estos fines una cruz (93). -Si uno toma en conjunto todas estas mani-

---

o sus escudos. -Además Gama Barros: Hist. da administra- publ. en Portugal I, p. 40,1, N. II. -Que el escudo está en lugar de la persona a quien pertenece, se ve también en Muñoz p. 392, 1102: et senior de casa sorxerit non crepantes nuestro foro e forciaveriat e esteterit usque 8 dics, leixet ibi su escuto; este es un pasaje cuyo sentido ahora (como en mi Einkleidung p. 82, N. '15., todavía no puedo descifrar enteramente.

Que el traje representa a la persona de su dueño, se ve muy dmmáticamente en la Leyenda en prosa del Cid (Prim .crónica.. general ed. R. fenéndez Pidal, 941 (p. 629), donde el Cid, al enviado del Sultán, que trae una pieza del vestido de éste, lo besa. como besaría al propio Sultán.

90) Pere Albert c. 4 (Constitutions y altres drets de Cathalunya, Barcelonaa 1588, p. 851): ficant aquí pal o langa o alguna cosa semblant en senyal de rcecebuda postat.

91) Navarra VI, 1, 1, 5.

92) Navarra, VI, 1, 17.

93) Navarra II, 5, 2.

festaciones, se observa que la investidura significa tanto como la presencia misma de la persona que invistió. Y como la presencia del Rey presta a su mandato fuerza de derecho (94), se explica que se emplee una imagen del príncipe con la cual se reemplaza la orden dada personalmente (95). -Este sello con la imagen del rey no tiene, por tanto, en España -y lo mismo en otras partes -otra significación que la de reemplazar su presencia, como ocurre generalmente con toda imagen del rey dentro del orden jurídico (96). — Mas no sólo la imagen del rey, sino también sus armas, disfrutaban expresamente de una particular protección jurídica (97), resultando por tanto que en las fuentes hispánicas se encuentran abundantes documentos que acreditan la exactitud de mi doctrina sobre la investidura. Inmediatamente

94) Especulo II, 14, 5: las cartas e el seello del rey deven otrosí seer muy onrados. la carte porque es palabra del rey e demuestra su voluntad e el seello porque a en el su imagen e su señal confirmamiento e testimonia., que el rey quier lo, que la carta dize. J<It por ende mandamos a aquellos que las cartas del rey recibieren, que las obedezcan e las onren como si el por su persona dixiese lo que su carta dize.

95) Según el Poema de Fernán González (Ed.: farden Baltimore 1904) de la mitad del siglo XIII -págs. 655 y sig. -se pide una imagen de piedra del conde desaparecido: sobre aquella piedra. fagamos todos nos otros jura. Assy commo al conde todos las manos le besemos, pongamos la en un carron, ante nos la llevemos, por amor del buon conde por sennor la ternemos, ¡pleyto e omenaje todos a ella farcemos, la senna de Castycilla en la mano l pongamos. -Casi la misma concepción se encuentra en la Crónica general c. 712.

96) Part. II, 13, 18: et esto fecieron porque tarobien la imagen del rey como su seello en que esta su figura et la señal ,que traie en sus armas et en su moneda et en su carta, en que se emienta su nombre o que todas estas cosas deben seer mucho honradas, porque son en su remembranza do el non está. -También además Espec. II, 14, 6.

97) Por ejemplo, se ve esto ya en la Part. II, 13 18, donde las *sdiales* del rey sobre sus *armas* son protegidas, lo cual no significa otra cosa. sino que se protegen las *armas* del rey. -Véase además Espec. II, 14, 7: si pena merecen los que en los imagenes del rey fazen daño segunt iiue dixiemos, quanto mas los, que fecieren. en el escudo, que el rey trae ai otro o lo desclavillan o fazen en el otro daño a mala parte o ronpen o tajan su seña o su pendon\_

se completará esta documentación con nuevos testimonios al estudiar el significado de la palabra *cauto*.

Ahora, en virtud de lo expuesto, es ya comprensible el hecho de que se emplee la <:eñal del Rey en el acto de la intimidación procesal. Aquel que exhibe la señal habla como mensajero del Rey, y el rebelde es rebelde contra el Rey, por lo cual se le pena con una multa que aearre't un embargo para hacerla efediva. La colocación de la señal real en la puerta de la casa del demandado rebelde significa que el rey reclama los bienes de este demandado constituido en rebeldía, esto es, que quedan sujetos a una prestación personal. Siendo muy significativo que la palabra *emparwmentum*, que según el derecho aragonés equivale a *embargo*, se refiera también siempre en el derecho catalán a un embargo, pero de tal naturaleza que sólo puede hacerse anular por un juicio contra el príncipe ; o sea que se refiere a un embargo motivado por una prestación personal de Garácter tributario (9ª).

5. En oposición con todas las formas hasta ahora descritas existe otra que se encuentra tanto en el grupo de .Teruel-Cuenca como en un fuero portugués que pertenece al tipo Usagre-Cáceres, y asimismo también en un fuero del dominio de Salamanca. Así como según lo expuesto anteriormente hay que considerar una doble especie de embargo al comienzo del juicio : uno necesario, de parte de los bienes del demandado, para asegurar el pago de la multa que se le impone, si ante la intimación procesal no presta la, cores\_pondiente promesa de comparecer en juicio, y otro, sólo posible, que se desplaza hacia la iniciación del juicio, y con el cual se hace efectiva una prestación personal tributaria (Fronung), en la forma que ahora vamos a examinar se ini-

---

98) Usatici c. 6G (Cortes de CataJuña I, p. 2:3\*): simili modo firmissime observetur treuga et securitas, quam perceperit princeps inter inimicos teneri, quamvis ipsi inimici eandern treugarn ei non auctorizaverint. Et emparamentum, quod fecerit princeps per se vel per nuncium suum vel per suum sagionem vel per suum sigillum, nemo sit ausus ei deseparare nisi primum fat.igaverit. se de directo in principem ad consuetudinem curie. -Sobre emparamentum en Arag6n véase la N. 49 anterior y siguientes.

cia el juicio, tomando el demandante al demandado una *caña* o un *bastón*, hecho éste que hay que considerar también como un *pignorare*. Si el demandado declara su propósito de comparecer ante la justicia, esto es, si presta una promesa procesal, no puede ser prendado de nuevo. Si no la presta, puede serlo nuevamente cada día. Más; adelante se deberá volver más exactamente sobre esta forma de ejecución, y entonces podrá ser estudiado su sentido. De momento basta con dejar consignado el hecho de que en una serie de fuentes se hace la apertura directa del juicio por medio de una prenda, pero esta prenda carece de valor económico, es una caña o un bastón (99). Interesa advertir que dicha prenda, que es un

---

99) Ante todo véase Teruel 133 y Cuenca XVII, 1, 2 (Zorita 374): (El último es más bien que el primero): Item mando, quod quicumque vicinus Turolii de alfo vicino habente domum populatam in villa querimoniam habnerit, prima die oum sagfone (Cuenca tiene *vidno*) pignoret et oapiat pro signo paleam iuxta forum. Prima die ideo rmandamus signum oapere, ut si pignoratis super illud forum habere voluerit (en Cuenca se lee voluerit; el nolnerit de la impresión de Teruel es un error palpable), non amplius pignoretur: Sed si pignorator super illud signum pignoraverit (Cuenca. contiene super hoc dictum illnm [esto es, a pesar de la declaración del demandado de querer comparecer ante la Justicia] pignoraverit. neo) satisfacionem recipere noluerit, reddat. pignora oum 5 solidos. Et quod dicimus de signo, dicimus de aliis pignoribus iuxta forum. Sed tamen sciendum est, quod postquam aliquis super signum exire voluerit (impreso, falsamente, *noluerit*) ad forum et pignoratus aliter non fuerit, usque ad novem dies signum aliud non accipiat iuxta forum. Si vero pignora tenuerit et ei redempta non fuerint vel soluta. alcaldorum iudicio. non itero signum capiat pignorator, quia, ut forum preoipit per 9 dies, postquam signum unum aocperit, non debet aliud signum accipere (el pasaje desde «tamen sciendum» hasta aquí, falta en Cuenca). Ille autem qui super signum ad forum exire noluerit, ut dictum est superius, pignoret eum adversarius ootidie sine calumpnia, quosque ad foruro exeat pignora.tus. -Alba. de Tormes, § 1, § 35 (este § véase en la N. 6); Bol. LXII, p:190 (Ciudad Rodrigo, final del siglo xu) si laicus habuerit ranciera de clerico o clerico de laico, prind ili a foro Hoderrici prima die palea e altera die staco e altera die pidase bestia cum foro; et laicus pindr-e oum clerico et clericus, cum laico. -M. Port. leg. I, p. 791 (Alfaiates 1188-1230): véase la N. 11 anterior; p. 792: totus horno, qui pignoratus fuerit et pastea se fuerit de villa, si firmare potuerit, quod, postquam la palea prindavit, in ville t.estificavit euro, las bes-

mero *signum*, como se trata de un *signum* que se *tom1* al demandado, se encuentra en la más aguda oposición con el *signwm regís que oxhii.e* un funcionario o el propio demandante.

6. Este *pigne>rare*, que se realiza por la. aprehensión de una *palea* o de un *Bta<ms*, tiene una configuración enteramente particula.r. Frente a esto, la palabra *acJtar*: nos lleva de uuevo a la forma. ordinaria de realizar la apertura del juicio, pero encierra dentro de sí una serie de señales independientes que para progresar en esta investigación son de la mayor importancia.

La palabra *acotar*, *t.nootar*, se encuentra a menudo referida a la. citación, a la multa por rebeldía y a. la ejecución subsiguiente a que conduce el menosprecio de la citación (1<sup>o</sup>). Mirando más exactamente, se ve de nuevo que eoi:l la

tias ibi iacendo, adducant eum. r. 793: mulier vidua pignoret pa... leam et stacum et petat bestiam ut supra notatum est... Clerici pignorent paleam et stacum sed curn clerico et laico et laici simili modo ad illos. Et iudei pignorent paleam et staco et petat bestiam cum iudeo et christiano et christiani similiter ad illos. P. 830: todo humine a quien pendra.rem palea et staco et miterre bestia et non pa... rar fiel super illa primera día, mittat alia bestia aut prendarent illos penos de 1 morabetino al foro ; et quantos dias passare de tercero dia, tantos morabetinos pectet. Et si fiel parare, super la bestia primera respondat. ,l'. 837 : nullus vicino de villa, qui sua casa tenuerit cerrada, et altero hornine, habuerit rancura dpo, prendre paio et staco al foro et mittat sua mano ínter las portas, si (en lugar de *sic*) potuerit et dicat lo ad suo vicino aut iad vicina. Et si non venire(t) dare directo, accípiat pennos al foro aut portas, usque habeat directo.

<sup>100</sup>) Teruel l'i9 (Cuenca XIX, 23) : similiter si debitor incauta,... tus ad placitum non solverit sive ad placitum non venerit etc. l80 (XIX, 24) : si debitor incautatatus ad placitum non solverit et extra terrninum fuerit etc. -Sepulveda 218: tot omme, que fuere aportel;ado de la villa o el que fuere amo del caballero, que criare su fijo o su fija sí alguno lo acota.re etc. Salamanca 252: todo clerigo, que ovier rancura de liego, nuestras justicias de conceio encote(n?) lo, que meta bestia en casa del arcipreste; 281 de las justicias, quando acotaren, hy digan por quaJ cosa acotan e si lo non dixieren, non meta bestia; 337, a quien acotaren (es decir, los alcaldes e los justicias) e non metier bestia, peche 1 mora,.. vedi. Ledesma 37: acoten los iurados a los alcaldes.

expresión *a.cotar* o *ponere ctiuw*, *couto*, se designa el hecho de un embargo, por lo cual hay que equiparar el *acota.-e* con el *tcsi>ificare, ernbdrigare, emparare opvgnorare* (1<sup>o</sup>). Cuando se emplea la palabra en la frase *w1wr (:oto -o, vista de otro mod >*, *caer coto* (1<sup>o2</sup>)-parece que debe referirse a la colocación de una señal, y en efecto, en una ocasión se designa con la palabra *cauto* (*coto, c<tuto*) (P<sup>3</sup>) directamente, la señal que exhibe el funcionario encargado de la citación.

Muy a menudo se emplea la palabra *eauto*, *couto* en el sentido de una orden protegida con una multa. El hecho es tan común, que no son necesarios documentos probatorios (1<sup>o</sup>);

101) Ineditos de hist. portug. IV, p. 582, IV *fart.inho* de Mauros: El *portmro* cita con las siguientes pa.la.bras: «En foaa-0 (fulano) porteyro ponho coutl a foaao e a sa molher en esta herdade» e <lyra que lho manda hy foaao e sa molher que entendem em ela aver dyreito; e pom día as partes, que vaa perante o j:ny. Et se he sobre movyl, pom cncouto nos bees, que a aquel, a quem pom o encout.o; e se hy dyvida conhel(uda fara lago o porteiro la entrega: -es decir, que lgeneralmente, se produce un embargo, pero no una ejecución judicial de lo embargado (*entrego*). -Es enteramente notoria la identidad entre el *le.tare* y *pon.her 1m cauto*. Véase allí mismo, IV, p. 617, IV (Torres Novas): na clausula da foro, em que diz, que he lcontehudo, que signal dalcayde ou de juiz come testemunho dizcm, que he costume de Torres uovas aguar.dado por costume, que o juiz on o alcayde podem encoutar a algué en nome.doutrem, dizendo ¡alca.yde ou o juiz: «en vos \_ponho encouto, que tae causa, que teend:es, que o dedes a, nenguiñ ou nom no <mtreguedes em vasa casa nem em vossa hcrdade ou doutrem alguñ, que lhy assi seia quereloso; e o que assy britar o encouto, que pollo.alcayde for po:=ii:o, pagarilha 60 saldos. -Se aclara esto adernas en Úsagre 192: tod omme, que barafa.re sobre defendemiento de alcalde, pectet 1 moraveti a los alcaldes et per esto non a.cote per bestia, sed pignoret, -es decir, que por la multa que el Juez imponga por alboroto promovido ante el Tribunal, no debe tener lugar un embargo -un *acotar per be.tia* -sino, directamente una prenda.

102) Sepulveda 92: qui por coto caído amparare pennos a los alcaldes, peche l marabedi e entregue al quereloso.

103) Así se ve en Ined. de hist. port. IV, p. 617, IV (N, 101); en Salamanca 183 se designa el enosprecio de la citación como un *pasar* la señal de los alcaldes, mientras que por otra parte aparece (N. 100) el mandato, la orden, como un *eiu,otar*.

104) Quizás: Fuentes para la historia de Castilla IU (Becerro-gotico de Cardeña ed Serrano), 1910, 4, 963: ad parte dominus.



pero para comprender la técnica de esLe fenómenoJ es de importancia que se hable ,entonces de un arrojar (*erlliare*) el *coto*, esto es, de que aquel que da la orden debe arrojar en tierra un objeto simbólico cualquiera (t<sup>o</sup>). Se corresponde con esto, el hecho de que, como anteriormente se ha visto, se hable con respecto al empleo del *cto* en un juicio, de un *poner c.;to* o *ernr cofo*.

Esta. última aplicación de esta palabra conduce a una última significación de su sentido que hace posible una construcción definitiva. Así como otras veces se emplea la palabra *.signwm, señal*, para designar el territorio de una aldea sometido .a un señorío (1<sup>o</sup>5), así también se emplea muy a. menn\io la palabra *cauto, coto, cauto*, para designar una particularidad jurídica de alguna localidad, ante tod'o un señorío territorial privilegiado (t<sup>o</sup>7). Ha.y que hacer constar igual-

---

ferre in cauto 100 sol. Teruel 501: si quis autern cautu10 alcaldo-rurn sive concilii ,non tenuerit, quod ipsi in cauto posuerint, J\_leC-tet. -552: et .omni ille, qui istos cautos vel foros frangere NO-luerit, sit a deo et urbe, concilio Turolii rnaledictus.

<sup>105</sup> Sepulveda 209 : otrosi Todo alcalde de Sepulveda, que echa-re los cotos.

<sup>106</sup> Por ejemplo: Fueros de Aragon I, p. 183 a/b, 124,7: nec debet in ipsa villa, ubi est dominus, dare suos cornUensales in testes nec aliquos de suo signo aut honore. --Además Navarra J, 2, 2: 'en la villa, o el rey ha su seynal.

<sup>107</sup> l'or ejemplo ;\L Port. ch. 861, 1097 (Conde Enrique) : ponimus tibi cautum et degretum, et nullus homo ibi ingrediatur pro malefaciendurn, non pro rapina, non pro peniora., non pro charac-tere neque pro rausso neque pro homicidio neque pro nulla ,calumnia, sed libenirn et persoluturn tibi illurn damus. -H'sp. sagr. XVIII, p. 348, 1156: confirmo tibi cautos tuos tarn veteres quam llovos, in-ter quae dignum duxirnas exprimere propriis vocabulis id est cau-tum Villaemajoris ubi sedes est et cauturn l'. Martini etc. P. 353, 1178: etsi nostri príncipes -cautos ecclesiae vestrae vel terminos nomina.ta.e divisionis violenter irrumperint. -P. 364, 1202: rneum castellum de portela cum toto cautu de Villarenti. XX, p, 535, 1133 confirmamus, ut hujus rei publice reum nulla casa vel calltu teneatur. Ferreiro, Hist. de -Santiago de Gornpostella III, app. p. 32, 1090: infra terminos ipsius rrontis et cautos a nobis ilauda-tos. Usagre 308 y análogamente Salamanca 87. JI, y Alba. de Tornnes 61, ecnplean la palabra *cotos* para designar los límites del lugar de un combate, lo cual en Salamanca 87 se designa corno *senal*.

mente que con alguna frecuencia se emplea también la referida pa.labra para designar toda señal exterior (*marã;e, patronos*) mediante la cual se marca una propiedad territorial (c<sup>rs</sup>); y todavía más frecuentemente es el *rol.o* un signo que se diferencia del *ãadrO!fl,i* y del *peño*, esto es, de la bandera, e incluso una vez de la *señal*, así como de la *t'.orta* (109). Eiste signo es plantado (*pZa,ntare*). o colocado (*poner*); y u uno u otro caso, es a veces el Príncipe por su propia mano quien lo planta o coloca (110).

Implica un tal *cau.tarne* la más alta protección de derecho, lo cual se expresa mediante la palabra *honorare* (rn). Y como a todo tercero se prohíbe la entrada violenta en el lugar así protegido, se llega a la conclusión de que el *ãauto* no re-

---

Para las acepcione portuguesas de esta palabra, véase Viterbo: Elucidario I, p. 316 y sig.

ios) Así por ejemplo M. Port.. Inquis. I, p. G8i : interrogavit i;i cautaví1. ipsurn cauturn per ca.rtarn sive per patronos, dixit per padrones. P. 183: intrrogavit quis cautavit. earn, dixit, quod nescit, sed vidit ibi stare marcos et padrones. - Véase además también a ..Muñoz en Hevist.a de Archivos IX, p. 93: la demarcación de sus propiedades hecha con hit.os piedras fijas o cadenas, era una especie de luga.r sagrado llamado coto.

<sup>109</sup> .:VI. rort Inquis. I, p. 177: Interrogatus, si oneravit ea.m dominus rex per pendonem vel pcr cartam aut. per cautos, dixit, quod ncc per pendonem vel per cartam vel per cautos. I, p. 521 a: si est onrata per perdonem vel per cantum vel per patronos vel per cartam. I, p. 349 a: interroga.tus si per pcndonem sive per cautos sive per cartam. I, p. 6Hi a: sí est onrata per pendoneID sive per ca.utos sive patronos. P. 618 a: quod domirms rex Alfonsus veteri:ssimus cautavit eam per cautos et per patronos. 1'. 666 a: deinde ad coutmn de Tiortaleirus, deinde ad coutum de Graleira., deinde ad coutum de J<ar,al, deinde adyortelam de Arotea... dcinde ad ficurneam, deinde ad patronem. -Llorente IV, p. 181, Llanes 1168: todas las a.Ideas, que yo el rey don Alfonso di al consejo de Llanes por peño e por señal e por coto, sean iulgada.s como Llanes.

<sup>110</sup> JI. Port..ch. 864, 1099 (N. 107); 1\1. l'ort. Inquis. I, p. 4il7 : interroga.tus, quis cautavit eam, dixit quod domina regina Domna Maphalda. Interrogatus .quomodo scit, quod ip8a cautavit eam, di:út quod vidit et passus fuit, quando plantaverunt ibi cautos. Inquis. I, p. 45 b: S. l\Iaria de Yerea est cautat.a, quam cautavit dominus rex Sancius propria manu.

m) N. 108.

presenta otra cosa que la hispanica inmunidad (112). En ocasiones se instituye expresamente una severa pena contra la infracción de esta orden (113). Que todo el territorio así acotado entra bajo la protección directa del monarca, se prueba por el hecho de que se emplee como símbolo una bandera-que ya antes de ahora hemos visto utilizar como *s. ñil* de la protección real (114), y además porque se declara a las justicias del Rey directamente competentes para conocer de la violación del *cauto* (115).

Si uno se pregunta ahora qué elase de objetos se nLiliz,an como *cauto*, se ve que junto a la bandera existe la posibilidad de que se emplee alguna otra cosa que pertenezca al equipo del Rey. El hecho de que este objeto no sólo se *planto*, sino que también, en ocasiones, se *arroja*, obliga a pensar que se trataría de una herramienta. Pero si se reflexiona, en que en el clerecho de Kavarra se arroja un bastón que pertenece a la CL•rte del R.ey, para sentar una afirmación y demarcación de derecho, -**al** igual que acontece, por otra parte, por medio de un *cantar.e* (116), -**se** llega a la conclusión de que el *ba-tón*, que según lo anteriormente descrito, se emplea como *s-ignwm n:gis* en la apertura del juicio, sirviendo entonces para hacer efectiva una tributaria prestación personal (*fronwng*) puede ser también a propósito, posteriormente, para proteger un territorio jurídicamente con la *paz real*. Una Yez más se utiliza precisamente algo perteneciente al equipo militar del monarca -**la** bandera o **la** lanza, -**para** eubrir con su *paz* un territorio, para hacerle territorio personal del Rey.

11) ¶l. l'urt. ch. 86l. 1097 (X. 106) ; además Gama-Barros, Historia da admuislra<;alf em Portugal I, p. HO y sig.

113) ¶L l'urL lcg. I, p. 358, J 102: et cum foro cautavit illo comite domno Henricu de ribulo Odon usque :ri[Qndego in 150() modios et nullu homo, qui ibi intrar per virto pous homicidiam aut pou sernun aut ulla re, componat. illo capto. P. 875, 1159: et ille captum (en la traducción *couto*) que vol>is mandatis, sedeat per suis terminis et si nullus homo inrumpere noluerit illum, <let 600 solidos a regü.

rn) 1. Su, 86.

n:) ¶l. Port. leg. I, p. 303, c. 198.

116) X. 91, 9.

Pero ahora la cuestión a estudiar es esta: ¿qué significa la palabra *ca'idum*? Desde luego esta palabra no tiene nada que ver con la palabra *cavere*, pues en las fuentes, de una manera reiterada se emplea *captwm* en lugar de *cautum*. Tampoco puede derivar de *capere* o *captare*, porque en los pasajes en que se encuentra no se trata de nada que sea *rapto*, sino de algo que es colocado o arrojado (m). En cambio, en ciertas noticias se observa con seguridad que la palabra en cuestión está relacionada con las voces *caput* y *ca'o* (118) que son las empleadas en las fuentes hispano-portuguesas para designar la *persona* (119). Por tanto, si se tiene en cuenta que

---

117) *Captum* = *cautum*, *captare* = *cantare*: M. Port. leg. I, página 333, 1102 (N. 113); p. 375, 1175 (N. 113); Esp. sagr. X. 11, p. 271, 1151: et placuit illi imperatori, quod si omnes heredes captassent, quantum ibi habebant et dimississent ad praedictum monasterium, ille captabat ad ipsum monasterium, quantum ibi habebat. . . 1; eque habeant uillum vasallum in totus suos captas. -Que la palabra *capere*, *captare*, en el sentido de agarrar se transforma también, suavizándose en la expresión *cautus*. se prueba con *l'uflo* p. 27; Palenzuela 1078: horno... qui aliquem mactaverit, non sit cautus ab eliquo, sed vadat liber. -Pero *capere*, *captare*, no se ajusta aquí al sentido expuesto.

HS) *l'uflo* p. 39J, 11G9: Bt homines de Linares, ubi habuerint iudicium vel iuncta cum homines de alias terras habeant medianito per lo couto de seu terminum, -en L p. 586, 1220, se dice: in capite suorum terminum; y en T p. 131 in eaho <de suos terminas. -La justicia debe administrarse dentro de sus límites señalados con marcas, y esta demarcación se designa con las palabras. *couto*, *caput*, *cabo*, etc.

1Ht) *l'uflo* p. 43G: qui demandare furto, de 10 menea les a suso faga la manquadra con un vecino -et de LO maravodis en juso faga manquadra por su cabo. -Col. de documentos p. la hist. le Aragon I. p. 100, 10(il, ant. de suo capale se quesierit faoere. -Ined. de hist. Port. Y, p. 124, IV: nonne orne non pen10re bestia daldeyau senon por su cabo. -Fuero Yiejo I, 8. 1: i los escuderos... fuesen a las casas en su cabo sin otros ornes; TU. 7, 4: el fijodalgo puede prender en lo del avadengo en suo cabo. -Tfay que citar aquí también el hecho de que el agarrar a una persona se exprese como un prender a cabezones (*l'uflo* 49G: si noluerit dare fidan7.a e non invencrit ei pignos, prendalo a cabezones). -Finalmente se emplea *ra.bo* en el sentido de persona cuando el otorgar confianza a alguien se expresa con las palabras «facere cabo super aliquem» (:l. Port. leg. L p. 151. 1096: quod faciam ad rns bonos homines

toda señal que por causa del *cautum* se emplea debe simbolizar de una manera sensible la presencia de una persona, se llega, a la conclusión de que la palabra *cautum* como un *frequentativum* derivado de *caput*, («cuyo verbo sería *w-bare, capitare*) se ha de concebir originariamente como *cautum* o *capitatum* y significa la colocación de un *caho*, esto es, del símbolo de una persona (120),

ue Vimaranes proiude quoJ vos Iecistis houorem et catmm 8Uper me et fecistis mihi seruium bunum et fidele et ego volo super vos et s per filius vstros et super omill progenie vestra facere bonorem et cabo; p, 35-1, 1111: ut demus obis forum bonum pro capud et honore quod fecistis super nos primo) o cuando de un enfermo ue muerte se habla (Chronica de D. Alfonso XI [BibL de autores españoles 66, p, 192 aJ c. 19 dixoles, como ella estaba muy al *cabo* et en las manos U.e Dios), -Auemás Viterbo: Elucidario 1, p. 22 y sig, -Con *cabo* en este sentido no tiene nada que ver el *colio dt'l m:er* (fuero de A.viles § 11, § 12 [Vigil Oviedo p. 11, 12]) que se emplea para rlesiguar el iwporte de la demanda principal distinguiP.ndole de l penalilades pecuniarias con que se le aumenta -una idea general al mundo romano que ya se expresa en la Lex Salica con las palabras *capitale et dilalura*.

120) Con la «kot» de .Friaul =establo de cerdos que foye.r-Liibke, R.omanisches ethyrnologisches WCirterbuch u. 1784, trae aquí a colación, no veo yo relación ninguna. El investigador portugués P. :.Ierea. en «O instituto», LXVI, G, ha defendido la uerivación de *carere*, que debe tener el senticio vulgar . de *pr-cept/rP*. Sin embargo, despuP-s de nuevas reflexiones manten o yo mi opinión anterior. Al igual que :.Iforea, pienso yo, naturalmente, que *cauto* se emplea a menudo para designar «orden, protección, paz,, pero a diferencia de :.Iforea considero yo esto sólo como una significación figurada; pues cuando se habla de un «eautare propria mauu» (aniba N, 110) o de un «plantare cautos» en tales términos que se distingue esto de el *padroni* (mojóu), el *peño* (bandera) y la *carta* (X. 109, N, 110) 110 queda otro remedio que pensar que en la palabra *cauto* se ha de ver primeramente, la expresión rle una cosa corporal, de un símbolo. Si allora se pieuea. que en España el bastón no sólo se emplea como signo de un mensaje, sino tarubif>n para una afirmación de un derecho, y que el bastón dimanante del Rey conjuntamente con el sigillum del mismo se equipara, se deberá relacionar el *cau/ o* como algo material, con el *sigillum* y con el /m, tún, La derivación de *ctwr-re* es entonces positivamente imposible. La objeción (\lerila a, a, O. p. 8) de que una palabra derivarla de *caput* debiera i-esultar *caudat* o *cadat* no es consistente; pues prescindiendo de que un *cauto* de-

Con ello se confirma de nuevo que en el juicio se emplea la señal de la persona del Príncipe para notificar la citación o para embargar los bienes del deudor.

7. La última cuestión a tratar en este respecto, versa sobre si la [*Jignoratio* del derecho español era una *pignoratw* arbitraria, privada, o si necesitaba por el contrario de una cooperación de la autoridad pública. Como generalmente se acepta la existencia de una prenda privada en el derecho germánico, el más significado maestro del derecho español, ID. de Hinojosa, ha pensado que ella se encuentra también en las fuentes ibéricas (cm). El saber si en efecto, se admite generalmente una actuación meramente privada de la parte para perseguir la efectividad de una obligación, es cosa de una importancia decisiva para el conocimiento del derecho de las obligaciones primitivo. Yo por mi parte he negado anteriormente la existencia de esta prenda privada, como algo general<sup>(122)</sup>. Hay que volver ahora sobre la cuestión con restricción al derecho de la península, pero sobre la base de material mucho más rico.

Es seguro que aquí, en número rigurosamente delimitado, existen de hecho casos muy significativos, en los cuales el acreedor sin llamamiento previo a la autoridad pública o a la justicia, puede proceder violentamente contra el deudor de un modo directo.-Ante todo, constituyen uno de estos casos las obligaciones *wadwil-as*. Más adelante se examinará circunstancialmente esto al describir la *wodiot-~~an~~*: hispánica, pero ya ahora debe ser destacado que tal principio que autoriza una prenda privada, rige para toda aplicación de la *obligation wadllada*, lo mismo para la *wadition* extrajudicial, que para la judicial. No hay duda, por lo tanto, de

rivado de *caverc* sería en todo caso una particularidad no explicable rectamente (Leyer-Lühke: *Urammatik der romanischen Sprachen I*, p. 361) resulta además, a mi opinión, que la primitiva palabra derivada de *caput* sería *caputitarc* (sobre *ilare*, Leyer-Lülke U, p. 612 y sig.) y luego *caputtar e*; y esta doble *tt* no se transforma en *d* sino en *t* (Leyer-Lühke I, p. 153; R. Menéndez Pidal, *Gramática española*, p. 83).

121) Ztsch. Sav.-St. G. A. XXX, p. 338.

122) *Mein Einkleidung*, p. 1a y sig.

que el acreedor, sobre la base de la promesa procesal, que es una promesa *wadJada*, puede proceder sin más, violentamente y por vía privada y arbitraria, contra el deudor (123). Pero esta actuación meramente arbitraria y privada se encuentra también en casos que nada tienen que ver con la *wa:diation*.

os referimos en primer término a la prenda de los animales *ea.usantcs* de un daño, que es general a todos los derechos germánicos y que representa una atenuación del derecho a matarlos que primitivamente se concedía (124).

El propietario de una tierra o de una casa., disfrutaha. igualmente en España -como en los otros derechos germánicos, -de un derecho de prenda contra el arrendatario o inquilino (*Grundhldtm* o *Infeute*) -actuando aquí conjuntamente todavía el Poder Público y el derecho privado. (125).

---

iz<sup>3</sup> Guau.do Brunner, por ejemplo, habla (R. G. I2, p. 266; II, p. 446 y sig.) de una prenda extrajudicial, piensa solamente en la prenda por *wadintio*; es decir, que no está en oposición con la opinión defendida por mí aquí.

LM) Aquí, los documentos de E. de Hinojosa, Ob. cit., p. 357 y sig. Además, por ejemplo, Xavarra III, 15, 28; V, 7, 11 y "Fuegos de Aragón 7, p. 108 b, III, 1217.

<sup>125</sup>) Llorente IV, p. 272, IIT: in tata Palencia nullus ncmus alium peindret, nisi cum saione vel portario episcopi, exceptis illis, qui collatio habellit, qui possint peindrare suos collacios sine sagione et portario cpiscopi el sine calumnia. -Navarra III, 9, 1: si alguno de casa o alguna heredita es e non quisiere pagar el zes a su pla7.o, el seynor de la casa bien puede pcyndrar poynos vivos et, si quisiere, zauar las puertas o ytar en tierra. Et si aqueyll, qui tiene heredita a zes, non quisiere yssir por su mandamiento de la casa, el seynor de la casa o el seynor de la heredita bien puede peyndrar assi como sobre scrípt.o es, entroa que a eyll diere su trebudo. Análogo en Yanguas I, p. 431, II, Estella: si nJiquis tenerit dommn ,a<l cissum et noluerit pecare cissum ad terminum, dominus domas faciet talem pignotare, qualem ipse voluerit. fa. cere in illa. domo; et si voluerit, claudet portas aut iactabit eas; et si ille, qui domnm tenerit ad cisum, noluerit. exire de illa domo arnrnointo a domino domus, ideo non la.xabit claudere per eo portas dominus dornus; et: non per aliud claudentur portae, lisi tanturnmodo per cissum. Similiter de vinea et de campis. -Aquí se debe citar también a 'i\ufioz, p. 29; \feljar 950: nullo ome, que a estas villas vinier prender et si fiadores le dieren a su fuere>

También, y de un modo general, se concedía a todo hombre, que pudiera prender a su enviado, es decir, a su empleado y administrador, aquello que éste hubiera obtenido en ejecución de órdenes suyas (126), norma ésta que, como veremos, ha de ser para más adelante, de la mayor importancia.

Por último —y de acuerdo una vez más con los otros derechos germánicos— se podía en España proceder arbitrariamente contra todo deudor extranjero, que no disfrutaba de ninguna protección jurídica (127).

Pero haciendo abstracción de estos casos excepcionales, se ofrecen a nuestra consideración: de una parte, numerosos documentos que excluyen de un modo directo toda prenda sin intervención previa de la justicia o del funcionario público encargado de la ejecución contra el deudor (128); de

---

derechos e non los quisieren coger e la prenda le tobiere, non haya nintruna caloña; pues el pasaje está en medio de disposiciones sobre derechos dominicales.

126) Estilo 4. Para cogedores, arrendadores, recaudadores de tributo, se dice: e por uso e por costumbre, que los otros reyes, que fueron ante deste los recaudaron los cuerpos e los tomaron e los entraron todo, quanto habían, sin demandarlos delante otro jueir. nisi ante otro señor ninguno. —Que esto :o.o es uu derecho particular del Rey, se ve en Estilo 112: y el señor puede a qualquier de estos. mayordomos, ante que se despidan del, prenderlos e tenerlos presos e tomar lo, que hobieren.

127) Yanguas I, p. 158; nullus debet pignoraré vicium suum, si fidiator non est... Sed bene potest pignoraré hominem de foris pro debito .aut per fiducia aut per cualicumque rancuram de illo. habuerit, usque quo fiducia det illi de directo aut usque faciat illi tantum quantum arcaldi iudicabit.. Fueros de Aragon II, p. 97 a/b, 1217. —Ined. de hist. port. V, p. 470, I, Bcia: E sse non for arraygado, develho dar, se ally he; se non, filhe o pe lo carpo. —Yeireiro: Hist. de Santiago de Compostella III, app. n. 7 (Hinojo5a: ob. cit. p. 339, N. 1), 109,j: los mercatures de Santiago son protegidos de la prenda como extrangeros.

128) Por ejemplo, Muñoz p. 104. III 1188, Ley general para Castilla: quod i aliquis .non pignoret nisi per iustitias vel alkaldes, quos positi sunt ex parte mea. —Pág. 283, I, Sepnlveda: Et quales homines voluerint pignoraré in arequa vel in alia parte, antequam vadat et .accipiat eum ante suo indice. 60 solidos pectet in quoto (coto) et duplet ipsa pignora. Pág. 101, I a. E., 1113, Galicien:



la otra, una cantidad grande de casos en los cuales si bien se habla de un *pignori*, *prendere* por la parte (129) - que sirve de iniciación al juicio -ya se ha visto anteriormente que no se trata de una aprehensión material de la cosa para llevársela consigo, sino sólo de una toma de prenda que priva al deudor del uso y aprovechamiento de la cosa prendada. E-sto aparte de que semejante toma de prenda presupone siempre el empleo de un *regium* que en último término se ha de considerar como *regium* *regis* (100).

Es a este respecto de una importancia decisiva que, por ejemplo en el Fuero Viejo, se exija que el demandante reciba siempre solemnemente la *señal* del alcalde, aunque se ordena también expresamente que la prenda iniciadora del juicio se tome por la parte sin cooperación de la autoridad pública (131). Esto es, que en todo caso, debe la parte demandante proporcionarse la *señal*, y así precede siempre al juicio un debate no contencioso ante la autoridad incluso cuando esta autoridad pública no haga la citación por sí misma. -Sólo discrepan las fuentes en punto a si el demandante puede proceder con sólo la señal de la autoridad pública, pero sin que ésta intervenga más ampliamente, o si por el contrario será necesaria la intervención de un funcionario público para la toma de la prenda que acompaña a la citación. Unos

---

si quis iniuste vel absque domini sui petita licentia quempiam pignorarare praesumpserit, duplum restituat et 60 solidos pontifici persolvat. -Vigil: Ayuntamiento de Oviedo, p. 10, 11±5 (fuero de Avilés § 12) et si antes non arrancar al majorino o a ságone et foras yxir prenda, torne la prenda a su señor et peche tió sueldos al re. --Navarra III, 1(), 19: null omne, quien villa cerrada. peyn. dra sines mandamiento -del baylle o de los iurados de la villa ha colonia GO s. Todavía podrían aumentarse las citas ampliamente. 129) Así en los documentos arriba citados en las N. -i: y sig.- E. de Hinojosa. Ob. cit., págs. 338 y sigs.

110) X. 10 y sig. -E.s muy interesante cómo en los Fueros de Aragón IT, p. 55, § 1 (Observatur, quod, si aliquis potuerit signum in haereditate sibi tributaria, quia tributum sibi non fuit solum et ille tributarius fregerit illud signum, non incurrit caloniam. Sed si illud signum fuerit positum de mandato iustitiae illius loci. bene incurrit poenam tributarius, quo illud fregerit signum) se incluye el empleo de un *signum* *privatum*.

111) Fuero Tiego III, 1, 3 (N. 10) con III, 7, 2 (N. 46).

pasajes, por ejemplo, exigen la intervención del funcionario encargado de la ejecución, cuando el deudor oponga resistencia a la *testatio* (13<sup>2</sup>). Otros, dejan a la elección del demandante el preñar él mismo o el hacer intervenir a la justicia del lugar; la diferencia práctica entre una y otra cosa se manifiesta precisamente en lo relativo a los honorarios del funcionario requerido (13<sup>3</sup>). Según un tercer grupo de fuentes, el demandante toma por sí mismo, ante vecinos, la prenda de la citación, cuando el *saio* no se encuentra a mano (14<sup>H</sup>).

Resulta, por lo tanto, que, sistemáticamente, no puede el acreedor preñar de un modo arbitrario los bienes del deudor -diferenciándose así del titular de un derecho real quien, según lo anteriormente expuesto (1<sup>5</sup>), podía embargar la cosa al contrario hasta que éste prestase la promesa procesal. Pero como quiera que por otra parte, el monarca, de otro modo que el particular que demanda, tiene derecho a hacer efectiva su *columnia* mediante una ejecución de los bienes del deudor sin necesidad de una sentencia previa -cosa esta

1<sup>2</sup>) Muñoz p. 438, Medinaceli, de comienzos del siglo XII: qui oviere a testar por preñar otra die, tieste con 3 ommes. Et si la puerta l zara.ren o peños le empararen, lieve el indez et de 1 peñas et prenda pora si peñas por 1 sueldo. -Fuero de Madrid (Palacio: Documentos del archivo general de la villa de Madrid 1), pág. 34: ((Si pennos non dederit aut dixerit ei ((non íntres in mea casa, quia vedo tibi, quia non tibi <libo pcrnos > mittat renquam al iudize et donet illi el saion et veniat cum illo et prenda unnos per ad ille et otros por al vezino)).

133) Fueros de Aragon I, p. 280 a, l, 12H: tamen in voluntate creditoris sit, quod possit pignolare per se, si voluerit vel quod curia loci pignoret. Pro illo, ubi pignus fiet; statuimus etiam, quod curia tenetur pignolare, quotiescumque fuerit ab aliquo requisita. - Ji' uero viejo III 7, l el fijodalgo puede preñar en lo del avadengo en suo cabo o con merino del rey. -Sobre la diversidad de penas según que prenda la parte o la justicia. véase la X 19 anterior.

tB') Así Teruel B5: nam sciendum est, quod si pignurator sagionem, cum quo pignoret habere nequiverit, potest pignolare cum 2 vicinis. -] :ste pasaje falta en Cuenca. Este fuero y sus derivados contienen generalmente en lugar de la citación y prenda con *saio* la que se ha.ce con *1Jicini* (así por ejemplo Cuenca XVH, 1, 2, 4 con Teruel 133, 135).

135) N. 58 y sig.

general también a todo derecho germánico (136) -esta potestad propia del Rey, la pone éste a la disposición de la parte litigante, asegurando con ello la intimación del demandante con que se inicia el juicio, primeramente, con una multa ejecutiva, para cuya efectividad se embargan bienes muebles del demandado, después mediante un embargo total de todos los bienes, que se realiza por la colocación de una *9eñal* a la puerta de su casa. La significación de este último acto debe ser estudiada más exactamente en los capítulos siguientes.

En la l. *Yisig.* se prohíbe una *licentia pignorandi* hasta entonces existente; los fragmentos gaudencianos prohíben una *pignoratio*, antes de que el demandante «ad regem prodamct aut ad iudicem (= priusquam interpellct), y éste es, igualmente, el punto de vista del derecho bávaro, tan influenciado por el visigodo (1.7). No se descubre con seguridad qué es lo que la l. *Visig.* prohíbe. Es presumible que ella -influenciada por el derecho romano -haya exduído también incluso el embargo hecho por el acreedor que el *BigilruJrt regis (iusticiis)* ha recibido solemnemente. Pero muy bien puede imaginarse igualmente, que sobre la base de aquellos casos excepcionales en los cuales se permitía la prenda privada, se hubiera ido ésta difundiendo, y contra tal generalización viciosa vaya la prohibición de la ley, coincidiendo esto, de ser así, con el punto de vista adoptado por el posterior derecho español. Finalmente -quicis, al igual que se piensa del posterior derecho de la par. del país (*Landfriedensrecht*) -puede haber sido prohibida esta actuación arbitraria -de nuevo por influencia romana, -también para los casos de excepción, o sea nominativamente para la *wadiatio*. De un modo o de otro, no ofrecen las fuentes ningún apoyo para aceptar que haya sido permitida alguna vez, la actuación arbitraria del demandante en su más amplia extensión, como corresponde a las fuentes posteriores.

136) 2)li Deutsche und franz. Y. G. I, p. 231 y sig. ital. Y. G. II, p. 553.

137) l. *Visig.* V, G. I. ---Jt'ragm. Gaud. 13. --l. *Baiuv.* XfTI, 1, 3; además Brunner fl, p. 41G. N. 9.

V. LA EJECUCIÓN JUDICIAL EN PUNTO AL OBJETO PRINCIPAL DE LA DEMANDA.

1. Lo dicho hasta ahora pone de manifiesto que el embargo, atraído luego muy a menudo al comienzo del juicio y que se designa con las palabras *porfo, licterra lictento*, constituyó, en realidad, primeramente, una diligencia procesal perteneciente a un *stadium* posterior a ese momento o iniciada, y no tenía lugar hasta después de la pretensión motivada por la última que se imponía al demandado rebelde, siendo, según la forma primitiva, una consecuencia de la morosidad de aquél en punto a la comparecencia (1°8).

Debe ser destacado, acerca de esto, particularmente, el hecho de que también tiene lugar un *portas pignora* (ver cm) contra el fiador, pues éste — como más adelante se verá — no responde al acreedor por medio de una *aditionem*, sino que se obliga únicamente a hacer efectivo contra el deudor principal el derecho que el acreedor por virtud de la *lictatio* ostenta. — Y todavía con respecto al deudor principal que lo es a través de una *aditionem*, rige el mismo procedimiento — en punto a los inmuebles, porque, como se acreditará después, la *lictatio* no comprende a esta clase de bienes.

La primera consecuencia del *pignora ostium*; que la casa no puede ser abandonada por el deudor si allí se encuentra dentro; de aquí precisamente la palabra *lictamentum*. Por el contrario, si se encuentra fuera de ella, no puede el deudor volver a entrar en la casa (14°).

Este estado de mera trabazón es sólo algo transitorio. Con la persistencia en la morosidad hasta el tercer plazo (111)

138) . 73.

139) Así, notoriamente. Yangtr. s. L. p. 118, donde se trata de un *dornus portas pignora* contra un *fida n.:a*.

140) Véanse los documentos citados en la . 7G; además el Fuero viejo III 1, G. clon<JP. contra el deudor que no tiene bienes muebles pero sí inmuebles, se manda imponerle, primeramente, una particular *CUSfodia honrsta* en el *palacio*.

141) Sol'ia § lict2 (N. 2-1); Fuero Viejo III 1. 11: si nn orne devc debda a otro e es entrado en dos plazas encerrados del alcalla .o en plaza de 10 dias por la debda, que noscier, quando y nuer

se llega a una confiseaeión de la persona y de los bienes del *encerrado*

2. Contrn la persona del *encerraJrlo*, se dirige, directamente, según decimos, uno de los efectos que derivan de la conclusión de la *encurratio*. Cuando esta *encerrati-0* acaba, cesa con ella la protección jurídica que cubría a la persona del deudor-

Es indudable, por consiguiente, que el *encrrra-miento* supone, tanto como una restricción de su libertad personal, una defensa de la, persona del encerrado contra una posible aprehensión. Esto se observa, ante todo, en los delitos graves, a tal punto, que el criminal que se encierra en su casa encuentra allí, en primer término, un asilo (1). }1 hecho

---

el otro a demandar lo suo e el non gclo quisier dar e va otra ves antel alcalde, <leve decir: «esle orne deve tanta debda e conoscell) ante vos en ;juicio e metistesle en todos plazos encerrados e en el pla<;o de 10 dias e non me quiso pagar al plac;o e piclovos, que me mandadcs entregar en sus bienes, porque yo aya lo mio; e el alcalde deve saber la verda.t, quel lo metió en plazo por taJ debda e deve mandar al merino o al sayon, que le entregue en sus bienes. -Aquí se trata de dos casos distintos. el uno junto al otro, torpemento expuestos, por la: excesiva concf8ión: de un lado se presenta el caso de un deudor ordinario inú.ilmnte demandado en tres plazos; el otro ca.u (ya con o ya con l: separado) presenta a un demanda,nte que ha, comparecido ante la justicia reconociendo el crédito. y al cual se le invita a pagar dentro de 10 días, cosa. que él no 'Cumple. -·Este último caso es planteado además en :el Fuero Viego TII, 4, 1, y 111. 4. G. --Cuando la deuda se conviene ante la justicia debe prestarse una promesa pronesal y se la considera como deuda *wadiada*.

<sup>a</sup><sub>2</sub>) En Soria § 520 se dipone 6obre las querellas por delitos de sangre: et los alcaldes den (a Jo demandados como homicidas) por iuicio a aquellos, que tomen casas en la viella. . . et que Jiean entre tanto salvos o seguros en ellos de gotera adentro... e si en otros logares o de otro -manera los fallaren los parientes del muerto, que *los* pueda.u ma.tar sin calonna nenguna de las goteras i'uera. -Se puede también -citar aquí: Ined. de hist. port. V, p. -113, TII (Guarda)'. por todas deffian9as. fora dornmn morto, se non der dereyt,o ata en 9 dias, enseresse; et se non cnsarrar, pcytc 100 sddos; e se fara ac casa testigo llie fezerem. peyte 100 soldas. VII: Todo omcm da Guarda ou de seu termho, que rancnra ouver de seu vizinho de morto ou de desonra. ou de ferida... se a 9 dias non ven a plazo a porta de Sol e (seguramente *ou*) ver e dereyto

de que las casas de los infanzones sirvan también de asilo para los criminales forasteros, es un fenómeno de la más alta importancia para la historia de la organización germánica. en general, pero aquí no puede ser perseguido ampliamente. -La conclusión del encerramiento lo motiva, como ya hemos dicho, la expulsión del demandado de su casa. y con ello la posibilidad de que fuera apresado por el acreedor (143), principio este que se encuentra en armonía con una norma del derecho español, según la cual la detención de un hidalgo, (infanzón) sólo podía realizarse sin pena cuando hubiera, mediado un *desafío*, esto es, cuando el detenido se hubiera podido defender combativamente. Por lo demás se consideraba la detención como deshonra y se penaba con la mayor severidad (144).

---

non der, como iulgarem os alcaktes, enseresse. ¡< se depouys fora andar e outorgamento onver sobrel de ;j v'izinhos. peyte 100 soldes. -Ya eu el J<'uero de León, de 1020, c. 20 (Íñiguez, p. GG) se dice del homicida que primero ha huído pero dentro de los nueve días vuelve a su casa: *vigilet se suis inimicis*. Hasta cuando perdura este estado de cosas, no se expresa en el Fuero. -A este mismo orden de cosas pertenece también el pasaje 21 de Ternel: según éste, se da al homicida un plazo de 3 hasta 9 días. durante el cual «sit. salvul" et securas de suis inimicis», y con sus bienes, si los tiene, puede pagar de pagar el total de la multa de expiación. Todavía se añade allí un segundo plazo de 3 a 9 días, durante el cual el criminal es llevado a la prisión pública. Después del transcurso de este plazo se entrega el culpable a los parientes de la víctima, que pueden dejarle morir de hambre: es claro que esta seguridad durante el primer mes -que sin embargo no se garantiza por medio de un arresto en una cárcel pública. - se corresponde con lo que otras veces, en el mismo caso, se designa como un *encerrar*.

143) Yanguas I, p. 148 (Fórtella): *sed ú alia pignora non imerit illius dornus porta5 pignorare debet et. per forum 10 dies illas tenere debet et per ea debet accipere here<litat. em snam et 10 dies illam tenere debet per ea illum debet de sua domo eicere et 10 dies illam tenere et per ea cum iustitia regis debet snum corpus e. apere.*

a) Fuero viejo III, 7, : : } sil non fallare (el hidalgo) vassallos, quel prenda, nol deve prender a el (al deudor hidalgo) prenda de suo cuerpo; mas deve l desafiar en ra(, Oll de prenda.; e después puede prender, si quisier, porque non le pueda decir mal por ello. 2: si este que es así prendato soora esta prenda ficre-

Todo esto que acabamos de exponer -el que dependa la detención del demandado del hecho de su encerramiento y el que tal detención sólo pueda ocurrir cuando el encerramiento haya llegado a su fin y deba abandonar su casa el demandado rebelde, -parece estar en contradicción con un considerable número de fuentes según las cuales la detención del demandado se hace depender directamente de su no comparecencia en juicio o de la no prestación de la promesa prncesal (a<sup>5</sup>). La solución de esta dificultad resulta

fueo derecho a a.quegte, quel prendó, despues puedel demandar 500 sueldos, porquel desonro, tomandol prenda de suo cuerpo.  
 a&) Illuño.: p. 338, Logroño 1095: et si illo senior habuerit ran. cura de alicuius liomine istius ville demandet ei fidancam. Et si non potuerit habere fidanca levc(t) eum de mmo capuL ville ad alio et, posteat (seguramente *postu.l:J t*) fidanca; si non invenerit, mitat cum in carcer. l'. 535, IJarocca, 1142: si quis aliquam querelam habuerit de aliquo, petat ab eo fidancias cora.m índice; et si da.re nolucrit, capiat eum sine calumnia. -Teruel 163 (Cuenoa - XIX, 1) : quodsi aliquis querelosus debitorem suum invencrit... exigat ab eo superlevatorem ad forum Turolii. Et si ipsum dederit, minime capiat. Si vero superlevatorem dar:c nolnerit vel nequiverit, st.Íltim dicat ei. ut venial ctm ipso ante iudicern, ul, superlevatorem tribuat vel intret ín captionem mandato iudicis. 161 (Cuenca, XIX, 1): itcm scicndum cst, quoJ quicurnqnc superlevatorem ad furn Turolii rlarc voluerit, Si dederit. a nullo homine capiat... Tamen notanuum est, quod omnis vicinus potest <lucere captum vicinum alium ante iudicem, ut sup?rlevatorem ei tribuat. 165 (Cuenca XIX, 2): si vero hoc facto superlevatorem dare noluerit, vel venire, ut dícturn est ante iudícem, ipsum sine caJurnniai capiat et captum teoeat, quousque ante iudicem venire valeant sine mora. 195: itero quicumque pro indigencia .superlevatoris extra vllarn hominem ccprit, duca.t eam ad villarn usque ad diem terciurn, ut pracsentet eum ant.e iudicem, ut iudex provideat., si sit reus a captione ut furn precipit vel non. Si vero rcus fuerit, ca.piat. -Usagre 29: qui rancura habuerit de alio, dent hominern, super quem sit, que non se aloe; et si noluerit dare, prenda.t eum sine calumnia et cognorninet sua rancura. 30: tod ornme, a quien demandaren cas, con p3ños, cognominet 3 vicinos, qui kvct eum super se ... et si de istis tribus nullurn noluerit levare super se, preuda.t eum sine calumnia. — Ledesrna 105: todo omne, a quien alcaldcs fnren prender ... se bonos fiadores dier porque este a derecho quando alcaldes mandaren, non sea su aver preso nen su cuerpo.

de otra observación. En efecto, se dice reiteradamente que la detención sólo acontece cuando el deudor carece, en general, de bienes (146) o particularmente de bienes inmuebles (147). Pnes bien, en el transcurso del primer plazo para la comparecencia, durante el cual debía el demandado presentar **-y** no lo presentaba **-un** fiador procesal, es precisamente cuando se averigua si él posee o no tales bienes -- más exactamente bienes inmuebles. **-Sólo** en el primer caso, naturalmente, podía tener lugar el *ence I-ramiento*; y la detención personal, en consecuencia, sólo cuando el término del en-

H<sup>6</sup>) Teruel 179 (Cuenea XIX, 2::1): similiter si debitor incautatus ad placitum non solverit sive a:l placitum non venerit su et iam dornum aut pignora non habuerit et querdosus superleva... torom llon tenerit, iudex ipsum capiat et traJa,L illum qnereloso pro petitione et duplo et cauw placitorum, ubi<sup>u</sup> fuerit hic repertus. -**Juñoz** p. 105, 1182, **-ley** gmcra<sup>1</sup> e:l Ca ti.11: et si reus vel debito.r non potuerit hahere, di< q110 satísl"aciat P"titorí, iustitiaie et alcaldes prendant corpus eius et omnia., que habuerit sine calumnia et reddant eurn et mnnia sua pctitori. P. 319, :Miranda 1099 (K. 10): p. -138, **Jednaceli**: et si non fayllare peñas de 1 moravedi, en quanto yh fallare, va.ya el judeT. e fagal poblar la casa (se obliga al deudor a alquilar sll casa); si chela non poblare, prenda el rencuroso su deubdor et tenga e fasta que l page. Yanguas, III, p. 313. San Sebastián (L)O: et si non potucríL dare pignus, sicut suprasOriptum est, rnostret illi s:gillum rngis et si volet intentiare (impugnar) sigillum regis in c.lstrina (con ello se quiere decir, seguramente, el recinto fortifica:lo de San Sebastián), vadat cum sP.niore ville et querat 60 sil. et mítat in careere regis, quosque hahere habeat. **-Si** alguien, como hospes se encuentra en esta casa, pero sL cuando la abandone.- Yanguas I, p. 413, E.stella: quod autem querimoniam de hospite illo habuerit, estra portam illum custodiat; et si inde exierit et extra limen eum ca.pere potuerit, capiat.

a1) Fuero real IL :1, 2: e sí no fuere rayga'lo (sobre esto. véase la N. 23 anterior), de fiador al demandador, quel cumpla fuero; e si fiador no le diere, vaya luego coll el ante el alcale a facerle derecho. E !>i facer no lo quisiere, recaude lo po r si, si pudiere e si no dígalo, dígalo al merino o al juez. II, 5: e si antes de las ferias fuere pleito comellizado y el denn ndajo no fuere raygado, que vala 100 maravedis. de fri.dor¿s. que faga derecho despues de las ferias; e si dixiere, que no puede haber fia. dor, jure, que lo no puede haber e metan sll cuerpo en poder del merino.



cerramiento expiraba sin resultado y los bienes eran embarrados y el demandado era expulsado de su casa.

Según algunos pasajes, si el demandado era propietario no podía desviar la ejecución sobre sus bienes por el hecho de ofrecerse voluntariamente a su detención (Í's). -Por el contrario, si el demandado carecía de bienes, más exactamente hablando, de casa, se concedía, al acreedor de una manera inmediata la facultad de apresarle. Cuando se observa que en los Fueros de Aragón se habla en una ocasión, potestativamente, de un «mittere signale in casas aut in corpore de illo homini, nisi habuerit casas» (89), se llega a la misma conclusión sentada, pues el «mittere signale in casas» significa tanto como el encerramiento y la detención del deudor motiva, según más adelante se ha de examinar (150), el que se le imponga un signo exterior acreditativo de la obligación que sobre él pesa. -O sea, en conclusión, y vistas las cosas de otro modo, que el deudor que posee bienes puede evitar su embargo personal durante largo tiempo, encerrándose en su casa.

Es distinta de esta detención definitiva la que según algunas fuentes puede hacer el demandante del demandado transeunte, para llevarlo ante la justicia y allí exigirle juramento de prestar una definitiva promesa procesal (151); pero tampoco aquí puede encontrarse una actuación meramente privada y arbitraria del demandante, pues según lo anteriormente expuesto, esta detención provisional del demandado implica una previa interposición de una demanda con exhibición del *signum requis* (152). El detenido con carácter defi-

88) Teruel 211 (Cuenca XX, 3): ítem quicumque habendo pignora, pedem in manu iudicis mittere voluerit (así se ve en Cuenca, en lugar del *voluerit* impreso equivocadamente en la edición de Teruel), non recipiatur. sed potius iudex cogat eum dare pignora ante iuras. Et si forte pignora non habuerit, iuret se non habere pignora et mittat. postea suum juret dem.

m) Fueros de Aragón II. p. 96a. TIL 1247 (N. 79).

150) § 3.

151) Así Teruel 161, 1650 (N. 115) y también, por ejemplo, Fuero real II, 3, t. C. 147).

152) Este embargo provisional guarda siempre relación muy

nitivo permanece en prisión hasta que ha pagado el crédito<sup>(153)</sup>. f<sup>a</sup> técnica de esta detención debe ser más tarde expuesta circunstanciadamente, cuando se trate de la esclavitud voluntaria en la servidumbre por deudas.

3. Los otros efectos de la terminación del *encerramiento* versan sobre los bienes.

a) Según aquel pasaje básico del Fuero de Estella, la terminación del *encerramiento* motiva que se embarguen al deudor sus propiedades (15<1). Otras fuentes hacen depender del mismo supuesto, la *entrega* al acreedor de los bienes del culpable (15°). En ocasiones lo que motiva la *entrega*, es el no cumplimiento del demandado, dentro del termino debido<sup>(156)</sup>.

Como equivalente a la *entrega* aparece a veces el (*);Sentamiento* (157) mientras que otras veces la *entrega* es el primer embargo y el *asentamiento* el embargo definitivo de los bienes del demandado (15B). También se usa para designar este mismo acto la frase *bona capere* (159), y en ocasiones se expresa este concepto presentando el acto como un *delivered*

---

,exacta con lo que sobre esto establece el derecho noruego (v. Amira: Altnorwegisches Vollstreckungsverfahren. p. 341 y sig.).

153) Teruel 179 (N. 146); Yanguas III, p. 13 (X. 14.6).

154) N. U,3.

m) Sería, § 132 (N. 21): Fuero Viejo III, 4, 11.

156) Brihuega p. 170: por toda debda hata 2 mlr..v. dis ffitan los alcaldes en 9 dias et de 2 maravedís arriba metan en los 3. 9. días. Et sí a aquestos plazos non pagare, vayan lo a lealdes dar entrega tal, de que pueda el quereloso avr lo suío. — Soria § 423: si aJgun onme toviere plaw sabido por julozio a qñe pague a otro alguna debda et la non pagare al plazo los a'calds, que dieron el plazo e el juyzio entreguen de los bienes del deudor a aquel a qui deviere la debda. --Este pasaje es cJpiado por el Fuero Real IIT, 20. I.

15<) Ji'uero real II, 4, 1: si algun home fuere entregado o a:entado por mandado del rey etc.

158) Estilo 28: mas si no viniere al p'imcro pla1,o, que quer emplazado, entreguen al demandador en las <1osa y emplacenlo por otros dos plazos, ante que asiente sus bienes.

159) Teruel 177: si forte querelous suo debitore ... superlevatorem non acceperit et debitor de villa fugerit et recesserit., bona debitoris ... minime capiantur ... usque ad 3. 9. dies, — además Teruel 180.

del demandado (160). -El hecho de que para la clase superior germánica de los infanwnes, sólo pueda tener lugar la *entrega* por mandamiento del Rey, sin que la jurisdicción autónoma de los Concejos sea competente sobre esto (161), es un documento por demás importante, que comprueba la división jurisdiccional en punto a las razas; división que en España arranca de los antiguos tiempos romanos y que aquí no puede ser estudiada más ampliamente. Yo espero hablar de esto pronto, en otro lugar, circunstanciadamente.

La *Mi-trega*. implica sólo la privación para el deudor de la posesión de sus bienes, sin que por ello obtenga el acreedor el aprovechamiento de los mismos (162). -pues lo que anteriormente se ha dicho al tratar de los efectos del prenda por y para el acreedor, es de aplicación precisamente a este embargo asegurativo de los bienes del deudor; pero la terminación de la *Intrega* origina una acción para pedir la ejecución definitiva de los bienes de referencia. Según muchas disposiciones puede ejercitarse esta acción contra los muebles después del transcurso de nueve días y contra los inmuebles después de treinta, contados a partir de la entrega. Con el importe de la ejecución se paga en primer término al acreedor, restituyendo al deudor lo sobrante (163).

---

160) Xavarrá III, 17, 8: nuill hidalgo non <leve ser desheredado dando fiador, qnoanto mandare la. cort. ata que de inizio la cort, que <leva ser desheredado.

161) Fuero viejo III, 7, 1: si uu fijodalgo demanda a otro alguna ereditat o calonna o por qualqnier malfetria, que lfaga, quel <leve alguna cosa, si prenda de mueble nol fallaren, not puedell entregar nin el non puede entregar nillgna cosa Je suas ereditades 13 in mandamiento del rey.

162) Véanse las notas 44 y s:g. y 5<"> ::interiores.

163) Tirihuega p. 170. (Lo que precede, en la S. 151j): si mueble oviere, den entrega en mueble e si mueble non oviere, den entrega en rayz. .*Flt* esta entrega tengala !:1 dia.s. Si fuere tayz, pregonela en conceio; e si fuere mueble, de lo al corredoi-. Si la rayz quitare el debdor o alguno de sus parientes hat.a 9 días, dexengela. Et si vendiere la rayz o el mneble, lo <lemas a su señor; Soria, § 423 y tomándolo de aquí Fuero ReaJ III, 20, 1 (N. 156). Obs. regn. Arag. I de pignoribus, § 12 (Fuero8 de Aragón II, p. 6): nota etiam, quoJ ribi curia ad imtantiam alicuius re-

Ji,rente' a óstas están otras noticias que prueban que este estado de derecho es posterior y que otra era la regulación jurídica anterior. Así se dice en ocasiones, de un modo inmediato, que se prohíbe una venta de los objetos tornados como prenda. (164). Dentro del mismo orden de ideas, hay que reooger también el hecho de que el mero embargo de

---

quisita pignorat bona mobilia alicuius vel mandat pignorari per supraiunctarium: debet ipsa pignora tenere per 10 dies tantum quod non procedatur ad venditionem et lapsis dictis diebus. 3 almonetae fieri debent de predictis pignoribus de die in diem per 3 dies et nihilominus post dictas 3 almonetas fiunt 3 prorogationes, gratiose per 3 dies de die in diem et. post citatur pars autem notificantur almonetae. Et SI non solvunt, procedetur ad venditionem pignorum, haec eademmet solemnitas servetur in venditione rei immobilis; sed diversificantur dies, quia in venditione rerum immobilium <antur 30 dies, post quos fiunt 3 almonetae; VII, ele contrnacia, § 12 (lo mismo N, p. i)9): item nota, quod ubicumque quis in car. tatur pro quocumque delicto, etiam pro ferida, fit annotatio bonorum, quando incartatur, rüi; incartatur pro securamnto vel quia citatus non vult venire ad assecurandum ... Et post 30 dies cursor faciat fidem de praeconizatione. Post ea fiunt 3 almonetae In tribus diebus... quo facto vendetur hereditas plus offerenti per curiam et de pretio satisfiat conquerenti; residuum vero restituetur res. -La Obs. IX, de contumacia § 18 (Fueros de Aragón II, p. 60) que coa respecto a la *personalis actio* -y en oposición a la *realis* -hace caducar el derecho a la posesión del demandante por el transcurso de un año y al propio tiempo considera como inadmisibile la compra-venta (<f. Um non habeamus distractionem de foro in tali casu, no está en contradicci(m con lo expuesto. -Consol. del mar 209: Et si per ventura la dita conven9a o promissio attendre no li volren, si los dits han alguns bens <leven esset venuts per restituir lo dan.

<sup>16</sup>) .Mientras que cerca de la prenda contractual ya los Fueros de Aragón (I, pág. 279a, TI) de 1247 -es decir, una forma del Fuero de Sobrarbe -exige11 la enajenación por medio del cursor, para la prenda que se toma por embargo se dispone que sea sólo retenida -o en otro caso reemplazada por otra análoga. -La venta en publica subasta sólo es posible cuando lo consienta el prendado (Fueros de Aragón T, p. 278 a.: tamen si voluerit pignoratus, quod bestia illo pigno rata ponatur in rna.n.11 cursoris publici et vendatur, precium alud tribuatur pignoratori et si quid supera.verit, reddatur pignorato). -De un modo directo se prohíbe la venta en Fuero8 de Aragón I. p. 281 a, II, 1247: quicumque ... pignora.verit res aliqua de aliquo homine, dehet tenere

los objetos prendados según el viejo *dered10*, se designa como venta en el derecho más nuevo (165).

Pero ante todo se muestra de una manera clara la existencia de este momento anterior en la evolución de esta institución jurídica, cuando se ve en ocasiones que tiene lugar en efecto, una venta de los objetos embargados, pero una venta de tal naturaleza que en ella el deudor es quien aparece actuando formalmente como vendedor, coaccionándole para que otorgue esta enajenación con la amenaza del arresto personal. Claro está que en este caso se parte del supuesto de que el deudor ha sido apresado y no ha huído (166).

*pígnus* de manifesto et non debet illud negari nec aebet. illud vendere ullo modo.-En el *Fuero Viejo* III, 4, 1 se excluye la venta forzosa de inmuebles en el caso de «deba cognoscida e jugd:v;», permitiéndose sólo la administración forzosa -pero no se refiere este pasaje a la *wa.diatio* instituida en la promesa procesal. — *l\l* Port. leg. I, p. 250, 1254-12<il, c. 5J: aluí se equiparan en punto a la ejecución la "*divida conh;uda, jul\_qada, penhorada*", es decir, la ejecución por deuda reconocida ante la justicia o en sentencia judicial y la derivante de la mera desobediencia procesal (*divida pennorada*); el acreedor recibe los frutos y las rentas de los inmuebles, y estos frutos y estas rentas, o los retiene en sí poder o los vende a cuenta de su crédito. Tiene lugar todo esto. «ata que esa dyvida seia pagad.al»; o sea, en conclusión, que toda vía no se concibe una venta forzosa de los inmuebles.

1) "sí, de un modo enteramente general *AlcaJá* 6. Según esta fuente, resultaba mejor librado el que no acudía a la cita que el que comparecía dentro del término y era vencido en juicio. Esto debía ser compensado, y por ello se determina que cuando el demandado no comparece y se llega al «asentamiento», después del transcurso del «asentamiento», debe tener lugar una venta "por mandado del jugador". Una vez que el acreedor hubiera sido pagado con el producto de esta venta, debía restituirse el sobrante al deudor.

166) *Fuero Viejo* III, 4, 13 habla de que el deudor «e. *intrado en iodos plar;os encerrados*». Este pasaje no presupone, como otros pasajes del mismo título (111, 4, 1, 6. 11) que un reconocimiento judicial o una sentencia haya tenido lugar; es decir, que se trata únicamente de un demandado que no ha comparecido. Pues bien. si en un tal caso se llega a la *entrega* y se encuentra un animal u otros bienes muebles. se ordena por el *saio*, al dueño de los muebles prendados, es decir, al deudor, «que lo meta en mano del corredor; e se asconde por non lo facer, devel alcalde mandar meter en mano de corredor, que lo venda a quien mas dier por

Resulta, por lo tanto, que originariamente, los bienes del deudor, solamente quedaban sometidos a los efectos de un embargo; no perdía aquél su derecho sobre ellos, pudiendo disponer de los mismos, aunque para ello necesitaba del consentimiento de la parte contraria, esto es, del Poder público y del demandante. El deudor que era apresado no estaba obligado, jurídicamente, a la realización y pago

ello. E de bestias o otro ganado mayor o menor o i>tro mueble qualquier, que vendieren al debdor, del fiador de saneamiento e si non quisier dar fiador de saneamiento, nin otorgal ha vendida, <leve le prender, qarito l fall1,1.re; e si por la. prenda non lo quisieree facer, prender! el cuerpo e non salga de la prisiol fasta, que de el fiador e lo enfie el mesmo e lo otorgare el mesmo la, vendida a aquel a quien la vendier el corredor por mandado del alcalde. -Esto es, que aquí la *traditio* y la presentación de fía. dor debe hacerse siempre, formalmente, por el deudor, a un clñando la venta en pública subasta se hace sin duda por el corredor. Si el deudor no quiere cooperar voluntariamente a esta venta, se le fuerza por medio de la prisión por deudas. En contraste con esto, en el Fuero Viejo III, G, se dispone con respecto a una <leuda reconocida judicialmente, y por lo tanto, *wadiada*, que se llegue a la venta de los bienes muebles pero sin intervención del deudor: «el alcalde o el merino devenla vender e entregar al deb- <lor (aquí se llama *debdor* al acreedor, al cual en propias manos se entrega el producto de la venta) e alguna cosa sobrare, <level dar a suo dueño>. Con respecto a los inmuebles, en virtud de que a ellos no llegan los efectos de la *wadiation*, se establece un procedimiento diferente según el cual, en primer término, se origina para el demandado una especie de «custodia honesta in palacio del rey:>, pero de tal naturaleza que el recluso puede ir a comer a su casa aun cuando sin hablar en el camino. -Como se ve, esto no es otra cosa que un encerramiento transformado. -- Cuando el plazo ha transcurrido ((los alcalles e el merino vendan suos bienes fasta cumpnimiento de la debda e paguen al debdor (de nuevo *acreeedor*); e la vendida, que ansi fuer fecha, deve valer a aquel que compro por fuero, e non salga el ante de la prision, fasta que otorgue la vendida e la enfie el mesmoJ>. Ambos pasajes, sin duda -corno a menudo ocurre en esta recopilación, — están en contradicción con el III, 4, 1 (K. 164), donde se recoge el derecho primitivo. -También en el territorio visigodo del norte de los Pirineos aparece el mismo pensamiento, un poco desdibujado. Así, en las Costumes de Toulouse (edic. A. Tardif), se dice: 77 cuila debet compellere debitorem ad faciendum venditionem predicto de illo domo et ad tradendum possessi<>nem vacuam ipsius.

del acreedor, pues aunque éste embargaba su propia persona, jamás tal embargo tenía el carácter de una servidumbre por deuda en virtud de la cual se pudiera obligar a trabajar al deudor para el pago del crédito. También este embargo corporal tenía un carácter puramente negativo,

Por eso la ejecución por los créditos ordinarios-en tanto que de bienes muebles, se trata aparece en oposición con la ejecución por las promesas *wadiadas*, esto es, con la pignoración en general (Generalverpfandnung) según más adelante se habrá de examinar detalladamente. Esto mismo puede deducirse también sobre la realización (167) de la prenda, especial dada según contrato. En ambos casos vende el corredor público en pública subasta las cosas de que se trata sin intervención del deudor pero por su cuenta y la del acreedor. De modo que en España, la venta en pública subasta de las cosas embargadas -que poco a poco se acepta pero que no se generaliza de un modo absoluto, — es también una imitación de la que regía en todo tiempo para, la prenda convencional (168). Pero allí donde el acreedor embarga una *Juentea* o un *stac-us* -como regulan algunos fueros, — se ofrecen las cosas a nuestra consideración de otro modo distinto. Entonces, si el deudor no presta la póliza procesal, se origina en seguida un embargo de las cosas que se encuentran dentro de la casa, llegándose, finalmente, a arrancar la puerta -cosa también empleada fuera de España -pero no a un embargo directo de los bienes inmuebles. Según el conjunto de sus manifestaciones, este embargo directo tiene la misma configuración que el motivado por la multa contra el demandado rebelde ; por

161) Pueros de Aragón II, p. 279 b: tamen si ille, qui misit in pignore haereditatem saepe dictam, non habuerit, unde possit eam redimere, dicit forus: per buce.un iustitiae mittatur haereditas in manu cursoris et ex illa die, qua fuerit posita in manu cursoris usque ad 30 dies vendatur. -Según II, p. 281 b, IV, allí donde por causa de la prenda de inmuebles se presenta un fiador, puede éste también promover esta enajenación forzosa.

168) J. VV. Planck: Deutsches Gerichtsverfahren, im I\1. A. II. p. 257. -También E'smein: Et. sur les contrats dans le tresancien droit français, p. 119.

ello debe llegarse a la conclusión de que las prendas tocan directamente en suerte al acreedor (169). La definitiva explicación de este último fenómeno jurídico podrá darse más adelante.

Primitivamente ya lo hemos dicho, -los bienes del deudor que incurre en rebeldía y no presta la promesa procesal, se embargan después que el encerramiento ha transcurrido. Pero no se utilizan en beneficio directo del acreedor; esta es una finalidad posterior que se buscaba alcanzar por distintos caminos. Sólo el embargo por la multa de citación en juicio (*Ladnngsbusse*) proporciona ya, desde el primer momento un beneficio directo a aquellos que están habilitados para percibirla.

Por eso, cuando en ciertas noticias que pertenecen todavía a los momentos más antiguos de esta evolución se dice que sólo debe embargarse cuanto sea necesario para la satisfacción del crédito del acreedor, no se ha de considerar esto como una contradicción de lo anterior pues la posibilidad de apresar al deudor que en estas fuentes se reconocía, obligaba a éste a consentir en la enajenación,

---

16) Véanse los pasajes correspondientes en la N. 99; los allí citados de Teruel 133 se continúan de la manera siguiente: *tamen massam non pignoret sive ropam de lecto, in quo infirmus iacuerit sive parturiens vel etiam plumam, sive viva pignora inveniendō mortuā; quia qui nec predicta pignoraverit inveniendō alia, pectet 5 solidos iudici et querelloso. Si vero alia non invenerit, nisi illa, in quibus massa fuerit, ponat in assam in panno mundissimo et levet alia pignora iuxta votum. Similiter si alia pignora non invenerit, nisi que in lecto infirmi fuerint, ostendat illud sagioni (Cu.ene.a dice vecino) cum quo pignoret et illi eo levet portas omnium domorum sive curie, quas ille magis voluerit. Sed plumam non pignoret ullo modo. -Que también en la casa se prenda, resulta ya de este pasaje; además, Teruel 118 (Cuenca XVII, 17): *item sciendum est, quod, si querelosus aliquis in domo aliqua pignorare voluerit, ut forum precipit, et ter in die hostium clausum invenerit, scilicet in mane et in meridie et in hora nona, ostendat illud sagione (Cuenca: *vicino*), cum quo pignorare debuerit vel vicinis. Deinde vocet iudicem, qui sibi sine calumpnia portam aperiat et pignora reddat ad petitionem sufficientia conquerenti.**



de sus bienes, llegándose por esta vía indirecta -en el hecho antes que en el derecho -a. conseguir para el acreedor una satisfacción en punto a su crédito (170). -Allí donde este sistema de las obligaciones "I wadiax'fo6 se extiende a las no wadiadas se entiende esto mismo como algo natural (1").

b) Con lo expuesto hasta ahora todavía no se ha llegado a ninguna conclusión. Se ha mostrado bien que las formas que tienden a proporcionar una inmediata satisfacción no sólo al Estado sino también al acreedor particular, son algo más modernas y se han desarrollado después de un embargo puramente negativo de los bienes y de la persona del deudor. Pero todavía no se ha visto de que manera termina este embargo primitivo; sólo en el caso de que la terminación de este embargo no conduzca tampoco a una satisfacción del acreedor en punto a su crédito como se desprende de lo expuesto hasta ahora---habrá que considerar como acertadas las observaciones anteriores.

a) Es indudable que para este estudio no se puede partir de algunas aisladas noticias del Norte que presentan como un *encartado*, esto es, como privado de la paz de la ciudad al demandado que dentro de un corto plazo no «quisiere dar derecho») así como i, aquel otro que no acepta el derecho que le ofrecen (172), pues ello contradice a lo que

---

•O) Aunque no de un modo directo, entran en este orden de cosas los Fueros de Aragón I, p. 280 a, I. Según este pasaje debe tener lugar el embargo «considerata debiti vel querelae quantitate vel qualitate». Se trata, por lo tanto, de una deuda reconocida judicialmente, esto es, de una deuda *wadiada*. En cambio en los mismos Fueros de Aragón I, p. 76 a, I, 1217 se dispone: si autem fuerit personalis, ponatur in possessione bonorum rei, secundum quantitatem petitionis et reus infra annum et diem veniens praestitit. a. cautione, quod pareat iuri et restituitis expensis recuperet possessionem. -Y en II, p. 97 a, I, 1247 se dice: si pignoraverit aliquis in mane alium, de quo clamum habuerit, tantam pignorum accipiat aut talem, ut pro illo possit consequi suum directum.

171) Teruel 148 (N. 169).

112) Llorente IV, p. 132, Molina 1152: qui querella hobiere en :Molina uno de otro e non. quisiere dar derecho e rezebir sobre

anteriormente hemos podido ver que regía en punto a la marcha de la ejecución judicial. Ante todo se ha de observar que en estas disposiciones se trata no sólo de la rebeldía del deudor sino también precisamente del querellante que no quiere aceptar el derecho ofrecido. Por consiguiente se ha de considerar esta noticia desde el mismo punto de vista que las normas sobre los mandatos de paz de las cuales se ha de tratar más adelante : o sea que se imagina a los litigantes como viviendo en dura. <ontienda y no se dan la paz hasta llegar a la resolución procesal definitiva.

Frente a esto, se ofrece a nuestra consideración el hecho de que según el derecho aragonés, el deudor rebelde no puede ser reintegrado en la posesión de los bienes embargados, después del transcurso de un año y día.<sup>(173)</sup> Este es el mismo plazo dentro del cual un *incartatus*, esto es, un proscrito, puede recuperar sus bienes que, como consecuencia de la prescripción, han sido asignados al Fisco (*bona — sunt annotata fisco*) ; transcurrido este plazo quedan estos bienes definitivamente confiscados.<sup>(174)</sup> -También se advierte por otra parte que los vocablos *encartatu* y *encerratus* aparecen siempre juntos y en relación, en las fuentes de referencia (175), es decir que el *encerrarse* en la manera con la prescripción que en España se designa con la palabra *encerrar* (176). Pues bien, si se toma en conjunto

querella fata 9 dias e de cabo fata otras nuevas días seya en coto de 1000 maravedis e despues de 9 dias salga de Jolina por encartado del concejo.

<sup>173)</sup> Fuero de Aragón I, p. 76, l. 1247 (N. 170).

<sup>174)</sup> Obs. regni Arag. Vlll, de contumacia. § 3 (Fueros de Arag. II, p. 59).

<sup>175)</sup> Soria 530: es a saber, que por muerte de un omne non deben haber los querellosos mas de un enemigo salvo de aquellas, qui se dexaren encartar e encerrar. -- 532: como aquel, que se dexare encartar e encerrar por muerte de omme. -571: si aquel, que fuere mandado o encartado por furto o por feridas afugiere, ante que sea encerrado.

<sup>176)</sup> Para esto basta con citar la l. art. IV, 17, 4 : banniti son llamados en latín homes, que son pregonados et encartado por algunt yerro, que han fechos.

ambos conceptos se llega a la conclusión inmediata de que el transcurso de un año después del embargo del aedor sin que éste pague, se considera como un ataque del referido deudor al poder público; y una natural consecuencia de esto es, que una vez más se evidencie, que toda obligación -abstracción hecha de las obligaciones *wadiadas* y del derecho a la restitución de lo prestado que se considera como un derecho real -no puede dimanar de otra fuente que de un delito.

b) Toda vía puede inferirse mejor el mismo resultado, de otra serie de observaciones basadas sobre aquellas disposiciones que de un modo inmediato y exclusivo describen los efectos definitivos del delito sobre los bienes del culpable. -En la mayoría de las ocasiones se regula esto al tratar del homicidio. Se distingue entre el caso en que el criminal es apresado y aquel otro en que se encuentra en libertad bien porque huyó, o porque -en aquellos días cosa muy frecuente- no existiera posibilidad material de apresarle. En el primero de estos casos se destaca desde el tiempo visigodo que el querellante no obtiene nada, de los bienes del delincuente, sino que estos bienes primeramente sólo los muebles -o recaen por entero en beneficio de sus parientes o, en parte en beneficio de estos parientes y en parte en beneficio del Poder Público, para subvenir con ellos a la multa que éste debe percibir (rn). Si el cri-

---

<sup>177)</sup> Así se ve ya en la l. Visig. VI, 5, 21 -un pasaje sobre cuya autenticidad, de acuerdo con IJeumer, no existe ningún motivo de duda. (Se parte aquí del caso en que el delinciente se encuentra en poder del querellante como *serviturus* y se dispone: «*facultates ei filii vel heredes scelus perpetrantis accipiant*»). A esto se junta el muy antiguo testimonio suministrado por el c. 24 del Juero de León de 1020 (:3foñoz p. 66): *si quis homicidium fecerit et fugere poterit de civitate aut de suo domo et husque ad 9 rues captus non fuerit, veniat securus ad domum suam et vigilet se de suis inimicis et nihil sagioni vel alicui homini pro homicidio, quod fecit, persolvat; et si infra 9 dies captus fuerit, et habuerit, unde integrum homicidium reddere possit, reddat lud; et si non habuerit, unde reddat, accipiat sagio aut dominus ejus medietatem substantiae suae de mobili; alia vero*

minal es ajusticiado rige lo mismo (t<sup>7</sup>s). -En el segundo caso toma siempre el Poder público los bienes en la cuantía que importe la parte de la multa que le pertenece, y los bienes restantes pasan también a los parientes del reo (179). Otras veces se dispone sobre esto de un modo gene-

---

medietas remaneat uxori eius et filiis vel propinquis, cum cassis et integra hereditate. -El apresado no puede ser forzado a la composición, sino que esto depende de su libre voluntad; si él no quiere componerse, para determinar los efectos de esta negativa, se ha de distinguir entre su *substantia* -designación que se emplea para nombrar sus bienes muebles -y sus inmuebles. La mitad de los primeros y la totalidad de los últimos son para los parientes del muerto; la otra mitad de los muebles, para el Fisco.

<sup>178)</sup> Teruel 23: verum tamen, si ille (homicida, vendedor de hombre libre o uno que ha cometido un delito grave; 'feruel 221) pro commisso scelere darnpnificatus vel iusticiatus fuerit, propinquiores consanguinei bona ipsius hereditent, tam mobile quam radice. -Fuero real IV, 17, 2: tocio orne, que matare a otro a traycion o aleve arrastente por ello e despues enforquendo; e todo lo del traydor hayalo el rey e del alevoso haya la meitad el rey e la meitad los herederos; e si en otra guisa lo ro. atate tiin derecho, enforquendo, e todos sus bienes hered.en los sus herederos e no peche el homecillo. -En M. Port. leg. I, p. 165, c. 4, 1211 pasan todos los bienes a los parientes del criminal ajusticiado, salvo el caso del delito de lesa majestad, en que se establece una confiscación: «dos aleyvosos e dos treed.ores stabelleemos, que se per ventuyra por sa maJdade forem mortos ... todos os seus beens de seu se tornera a seus hereeos propios, asy que os almuxa.rifes cousa deles nom. possam tomar, salvo en dous cazos ... convem a saber, se os davandictos trabalharem en nossa marte ou de nosso filho ou de nosso parente ... ou morto de seu senhor ou en hereges. -Que por causa de un delito sólo tiene lugar: una confiscación en caso de *traditio*, lo establecen también las *Observantiae regni Arag.* II, de *mutuis petit.* § 2 (Fueros de Aragón II, p. 17). Pero cuando en estas fuentes se ve que el *funcionIT:io real vendit bona immobilia* por causa de un homicidio (VIII, de homicidio § 20 y lo mismo en la p. 57, de contumacia. §: 12, p. 60) puede esto sólo ser interpret.ado en el sentido de *qut.>* se ha llegado a aceptar entonces una ejecución contra los bienes del inculgado, hecha en beneficio del acreedor.

<sup>179)</sup> Teruel 22: verum sciendum est, quod nmandamus, quod quicumque hominem occiderit vel venfuderit aut aliud scelus huiusmooi perpetraverit et affugerit, iudex omnia bona tam viri quam uxoris accipiat pro calumpnia mobile et ra.<lice, quamvis

ral que por consecuencia del delito pasan todos los bienes del culpable al Poder público; y es muy notable que imtonces se haga destacar con respecto al hurto, que el particular perjudicado no puede reclamar más que la restitución de la cosa robada (180). De todo esto, tomado en conjunto, resulta. que desde los tiempos visigodos no recaen los bienes del delincuente en beneficio de la parte perjudicada sino que se reparten no siempre en igual medida -entre el Poder público y los parientes del inculpaado.

Frente a lo que acabarnos de exponer, se observa. por otra parte que también en los tiempos visigodos, se disponía primitivamente que el homicida. apresado, «eum rebus suis in parentum vel propinquorum heredum defuneti i.ure maneat serYiturus)», lo cual hubo de ser abolido por el monarca Vamba (181). Y todavía. en época muy posterior, se encuentran a menudo disposiciones según las euales los bienes del homieida, induso cuando él no es apresado, caen en poder del querellante en tanta cantidad enai:rta sea hecesaria para cubrir su demanda de composición (182). (Busanspruch).

Formulemos una última observación que c.onduce a resolver esta contradicción aparente. J4l derecho español,

sit radix vel mobile IL\:\Oris et non madti ... Illud vero, quod de mobile vel de radice aut de aliqua pecunia calumpnia completa. remanserit, totum reddatur mnlieri vel filiis sive illis, qui habere debeant sua bona. -La primera parLe de esto se encuentra también en el Fuero Real IV, 17, 4: «si aquel que matare o otro sũ1 derecho fuyere, que lo no pudieren haber para facer iusticia del los alcaldes o las otras justicia del rey tomen de sus bienen; 500 sueldos por el homicidio».

180) Muñoz p. 311, Sahagun 1152: traditor probatns vel fw-cognitus sint in indicio majorini et concilii et omnia illorum sint abbatis. Sed de reous latronis prius restituantur furta, quae fecerant, domino; cui furatus fuerat.

181) I. Visig. n, i), 21 (X. li7).

182) Usagre 53: et si non potucrnt eum (el homicida) abere, dent omnia bona, que habet a parentes mrtoui usque 300 moravetis. Dentro de este orden de cosa hay que citar también el más reciente derecho de Aragón (c. 178) y, finalmente, de un modo general, todas aquellas disposiciones que establecn una fljecución contra los bienes en beneficio del acreedor (N. !36).

como otros muchos derechos gerruánicos, establecía primitivamente, de un modo general para el caso en que un delincuente no expiase su culpa, esto es, no prestase promesa procesal, la destrucción de sus cosas y de sus bienes muebles (183). Esta destrucción hay que concebirla como un deber común a todos los súbditos, en la cual — de nuevo en conformidad con el derecho general germánico — los caballeros, como tales, tenían que participar (m). — Se ve por lo tanto claramente ahora que la confiscación de los bienes representa un momento posterior de una evolución. Lo primitivo fue esta tosca destrucción. Y en efecto todavía hay que considerar como huellas seguras de este proceso evolutivo: el hecho de que en el fuero de León se aplique exclusivamente la confiscación sobre los bienes muebles — los únicos también sujetos a aquella destrucción (185). — La peculiaridad de que ni en uno ni en otro procedimiento pueda obtener el acreedor una satisfacción directa en punto a su demanda, y por último, la, circunstancia, de que tanto los inmuebles del que en los primeros tiempos era sometido a esta destrucción violenta como los

183) Los documentos véanse en *Alfoz de Llanes*: ZS. Sav. St. G., XXXI, p. 333, N. 1, págs. 336 y sig. — Que también los bienes muebles son objeto del saqueo, se ve en los pasajes de la p. BG, X. 3. Que este saqueo tiene lugar cuando nin; rima 1n111('11dajo se presta, lo contiene el derecho de Cintra (p. 7, X. 5i). — Que también tiene lugar cuando la promesa procesal no se presta, lo establece Daroca, Muñoz. p. 535: praeterca si quis alium occiderit. vel aliud malum fecerit et integrum fuerit domum alicuius vidni, si voluerit dare capilevato rem ille vel dominus domus, pro illo non disrumpeatur domus. — Sobre la misma forma en otros derechos germánicos, véase mi «Deutsche und französische... VG. I, página 205 y sig., y ahora, ante todo, His des Strafrecht des dciltschen Fittellatters I, p. 421 y sigs.

184) Llorente IV, p. 188, Llanes I Hi8; et siu man<la..lo de Jo;< alca.lle nin; uno non sea osado de cabalgar con el merino por la villa. nin por las fl.deas a. tomar nin destruir la villa nin el alfoz. — Sobre la preparación de la proseripción en otros derechos germánicos véase mi Gcschworenengericht und IlquisitionsproLe.,s, página 182 y sigs., y finalmente Vierteljahrsheft für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte XIV, p. 488.

185) N. 177.

de aquel que en época posterior estaba sujeto a la confiscación -véase el fuero de León (186) -pasaban a ser poseídos por sus más próximos parientes.

Interesa advertir ahora, que todos estos efectos sólo se producían cuando la destrucción de las cosas del culpado tenía lugar positivamente, y que esta destrucción -cuando no se trataba de un delito de derecho sagrado -sólo podía promoverla la parte lesionada. Por lo demás, tal actuación, que era sin duda la, que procedía de un modo general cuando el acusado había huído o cuando estando presente se oponía a toda acción jurídica, no producía, en verdad, al querellante, ninguna satisfacción directa en punto a sus pretensiones pecuniaria's sobre una composición, pero satisfacía en cambio su sed de venganza, cosa esta que en los tiempos primitivos aparece como lo más importante. -Muy distinto era el procedimiento a seguir cuando el demandante tenía en su poder al demandado porque lo hubiera podido apresar ya fuera de su casa durante el *encerramiento*, ya dentro de la casa cuando este encerramiento había concluído. Entonces el querellante no tenía ninguna base suficiente para promover la destrucción de las cosas del acusado, pues, éste, mantenía su potestad dominical sobre sus bienes -potestad que con el arresto únicamente se restringía -hasta que se llegaba a su destrucción en los primeros tiempos o a su confiscación después, siendo así, por medio de esta coacción ejercida sobre la persona del propietario apresado, como podía el querellante hacer tributarios suyos los bienes de aquél. -Pues bien, este estado de derecho es el que Wamba menciona como antiguo y deroga en la l. Visig. VI, 5, 21.

Es indudable que este derecho del acreedor se cruza primitivamente con otro derecho, con el de la comunidad familiar.

Esta comunidad familiar que entre los godos había permanecido muy viva -cosa bastante natural en un pueblo nómada -y sobre la cual se apoya -como en otro lugar debe ser examinado -toda la peculiaridad social de los

---

186) N. 177.

*hidalgos (vnsfanzones)*, tiene un derecho preferente a la propiedad de los inmuebles pertenecientes a los miembros que la integran. Esto hace que la presión indirecta que el acreedor puede ejercer sobre los bienes del deudor por medio de su aprisionamiento se extendía sólo a los bienes muebles; desaparece esta última limitación y al punto surge el interés de la comunidad familiar que considera como intolerable que un derecho suyo se borre frente al de un particular ya que sin duda existe entonces el peligro de que el delincuente apresado por su acreedor venda sus inmuebles para con su producto lograr su composición o disponga de ellos por cualquier otro medio con la misma finalidad sacándolos así fuera de la órbita familiar. La ley de Wamba a que nos hemos referido, significa, precisamente a este respecto, una renovada confirmación de la forma primitiva que en el mundo hispano-romano pudo llegar muy bien a peligrar por efecto de una ley precedente que partiera de la existencia de una plena propiedad individual sobre los inmuebles.

c) Vamos ahora a examinar todas las noticias que acabamos de exponer poniéndolas en relación.

Cuando el reo no podía ser apresado, es decir cuando huía, se llegaba primero a la destrucción y más tarde a la confiscación de sus bienes pero teniendo siempre presente el derecho de sus parientes, a tal punto que los inmuebles siempre y también remotamente, una parte de los muebles recaen en favor de estos. En otros derechos germánicos, estos parientes, entran en la posesión de estos bienes, ya inmediatamente, ya después del transcurso de un año<sup>(181)</sup>; el derecho español pertenece a este último grupo puesto que hace proscribir el derecho del reo por el transcurso de año y día<sup>(182)</sup>: vencido este plazo se determina definitivamente cual parte de los bienes embargados al fugitivo queda en poder del rey y cual otra hay que restituir a la familia del delincuente.

Para el caso en que el delincuente hubiera sido apresado

181) IVi D. fr. VG. 1, p. 205.

182) N. 170.



se sanciona desde los tiempos visigodos en una serie muy importante de normas jurídicas, el mismo principio, repartíase también entonces los bienes entre el Estado y los parientes del reo únicamente. -Resulta según eso que para todo:; los casos posibles se encuentra el precepto de que el acreedor de ningún modo tiene derecho alguno a una satisfacción económica y se debe conformar con las distintas formas de apresar la persona del deudor.

Otras veces, por el contrario, el acreedor ha ensañado su dominio sobre la persona, del deudor apresado, con un dominio sobre sus bienes, que a parte, sin embargo, no pierde todavía de ningún modo inmediato. Este estado el derecho castigado e inquitado por la l. Visig. repítase en algunas leyes posteriores que obligan al deudor, coaccionándole con su arresto personal, a proponer la enajenación de sus bienes, para pagar al acreedor y con ello de nuevo recobrar la libertad. -E! inenajenable que esta enajenación no puede hacerse sin intención del Poder Público -El enal con el arresto ha producido el efecto de prohibición de enajenar y su intervención por otra parte tratándose de la enajenación de inmuebles sería necesaria aun sin tal requisito. -Sí, por lo tanto muy comprensible el hecho de que semejante enajenación aparezca otorgada por la autoridad, limitándose el arresto a prestar su consentimiento.

Por último, cuando se llega de un modo general a una venta pública, los bienes en pública subasta, la cual se permite precisamente en el instante en que la *encerratio* termina y el acreedor cae en poder del acreedor (después del transcurso del plazo de 9 o 80 días señalado para la *wr:rratio*) esta venta, -Por la forma, voluntaria, -es otorgada primeramente por el deudor con el consentimiento del Juez, y después sólo por este último. -Como quiera que sería muy raro que por delitos pequeños huyera el deudor, lo más probable debió ser que se produjera la *encerratio* primero y el arresto después.

Resulta por consiguiente que la existencia de una acción jurídica para la obtención directa por el acreedor de una satisfacción en punto a su crédito sobre los bienes del deudor

dor, es una formación tardía cuyo proceso histórico todavía se puede reconocer. El momento de transición lo representa aquella coacción que mediante la proscripción y el apresamiento se ejerce contra la persona del deudor.

Es por un semejante estado de cosas por lo que resalta tanto la naturaleza particular de la obligación *wadia*, *fa* que ya en el derecho más antiguo suministra al acreedor una acción directa contra los bienes del deudor y le evita todo rodeo inseguro para obtener la satisfacción de su crédito.

El derecho español ha conservado una estructura, de la obligación extremadamente primitiva. Si se hace abstracción de la *vergeiselung* y de la *icadiatio* no se encuentra ninguna obligación que derive de contrato. La promesa contractual obliga sólo al pago de una pequeña multa, en caso de incumplimiento, cuando se la fortalece con la *palmata*. Por las cosas que se entregan en préstamo responde el prestatario, lo mismo, exactamente, que un poseedor de cosa ajena, esto es, en virtud del derecho a la cosa que tiene el prestamista, lo cual motiva sin duda que se considere la responsabilidad en que incurre el prestatario que no la restituye como una responsabilidad nacida de un delito. Es decir que puede afirmarse de un modo general — con solas las salvedades expuestas que no hay más obligación que la que dimana de un hecho delictivo.

No es esto sólo. Incluso para hacer efectiva esta obligación que de un hecho más o menos delictivo deriva, falta toda acción judicial directa contra los bienes del obligado. Si este no presta la promesa procesal sometiéndose así a los efectos del *vergeiseln* o del *wadiieren* sólo se produce, en caso de incumplimiento, la *prfoacirin de la .jnz* si huye o su apresamiento si se le consigue detener; permitiéndose como medida coercitiva la negación de alimentos. Si el deudor apresado, y pudiéndose llegar, al menos por este procedimiento, incluso a su muerte.

Pero con respecto a los bienes sólo se concede una acción directa por medio de una prenda, para la efectividad de la multa pública que motiva la rebeldía en punto a la comparecencia judicial. La demanda principal, en ningún

caso puede ser satisfecha directamente a costa de los bienes del deudor. Si éste huye, sólo podrá promover el acreedor, en los primeros tiempos, la destrucción de sus bienes, después el embargo de todos los muebles o de una, parte de ellos entregándose el resto y los inmuebles a los parientes más próximos del fugitivo. Si el deudor cae en poder del acreedor, obtiene este último por ello una influencia mediata sobre los bienes del primero, según cierta legislación; pero según otra legislación que a la anterior deroga, también entonces el acreedor queda eliminado de toda satisfacción pecuniaria sobre los bienes del deudor apresado porque estos bienes se reparten entre el rey y la familia del deudor.

Hay que recoger, por último, que al apresamiento definitivo de la persona y bienes del acusado precede un *estadio* provisional de carácter asegurativo que se manifiesta externamente con una citación al deudor, hecha con exhibición del *sigillum regis* y con la plantación de este signo en su casa. De este modo se origina para el deudor un *encerramiento* que si de un lado le impide provisionalmente abandonar la casa, de otro lado le protege contra todo arresto personal.

2. Para acabar con esta cuestión debemos ahora poner en relación esta forma.ción jurídica que queda descrita, con las que se desarrollaron en la misma época en otros derechos emparentados con el español.

Hay que hacer destacar a este respecto que el principio que impone una privación de la paz al deudor fugitivo se encuentra también en todos los derechos germánicos primitivos (189). El hecho de que el deudor no fugitivo pudiera ser apresado y en último término muerto, se repite igualmente en el derecho noruego y en el primitivo derecho romano (190). También se encuentra en el derecho ger-

189) Así por ejemplo Amira I, p. 144 y sigs. para Suecia II, página 115 y sig., para lo noruego-islandés; Stemann: Danske retshistorie, p. 257 y sig. -Para los germanos del sur, particularmente, l. SaJ. 56.

190) v. Amira II, p. 172; Girard-v. Jfayr, Geschichte und

mánico primitivo **-en** contradicción con muchas formas posteriores que aceptan la existencia de una acción encaiminada a conseguir una satisfacción directa del crédito debido **-aquella** norma jurídica anteriormente reseñada, según la cual, por lo menos cuando el deudor huye sin ser apresado **-en** rigor en todo caso de incumplimiento **-no** podía el acreedor obtener una satisfacción directa en punto a su crédito sobre los bienes del fugitivo, pudiendo únicamente promover su destrucción violenta y debiendo ser restituídos los inmuebles a la familia del ineulpado. **-To-**avía se mantiene algo análogo a lo expuesto, en derechos que ya están en un momento de transición hacia el establecimiento de una satisfacción directa del acreedor (191).

Pero ante todo se repite esta misma concepción en la legislación procesal romana, ya que aquí la única forma de ejecución de un acreedor es la *manus inie!tatio* (192) y esto significa precisamente que se excluye toda acción sobre los bienes, en provecho directo del acreedor. Media también una perfecta identidad entre la, *pignoriid capio* romana y el procedimiento sancionado por el derecho visigodo y otros derechos germánicos (193), para la recaudación de los créditos públicos por medio de una prenda y sin necesidad de que preceda ninguna actuación procesal apartándose así de la regla general sentada en punto a los créditos de particulares (19).

---

System des romischen Rechts, p. 1076 y ahora particularmente. Jobbé-Duval: Les morts malfaisants, p. 243 y sigs.

191) Así, como lo más significativo, véase la l. Rib. 32, donde con respecto a toda deuda, motiva la desobediencia, finalmente, un pago total de 105 sol. para la justicia y 45 sol. para el acreedor. Aquí, sin embargo, notoriamente, es todavía el pensamiento básico, que los bienes de un tal deudor rebelde, corresponden a la comunidad (Allgemeinheit).

192) Girard: Ob. cit. pág. 1073 y sig.

193) Véase mi *Eiinkleidung*, p. 17 y sig. L-Os documentos un poco tardíos que Planitz (*Die Vermögensvollstreckung*, p. 154 y siguientes) aduce sobre una supuesta prenda sin intervención de la autoridad en la época post-franca, no prueban nada. Únicamente podrían ser interpretados como acreditativos de una prenda hecha por el acreedor después de haber obtenido licencia judicial.

194) Girard: ob cit, p. 173 y sig.

So encuentra también en otros derechos germánicos la prohibición al demandado de poder disponer de sus bienes después de interpuesta la demanda. La entrega solemne al demandante del *sigiUum regis* -que a este efecto se hacía en España -y la obtención por este medio de un embargo sobre los bienes del demandado, tiene su correspondencia -- con las naturales desviaciones -- en la sálica *nexti gathigfri* (195). También en esta legislación se trata de un embargo meramente asegurativo que se separa indudablemente de la citación a la parte contraria y que al igual que en el derecho español se pospone evidentemente al hecho de la citación.

Hemos visto anteriormente que en el territorio hispánico cuando la *serial* se plantaba en la puerta de la casa del deudor se originaba un *enuerramiento* de éste. Pues bien, el título «de chrenechruda» de la *lex Sálina*, a menudo citado, significa ya, al menos probablemente, algo semejante; y esta misma forma se repite en fuentes del derecho sajón. Además tanto aquí como en el derecho frisio es común la prestación tributaria personal por la colocación de un símbolo que representa al señor jurisdiccional (96).

Según la *capitulatio de partibus Saxonum* c. 27, el desterrado en virtud de una pena, no podía, volver a pisar su casa. El derecho de Goslar, hasta que la proscripción definitiva llegase, protegía al propietario de una casa que en su propia casa se hubiera refugiado, contra todo arresto personal y prohibía así mismo la prenda de los bienes muebles

---

19°) Sobre el *gathigfri* que se repite en el *catheum* del posterior derecho de Valencien nes. véase mi D. fr. VG. I, p. 158, y finalmente, también mi «Einkleidung»: p. 16.

96 También debe comprenderse dentro de este orden de cosas el *takemen* del derecho inglés; aquí, el señor, a su solariego (Grund hold) que no paga, manda tomarle una prenda, la cual se designa una *veit* (Bateson, *Borough customs* J, p. 10, 1272) como *kings yard*. No se trata, como Amira sostiene *Der Stab*, página 144 --de que aquí la prenda no sea un símbolo, sino que sirve para apartar del comercio la cosa así señalada. También ha dificultado Amira la justa interpretación de esto al mezclar esta forma con la tan difundida de arrancar ventanas y puertas.

que dentro de la casa se encontrasen (191). Como se ve, ambas normas están emparentadas con el hispánico *encerramiento*.

3. Tomando ahora todo esto en conjunto se llega de nuevo a la conclusión de que la obligación ordinaria española ofrece todavía una estructuración particularmente tosca. Falta toda obligación dimanante de contrato y sólo se encuentran las que dimanar de delito; y aun en éstas, falta también una acción directa contra los bienes del deudor en provecho del acreedor. Esta es la *actio* de que se llegue a la *VergdBelung* y a la *Wadiation*; pues en estas instituciones la promesa se fortalece con una acción que se dirige contra la persona del promitente en la *Vergcistung* y contra sus bienes muebles en la *Wadiation*. De ambas instituciones se ha de tratar en las páginas siguientes.

(191) Sobre esto Planck, *GV. II*, p. 248, p. 278 y sig.; Planitz: *Festgabe für Sohm* p. 319, ensaya rectificar a Planck, equivocadamente, según mi opinión. -Aquí, esto, no puede ser más exactamente fundamentado.

## PARTE II.

### La obligación fortalecida

#### § 3. *Obstagium*

1. *Gasos de obstagium*. 1. En las *Observantiae* de Aragón, -esto es, en una fuente, sin duda de las tardías, pero que, al menos en parte, a Vitalis de Canellas se debe y por lo tanto ha sido elaborada con materiales que se remontan a la primera mitad del siglo xm, se dice que aquel que se obliga a pagar una suma determinada de dinero o en su lugar a *kn&re ostagia*, en tanto en cuanto este *tenere ostagia* perdure, queda libre de toda otra acción, esto es de toda ejecución sobre sus bienes (1).

Este pensamiento se deja ya percibir en el derecho español anterior. En el siglo xrr (2) se habla ya de un *ostatici*

<sup>1</sup>) Obs. regni Arag. V de solutionibus (Fueros de Aragón II, página 32): si quis promiserit solvere alicui certam pecuniae quantitatem certo termino et si non solverit, tenere obstagia, et non solverit et tenerit obstagia secundum observantiam regni, tunc hostagia. tenerit, non compellitur ad solvendum, nisi aliud habuerit forma contracta.

<sup>2</sup>) Colección de documentos inéditos del archivo general de la corona de Aragón IV, p. 300 y sig., 1160.-El conde de Barcelona promete pagar ((tibi Guillelmo Leterico vel mandatorio 6700-morabetini>). El conde presenta «10 ostatici et tenedors». El ostaticus declara: 1. promitto tibi Guillelmo Leterico, quod dominus meus -comes totum prescriptum averum tibi Guillelmo Leterico persolvat. 2. quod nisi fecerit, ego -persolvam tibi Guillelmo Leterico vel tuis -totum prescriptum averum ... et mittito me in tuum ostaticum in .r.lonte pessulano sub tua tuorumque potestate et de tua tuorumque potestate non exeam sine tua tuorumque licentia, quosque totum prescriptum averum tibi Guillelmo Leterico vel tuis sit persolutum in integrum. Et totum hoc, sicut prescriptum est, tenebo et observaba..., si deus meus adjuvet et hic sancta dei evangelia, ad tuam tuorumque notitiam et voluntatem. -Con respecto a otros *ostatici* se designa el fundamento de la relación simplemente

que permanece en poder de un acreedor hasta que ha satisfecho el crédito de éste; aquí es de nuevo patente, que el embargo versa únicamente sobre la persona y no sobre los bienes, por eso cesa cuando el *Osteticus* perece, y por eso también, para este caso y lo mismo para el caso de que el *osteticus* no mantenga su palabra, se interpone además, un *mankvatO'f*. El hecho de que el *ostaticus* no se instituya aquí como tal, para una deuda propia, sino para una deuda de otro, es una condición particular de este caso concreto.

La forma admitida en los documentos para establecer esta relación jurídica es una promesa solemne hecha mediante juramento (2•),

Z. Posteriormente se distingue todavía en los negocios jurídicos, entre un embargo de los bienes y un arresto de la persona (3).

:En otras fuentes, coexisten frente a frente la obligación *wadifula* que pesa sobre los bienes y el mero arresto de la persona, y se señala el pie o la mano del obligado como aquella parte de su cuerpo sobre la cual se hace efectivo, en primer término este apresamiento (4).

como un *juramentum*. -Por los 10 *ostatici* se presentan además (páginas 302 y 303) una serie de *manulevatores* que por *sacramentum* o por *fidem plevidam* se obligan; la obligación de cada *manulevator* se contrae así: *quod si quis eorum (de los ostatici) moreretur vel mentiretur, quod ipse restauraret adeo bonum ad notitiam Guillelmo Lleterici daret 500 morabetinos* Guillelmo Lleterico.

2") También en el cuaderno de leyes de Andorra, de 1356, § 20, se habla de «instrumento debiti, cum hostagio et iuramento (Valls Taherncr, Privilegis i ordinaeions de les valls pirenees III, p. 466).

3) Estilo 134: es a saber, que el fiador no será dado por preso por la deuda, que hizo, aunque los sus bienes no cumplan a pagar el deudo, salvo si no se obligó diciendo, que se obligaba a si e a todas sus bienes.

4") Llorente IV, p. 261, 1181: *omnis horno de PaJencia qui fideiussore dedit pro suo pede et suaJ bona, non sit preso corpus suum nec sua bona nec sua hereditate nec qui dedit fideiusso-rem manifestum.* -Temel 95: *sed antequam firme confirmare debuerint, negator ille prius mittat pignora dupplum vaJentia ... Si vero pignora non ha.huerit, iurando prlmitus se non habere pignora, mittat pedem.* -425 (= Cuenca XX TX, 2): *et quicumque firmare debuerit, firmet super pignora dupplum vaJentia aut su-*



Allí donde se considera la promesa, procesal, como originadora de un embargo de los bienes, existe frente a, la *fianza de dreito* el apresamiento del pie (5).

A menudo, pero no siempre, se interpone al lado o entre el acreedor y el puro deudor personal, un fiador (*sobrelevador, manule-rador*) ; otras veces, por el contrario, se constituye alguien en prenda corporal por una deuda ajena (G).

En el derecho de Navarra se distingue una vez entre el caso en que el demandado dé *fianza, de dreito* y aquel otro en que no las puede dar y en que por lo mismo se le ordena que «rendase en, poder de la cort» (7). Exactamente la misma significación tiene el hecho de que en otros países se distinga entre la *fianza de dreito* y el arresto del *p.e.* En otras varias disposiciones de las leyes de Navarra., se reemplaza el «rendase en poder a fo cort» por la declaración de que al deudor que es hidalgo se le coloca una cadena alrededor del pie entregándose el otro extremo de la cadena en manos de un hidalgo también que interviene como intermediario; si se trata de un villano se le ata una cuerda al cuello (8). Sobre lo mismo versa igualmente una noticia de Lérida (9).

---

per suum pedem. -Soria :318: aquel que fasta el tercero lunes en todo el día diere sobrelevador o el pie con la buena (que *biena* equivale a bienes, se ve, por ejemplo, en Brilmega, p. 132: et estos moravetis salean de la buena del malfechor; p. 14, IV, demuestre la buena, que aduscir a los parientes de la mugier), por se parar a fuero, venga con su sobrelevador o por si mismo al plazo -análogamente los §§ 516 y 524. -Libro de los fueros 32: que sy merino demanda fiador a omne o a muger, quel ide fiador, sy lo oyere; e si non, salve se, que non lo a, e cumpla, que non lo a, sobre su pie. -Esta misma forma es también empleada para el fiador. -Fuero viejo III, 6, 2: que sí un orne fia a o-ko pie por mano o mano por pie. -Boletín XXXVII, p. 374, § 44: otrosí mubre, que entrare fiador por pan o por vino e por buey o por mueble alguno, meta su pie con su iilra e no ha nada.

5) Yruiguas I, p. 432, Estella: et quod nullus fuisset captus, druido fianzas de dreito vel de suo pede.

G) Así en N. 2, N. 4.

7) Navarra III, 15, 8.

8) Navarra III, 15, a: si algmo no es capaz de presentar un fiador con la promesa procesal, ytenli una catena en el pied

Se trata en todos estos casos de un acto que se apoya en el libre consentimiento del deudor y que se origina por una especie de dedaración jurada (*O'fenb(J;rrngseid)*) del mismo; pero la colocación de la cadena alrededor del pie (tº), o de la cuerda alrededor del cuello se considera sin embargo como una actuación del acreedor y de la justicia, lo cual nos lleva, a un apresamiento del deudor que *yn* sin su consentimiento se reali7.a.

Cuando según el fuero de Tudela, que en todo caso representa una forma altamente primitiva --por desgracia todavía no editada --del fuero de Sobrarbe, el Juez coloca en los brazos del deudor que ante él es traído unas *correas*, pudiendo después este deudor marchar libremente pero teniendo desde entonces el acreedor un derecho sobre su persona preferente al de cualquiera otro, se trata también de un deudor que presta la promesa procesal pero que no tiene bienes que ofrecer y por lo tanto sólo su propio cuerpo puede instituir como garantía (11). También en el

et teniendo el pie eu la cadena cyll, a otro cabo de la cadena pongan un fidalgo, qui lo cate, et cumple assi el fuero; UI, 17, 13: si el rey oviere rncura di ninguno fidalgo, que fiador li demande et el fidalgo nou li pn?-ile dar fiador, iuranco sobre el libro e la cruz, que non puede aver fiador, dcveli itar el rey en el pie una cadena et ponga el rey e ll su omne, qui lo cate; H: si fidaJ.go oviere rncura del villano del rey o de la or: len et non puede trobar fiador, itenli una soga ;ll cl leylo.

9) Villanueva XVI, p. 172 y sig.: si tlebitor non potest ,uo satisfacere creditore et creditor non ostendit, unde sibi sati8fierí potest, recepto iuramento ab eo per curiam, quod non habet. unde solvat. statim debet iudex debitorem tradere creditori, ut teneat eum penes se capturo iu comp.edibus aut catena et det ei panem et aquam, donec sit ei pro debito satisfactnm et cornpositum.

10) Muy significativamente se expresa a todas luces que es el pie la paxte del cuerpo sobre la cual se reali a la s11jeción por el juez, en el documento de 1066 publicado por Balari en *Orígenes hist. de Cataluña*, p. 518. Aquí cuando un cojo debe constituirse en siervo de otro se reali7.a esto «par tradicionem vel consignacionem cuiusdam sue crucie (muleta) lignee, cui incmbere solitus erat. propter pedem, quo claudicabat». -Sobre el apresamiento véase arriba § 2, V. i.

11) *Yanguas I*, p. 351: llevado el preso ante el alcalde y con fesando o acreditando la deuda y conviniendo el acreedor en de.

tuero de Teruel Cuenca se repite el hecho de que alguien puede marchar libremente llevando en los brazos o en los pies la señal de su apresamiento en forma de una cadena (*armilla*)<sup>12</sup>: .Y el *mittere signale iu corpore de illo hOnline* de que habla la legislación aragonesa de 1247, se refiere igualmente a esto mismo de un modo evidente (13). Pero al paso que en Tudela, obtiene el acreedor por este medio un derecho sobre el deudor preferente a todo otro acreedor, en Teruel Cuenca desviándose de este principio, sólo existe tal preferencia sobre el deudor que está dentro de la casa encerrado. —En una ocasión se atestigua que esta colocación simbólica de la cadena no agota el número de las formalidades a través de las cuales se establece esta relación jurídica, sino que todavía por parte del deudor se presta una promesa solemne —una jura<sup>14</sup>.

3. Se diferencian el *obstagium* en la casa del acreedor y la servidumbre por deuda (*Schuld knechtschaft*) en que el deudor —siervo, con el signo de su servidumbre puesto — puede discurrir libremente. En cambio es común a ambas instituciones —tanto al *obstagium* como a la colocación en garantía, de *pies* o de *manos*— el hecho de que las dos estén en oposición con el embargo de los bienes; y esta oposición común permite conjeturar que puede encontrarse un momento de transición entre una y otra forma.

En efecto, en un pasaje del fuero de Soria se refleja este momento intermedio. Se ve en él que un deudor que no puede pagar de un modo inmediato, quiere *dar el pie cūn la*

jarlo suelto hasta que le pague, deberá el alcalde ponerle una correa en el brazo a fin de que ningún otro acreedor pueda trabar de él hruita haber pagado al primero, que lo embargó.

<sup>12</sup> Teruel 199 (Cuenca XXIII, 27; Zorita 498): et nemini dicenti valeat <non intrabo in captione, quia captus alterius debitoris permanere> ostendendo armillam ferream in manibus vel in pede. Quia, ut forum precipit, nemo potest e-:tra domum suam debitorem defendere ab aliis creditoribus.

<sup>13</sup> Fueros de Aragón II, p. 96 a, III (§ 2, N. 79, N. 149).

<sup>14</sup> Boletín XXXVII, p. 374, § 44 (N. 4). El pasaje publicado en la N. 2 hace nacer, igualmente, esta relación, por medio de un juramento de *sumisión*. Esto difiere del juramento de *declaración* de Teruel 95, pero puede haberse combinado con él.

*biuna* como garantía, o sea su propia persona y sus bienes. La justicia le señala entonces en casa de la ciudad, que aquel no puede abandonar bajo una multa de 5 sol., y después del transcurso de 3 días se llega a la *entrf3ga* de los bienes (15). Lo principal, según este pasaje, es la ejecución sobre los bienes ; pero a esta ejecución precede un encerramiento en alguna casa, el cual encerramiento se apoya sobre un *dar el pio*.

Resulta por tanto que este encerramiento del deudor en algún albergue nos lleva de nuevo a una colocación de la propia persona del deudor como garantía., cosa, esta que primitivamente se presenta como un encadenamiento simbólico que concede al acreedor una preferencia sobre cualquier otro, con respecto a la persona del deudor ; este último, por su parte, expresa todavía su sumisión por medio de una promesa solemne. -Sólo poco a poco deja de observarse el hecho del encadenamiento obteniendo entonces el acreedor una preferencia en punto a su crédito sobre la persona del deudor, sólo cuando le retenga encerrado en la casa. Por este camino se llega de la *vergl8e7ung* al *obstadium* (16) ; ahora, naturalmente, es a la promesa, del deudor a lo que se concede un valor y no al hecho material de su encadenamiento (17).

15) Soria 424.

16) Pues también las fuentes españolas (N. 2) testimonian ser ésta la forma primitiva de la palabra *ostaticum* (véase, t por ejemplo, la exposición sin duda hecha con otro motivo por Friedländer, Das Einlager p. 9; Lieclmer, Das ob:stadium oder die Geiselschaft nach Schweizer Recht p. 1), ya deriva esta palabra de *hospes* (así también Meyer.Lübke, Romanisches ethymo;J.ogisc), es Wi.rterbuch 4197). La derivación ordinaria de *obscs* es filológicamente inverosímil; pero es indudable que allí donde aparece la forma *obstadium* es posible que sea ésta el resultado de una mezcla de (fi) *ospes* y *ob.es*.

17) Pero la promesa. es tan solemne (N. 2, 4 y 14) que se considera como *iurare*. Nada tiene que ver con una mera *palmata*, que (§ 1, N. 4 y sig.) de ningún modo se cubre con una prisión de la persona. Mucho más hay que pensar en el *juramentum ·P,deUtatis* y en verdad, quizás en una ligazón por medio de un *homagium* que el criado hace a su señor.

II. *El Obstagiwm, en relación con la institución de bienes como garantía.*

Todavía a la terminación de la Edad Media es una cualidad esencial del *obstagiwm* la de que por él se excluye la ejecución sobre los bienes, y de este mismo principio parten las viejas noticias que distinguen el *dar pie* de la institución de la *btwa*. ¿En qué se apoyan estos distintos efectos?

Me parece como solución más acertada la siguiente: en los tempranos tiempos en que la propiedad de bienes raíces sólo puede transmitirse por medio de la recepción del adquirente en la comunidad familiar del que transmite — de lo cual nosotros posteriormente encontraremos patentes: indicios en el derecho espwio, —en estos tiempos tempranos, repetimos, una servidumbre voluntaria (*Selbstverknechtung*) 110 puede producir sino un efecto: que los bienes encerrados en la casa pasen al acreedor. Precisamente el deudor hecho siervo, con la entrega de su libertad pierde también sus bienes en beneficio de su propia comunidad familiar, de otro modo a como ocurre en el apresamiento judicial, que no anula el derecho dominical del embargado, y por el cual, según vimos, se concede al acreedor, de hecho, una positiva influencia sobre los bienes del deudor (18). Cuanto más se transforma esta *positiva influencia* en una *jurídica ejecución* sobre los bienes, tanto más pierde el motivo para, considerar la servidumbre de la propia, persona como garantía de una obligación, como una forma por la cual el acreedor, ninguna influencia obtiene sobre los bienes del obligado que permanecen enteramente en poder de su familia. Aquel que quiere obligarse y sin embargo preserva a la familia de los efectos de esta obligación, elige la forma del *obstagiwm*. —Pero, naturalmente, esto sólo rige si el deudor se obliga únicamente con su persona; cuando él junto a esta obligación, instituye además en garantía sus bienes muebles a través de la *wadintion* o da en prenda parte de sus inmuebles, puede significar esto fá-

18) § Z, N. 181 y sig.

almente que, en primer término, deben ser aprehendidos estos bienes y sólo subsidiariamente la persona del obligado (1u).

Es indudable que estos, pueden haber sido los primeros efectos de la *Vergei-:etung* y que después, con su perfeccionamiento, se ha desarrollado una, ejecución sobre los bienes en provecho del acreedor. La primitiva, significación de esta institución jurídica, hay que verla en el hecho de que el acreedor, puede apresar de un modo inmediato, al deudor que, por la colocación de una señal se muestra como su siervo. Ningún proceso -en el cual por lo demás sólo podría ser apesado el demandado que incurriera en rebeldía.- es necesario para ello. Se ha de hacer constar todavía que este derecho del acreedor sobre el deudor constituido en siervo suyo, excluye -como se ha visto ya en las fuentes manejadas anteriormente (20) - toda posibilidad de apresamiento por parte de otro acreedor.

III. *El obstagium como garantía de una promesa.* -A veces se emplea el *obstadium* para cubrir el cumplimiento de una mera promesa (21). Con ello, los efectos del *Fergeiselung* vienen a modificar, ampliándolas, las normas que, por lo demás, rigen para toda promesa, pues ya se ha mostrado que el quebrantamiento de un contrato no produce más consecuencia que la pérdida de un arra, o, cuando se ha solemnizado con *palmiata*, el pago de una pequeña multa, mientras que por el contrario, el rehén permanece en prisión en tanto en cuanto no se cumple la promesa en garantía, de la cual fué constituido. De este modo carnina la *Vergeielung* paralelamente a la *Wa,diat.on*; así como en esta última se instituyen bienes para forzar al cumplimiento de una promesa, en aquella se instituye una persona. Por este hecho

rn) Esto resulta de la ley del Estilo 131 (C. a), donde el fiador, generalmente, sólo responde del cumplimiento con su persona y con sus bienes, cuando él por ambas cosas se ha obligado; pero entonces la responsabilidad de los bienes antecede a la de la persona.

20) .K. 11 y 12.

21) Así, notoriamente, N. 2.

de que la *Vergeiße Jung* cubra jurídica.mente una promesa, se explica que la expresión *fianza dare* se emplee tanto con respecto a la *Verge elung* como con respecto a la *Wadiation* (22) pues desde los tiempos de Roma no más que con respecto a alguna promesa de cualquier especie que sea se encuentra el *fidem [acere, fi dem dare]*.

IV. *C(nrpa,raoione'> con dtros derechas.*-Ahora ya, debe intentarse situar la institución hispánica del rehén dentro del marco de la historia. general del derecho.

También en otras partes se encuentran huellas de un arresto que de nuevo nos hablan de un encadenamiento de una parte del cuerpo del deudor. -EJ hecho de que en lo!:' noruHgos *Gulathing8'oe,q. 102*, sea encadenado el deudor que no puede presentar ningún hombre como rehén, no atestigua esto de un modo tan patente como el que, por otra parte, el mismo acreedor encadene sus propios pies, ya que lo primero es un apresamiento que pudiera resultar sin consentimiento del deudor, mientras que por el contrario, lo segundo, evidencia un libre consentimiento del acreedor y no significa otra cosa sino que éste, presta una promesa procesal cubierta por *Vergeiselung*, para el caso de que el apresamiento del deudor se mostrase como injusto (23). — Otras veces, estos encadenamientos germánicos, se refieren sólo a personas que son, apresadas, a la fuerza, y no a aquellas otras que voluntariamente se hayan constituido en arresto (2i).

22) N. 5.

23) v. Amira: *Deutung im altnorwegischen :Vollstreckungs;erfahren p. iHl* (además *Obl. R. II, p. 187*) no me parece fundamentado, pues no es exacto que al arrestado se le quite la cadena. en *Gulathingl. 102* después de la conclusión del viaje marítimo. Esto se dice sólo del pie del acreedor; el deudor permanece encadenado; de otro modo el «*soekia sem lausan skyldi hann*» no tendría ningún sentido. (Lo mismo *Konrad Maurer: Vorlesungen über aJt-nordische Rechtsgeschichte III, p. 530*). Es decir, que no puede tratarse de una manera simbólica de expresar que debe concluir el poder del acreedor. Por otra parte, aun admitiendo que existiera un tal encadenamiento de los pies del acreedor, ¿por qué iba esto a simbolizar, sólo el acabamiento de su poder?

24) *Grimm: Rechtsaltertümer I, p. 251 y sig.; II, p. 163 y sig.*

Pero sobre pasando el dominio germánico hay que citar aquí el primitivo derecho romano que con su designación de *nexum* así como también con la de *obligatio*, presupone una forma jurídica, en la cual el deudor *se deja ligar*, ya que otra interpretación distinta a esta, puramente material, no es compatible con el estilo forense de la antigüedad. Ahora bien, el hecho de que el *nexum* se designe como un negocio jurídico *quod per libram et aes geritur* o, equivalentemente, que con *manu scriptum* se instituye<sup>(25)</sup> sirvo precisamente de explicación para comprender los formalismos que en el derecho español se encuentran. En efecto, ya hemos visto que en España concurren en la *Vergeiselung* dos elementos: un contrato solemne por el cual el deudor se constituye voluntariamente en servidumbre y la colocación de una cadena al nuevo siervo, de lo cual se cuida el nuevo señor. Esto último se corresponde con el *nexum* o el *obligare* del derecho romano, y lo primero con la *vwnepatfo* que el deudor sobre sí mismo otorga, es decir con una venta, de su propia persona (26).

Resulta por consiguiente que el encadenamiento como forma de la *Vergeiselung* es algo común a todos los derechos de los pueblos arios (27), destacándose de nuevo su primitiva formación, particularmente agudizada, en el derecho gótico-hispano y repitiéndose igualmente en los restantes derechos germánicos, el principio según el cual la *Vergeiselung* excluye toda ejecución sobre los bienes (28).

También el hecho de que la *Vwgeiselung* sirva para cubrir el cumplimiento de una promesa es condición general de esta institución en todos los pueblos germánicos y

<sup>25)</sup> Mitteis: Römische Privatrecht I, p. 137.

<sup>26)</sup> Mitteis: Ob. cit. I, p. 142. En mi opinión parte de un uso metafórico de la palabra, enteramente imposible en una época antigua.

<sup>27)</sup> Sobre el encadenamiento del rehén entre los celtas, véase por ejemplo, Schrader: Reallexikon, p. 279.

<sup>28)</sup> Rintelen: „Schuldhaft und Einnahmeverfahren im Vollstreckungsverfahren“, p. 121, 168; Friedländer. Ob. cit., p. 126 y sig.; Lechner: Ob. cit., p. 21, 22, 81.



así puede muy bien decirse que se trató en todos ellos de una institución jurídica de garantía (Pfandschaft) (2°).

En todo lo demás, se ha transformado tanto y tan a menudo, esta institución, al expirar la Edad Media (3°) que lo que se le agrega no sirve ya para el mejor conocimiento de su estructura primitiva; por esta razón, no hay que tratar aquí más ampliamente de ello.

#### § 4. La *Wadiation*. Casos de aplicación.

Frente a las formas de prometer descritas hasta aquí que o de un modo general no producen ningún vínculo obligatorio, o sólo crean el vínculo de un modo indirecto por la entrega de una cosa (arra y prenda) o de una persona (rehén) en garantía, existe otro tipo de promesa que de un modo directo origina un vínculo obligatorio contra los bienes, y en la cual, regularmente, se interpone un fiador entre acreedor y deudor. Esta institución se encuentra en todas sus partes de manera análoga a la que en otros derechos se llama *wadia*, a pesar de que semejante designación sólo aparece en los territorios góticos del Norte. Por eso, también, abreviada, debe ser llamada *caution*, aunque la prueba de esta equivalencia sólo del recurso de esta investigación puede resultar.

Se presenta esta institución en todas las relaciones jurídicas, pero en determinado número de ellas ha constituido un elemento necesario de las mismas, y así han llegado a formarse en España ciertos tipos de *wadiation*. En este capítulo deben ser descritos cada uno de estos tipos por separado, dejando así el camino preparado para llegar a la definitiva construcción de esta institución jurídica.

---

29) Es algo excelente R. Lüning: Der Vertragsbruch, p. 241 y sig.

30) Yo pienso aquí, particularmente en los gastos de alimentación del fiador alojado que como una bárbara pena convencional pesan sobre el deudor.

## A. PROMESA PROCESAL

1. *Las promesas de Z.A. partes.* --Ha.y que considerer en primer término las promesas que prestan cada una de las partes en el derecho procesal español.

1. La manera como el demandado se obliga en el juicio ha sido descrita ya detalladamente con otro motivo. Se ha mostrado entonces que la promesa que el demandado debe prestar debe ser cubierta por una fianza o por una prenda. Hay que distinguir además entre esta promesa de comparecer en juicio que se recibe al demandado con ocasión de la citación, y otra promesa prestada ante el juez por medio de la cual declara el demandado estar presto a la defensa. A menudo, aparece también una promesa subsiguiente a la sentencia, que versa sobre el cumplimiento de la misma.

Todas estas promesas se reciben por la otra parte litigante; pero también, de una manera reiterada, interviene junto a ésta, la justicia. Todavía puede ser destacado que según algunas disposiciones, el demandado, por causa de su promesa procesal debe empeñar no sólo sus bienes, sino también su persona (los *causales*), y el *fideiusor* debe también obligar a este efecto su propia persona. De este modo se enlazan aquí la *regei.selm.ng (obs.tagi'lpn)* y la *liJ'adiation* (1).

2. Pero al lado de las promesas del demandado aparecen también otras promesas del demandante cuya estructura debe ser aquí examinada exactamente.

a) En una ocasión se observa una de tales promesas en el

---

1) En general §, III, 2. Sobre la *Fergiselung* en la promesa procesal del demandado: Muñoz, p. 292 (Nagera) «et si dederit fideiussore et non potuerit iudicium complere, ipsi fideiussores nihil aliud debent dare, nisi tantum pedem suum de illo malefatore et ipsimet malefactor debet mittere suum pedem in cepo et ferire tribus vicibus in clavilla. Et si fideiussores non potuerint habere pedem de illo malefatore et malefactor fuerit infancion nihil aliud dent, nisi 250 solidos sine saionia et de villano 100 solidos sine saionia».

JUICIO sobre bienes inmuebles (2). En las noticias más primitivas se presenta todavía este juicio sobre inmuebles, co-

2) Vigil, Col. del Ayuntamiento de Oviedo, p. 10, 1145 (Fuero de \vilés. § 8) si vezino a veúno casa demandar, dia cada runo fiador en 60 sueldos, que el otro que vencido fuer, peche 60 .sueldos al :re. l\Iuñoz, p. 304, Sahagún 1084: vicinus vel extraneus, qui domum vel aliquam partem calumniaverit., tam ipse, qui querit quam nec non ille de quo querit, dent abbati fidiatores in 60 sol. et qui fuerit victus persolvat 60 solidos abbati. Teruel 298 (Cuenca II, 4): qua propter mano o, .quod quicumque pro hereditate alium convenerit, primo det fideiussorem pulsato, qui supra dictum cautum 30 sol. (Cuenca: 10 aureorum) et expensam duplata tam pectet et restituat, si pulsans ceciderit in hoc facto.-L'ibro de los fueros 2! que aquel, que se querella de fiadores al meryno; 206 esto es por fasanya: que don Gil e ,Johan l\larion su nmano en Logronno demaudavan a don Beralt. de I,imoras particion de donua Elvira su tia; e vinieron ante el alcalde e mando el alcalde a don Gil e a Johan J\larin e a Diego su hermano que diesen fian. dores de la villa de levar la bos adelante.-Fueros de \ragón II, página 101, a, U, 1247: quicumque horno dernandat alteri homini casas, campos aut vineas seu quaslibet alías hereditates, quas alter possidet, ex quo venerit ante iustitiam, antequam iustitia det iudiciurn iuter illos, ille qui petit debet dare sufficientem fidantiam per se et per suum geniculum, quod, si fuerit victus de demanda; quam fecit, numquam magis ipse aut alii de suo genullo de hereditate ipsa pleytum moveant vel demanclam; p. 107, b, III: quicumque cuiuscumque couditionis sit., petierit ah aliq110 religioso vel religioni debito aliquam hereditatem et de manda.to iudicis abeat da.re fidantiam de riedra. Debet esse ipsa fidantia ,jufantona et ha.eres loci. P. 107: secundum formn ornnis actor debet dare fidantiam de riedra super omni petitione possessori, quae sit haeres loco. P. 108, a, I: cum receptis hinc lnde fidantiis inris et de riedra 'fit litis contestatio "inter duos.-Navarra II, 2, 6: todo ombre que mueve pleyto de hereditat delant el alcalde aeve dar ferme por si et por su genoylla por aqueyll drecho, que eyll demanda, en quoyal voz demandm-e de avolorio et de pa.tremonio •o de parent-esco. -Et avuelo dentro seyendo ata primo cormano puede demandar por ra.,on de parentesco. -Et si demanda.re por voz de compra o de conquista o de donadio deve dar :ferme en quey lla voz, que demanda. Et si la demanda es sobre mueble, el qui demanda, deve dar ferme, que riedre a todo hombre, que dem.ande en aqueylla voz, que demanda por fuero. II, 2, 7: qui quiere que demanda o otro casas o campos o viñas o ququalquiere hereditat et aduce al tenedor de la lieredat delant el alcalde, eleve iurgar (= indica.re) el alcalde, que dé ferme por si et por la genoylla de aquycyll, en cuya voz demanda el mayor parient dentro estand

mo un juicio en el cual el mayor de los parientes representa a todos los demás tm principio éste que es de la más alta importancia para el derecho de las clases sociales hispánicas (3). -- Implica. por lo tanto, la promesa procesal del demandante una promesa de que el demandado después de satisfecha la demanda., no puede ser de nuevo inquietado sobre los mismos inmuebles por ninguno de los otros miem-

---

que si por aventura fuere vencido de la demanda da. quena hereditat, que fa., e nunca iamas eyll ni hombre da quella genoylla en aquey-lla hereditat nol mueva pleyto nin demanda. II, 2, 8: uno reclama un inmueble, pero si no acata el *drecho* del que posee durante más de un año y un día, puede éste exigir que aquel o «preng-a drecho sobre aquella hereditat que demanda o que la y firme con bonos firmes et fiadores de coto et con bonos testigos por si et por la genoylla da queylla, en cui a voz. demanda, del avuelo ata el primo cormano, que non li demanden nin li muevan pleyto iamas l sobre aqueylla hereditat)». -Yanguas I, p. 451, Estella: si ille qui domum vendidit, quesierit hereditatem comparatori ... comparator cum uno teste iurare debet, quod sic et pasabit et venditor, qui querimoniam habet, 60 solidos debet dare seniori ville et debet firmas dare de se et suo genulo, quod amplius non conquerantur de illa hereditate. -Boletín XXXVII, p. 393, § 193: otrosí si alguno quisiere aprear alguna hereditat ... despues del apeazgo fecho puede el. qui defiende, demandar fiador al dueynno del pleyto, que si es seynnor. -Sepulveda 27: onde mando, que, qui demandare a otro hereditat, primero de fiador a aquel a qui la demanda, que de iel coto de los 10 m. e la despesa doblada, si vencido uere el qui demanda. -Fuero viejo III, 7, 2: mas si la demanda fuer de rais, devel comprir de fuero alli, do es la rais, e si a la ora, que demallr da el uno al otro, dixer el demandado «vos, que me dern:andades, dadme fiador de al:ada e respondervos e (he)» el otro gelo deve dar e si non gelo dier, puedel prender la demanda antel .alcalde (esto es, contener la demanda), fasta que de fiador o otra tal hereditat, como aquella. -M. Port. leg. I, p. 845 y sig.: todo omne de fuera, que heredade venier a demandar Alfaiates, primero lo meta en mano del iel totidem heredate quanta demandat et si non rniserit non le responda. P. 871, V, § 12: tod orne de outra parte que demandare hereditat a nostro vizino per nosso foro le responda. Qualquer orne, que demandar hereditat, meta otra tal en par ou peños ou aiver de valia.

3) Así Navarra II, 2, 7; además II, 2, 6, 8. Sobre el derecho de querella (*Xlagerecht*) germánico de la antigüedad y el derecho de la antigüedad en general, mi *Uradel* en Z. Sav. St. XXXII, página 105 y sig.; XXXVII, p. 129.

bros de la comunidad familiar descendiente del mismo tronco (4). Esta manera de responder por la posible demanda, de un tercero se expresa con la palabra *riedra* (5).

El demandante vencido en juicio al igual que el demandado, tiene que pagar la elevada multa procesal (*coto*) de 60 sol. (10 aurei o 30 sol. del fuero de Teruel) (6). También, en ocasiones, deben suplir, duplicadas, las costas procesales (7).

Se distingue ordinariamente con respecto a todas estas actuaciones, que el demandante presente una *fianza*, o un *fiador*. Pero en el fuero de Navarra se designa este mismo acto como *dar ferme* (8) y se refiere evidentemente este *dar ferme* al aseguramiento de la promesa que se presta contra la posible interposición de otra demanda por algún miembro de la comunidad familiar. En el mismo texto jurídico se diferencian los *fermes* de los *fiadores* *del coto*, debiendo estos últimos presentarse en oposición con los *fermes*, para el aseguramiento de la multa procesal (9).

Y más adelante habremos de volver con mayor exactitud sobre todas estas cosas. De momento, y ya para acabar basta, con añadir *que* según ciertas fuentes clerecho, puede el demandante presentar una prenda en lugar de instituir una fianza (10). En las fuentes más antiguas, también con respecto a la reivindicación mobiliaria, se repite una fianza procesal de *riedra* (11), forma ésta, por lo demás, que no se encuentra más ampliamente.

4) Así los pasajes de Navarra; además Fuero de Aragón. II, página 104, a, Yanguas I, p. 451 (N. 2).

5) Esto resulta con referencia a los muebles en Navarra II, 2, 6 (N. 2). Por lo demás, documentos de *riedra* se encuentran en los pasajes de los Fueros de Aragón publicados también en la N. 2.

6) Vigil p. 10, 1145; Jiuñoz p. 307, 1084; Teruel 298; Sepulveda 27 (N. 2).

7) Teruel 298; Sepulveda 27 (X. 2).

8) Xavarra II, 2, 6, 7.

9) Navarra II, 2, B.

10) Fuero viejo III, 7, 2; M. Port. leg. I, p. 845, 871.

11) Xavarra II, 2, 6 (N. 2).

b) Aparte de lo dicho, presta igualmente una *fianza de riedra*. el que demanda por un delito de sangre y en general por todo delito grave (12).

En los restantes casos, en que se demanda por cualquier otra deuda -- la cual demanda, según lo anteriormente expuesto, se apoyaba también en un hecho considerado como delictivo, -- no se encuentra una promesa procesal del demandante; sólo por excepción debía presentar una garantía «*de tenendo pignu. manifeste*» (13), el demandante que procediendo de un lugar distinto al del demandado, quisiera llevar consigo los muebles tomados en prenda.

3. La serie de promesas se ordena del modo siguiente: ofrece, en primer término, el demandado, la *fidanciá juris*, sigue la *fidancia de riedra* prestada por el demandante y cierra la serie la *fidancia iuc'amen*; que corre también a cargo del demandado; es decir, que la promesa del demandante se interpone entre las dos que el demandado presta (14).

---

12) Cuenca XIV, 3: *sed quia unti multi, qui non sunt de parentela mortui et tamen cupiditate calumpniam faciunt se parentes et etiam posset contingere, quod ipse homicida, ut melius componat, faciat se diffidare scieuter ab aliquo suo ignoto consanguíneo ... mandamus, quod quicumque ignotus vicinum diffidare debuerit, primo det fideiussores valituros in concilio, quod omnem suam parentelam faciat paccatam pro satisfactione quam receperit.* --Soria 5B dispone cerca de la querrela por delito de sangre: *aquei que oviei-e derecho de poner la querrela., desde ovier puesto, de sobrelevado., que lieve la querrela adelante e, si lo non diere o si lo diere e la non levare adelante, el o su, sobrelevador, que peche las calonnas.* Fueros de Aragón II, p. 100, a, III, 1247: *de hominibus vel focina, qui conqueritur ante iudicium de percussoribus, dedecore vel captura, qui malum fecisse dicitur, debet ibi dare vel habere fidantiam de Jiredo et postea, qui conqueritur, debet dare fidantiam de redra.*

13) § 2, X. 48.

14) Fueros de Aragón II, p. 108, a, I, 1217: *curn receptis hinc inde fidantiis iuris et de riedra fit liti contestatio inter duos et actore non probante reus habeat praestare de mandato iudicis iuramentum, si oblata fidantia iuramenti actor eam acceperit, nunquam postea poterit habere recursum ad fidantiam de torna conferendum. Secundum forum Aragonum ita fit torna, quod*

En lugar de la *fidantia iuramentii* que el demandante recibe, puede ser él quien ofrezca en los pleitos criminales una "*fidantia de torna*, esto es, una promesa, de reñir en duelo (y primitivamente también de someterse a los juicios de Dios), debiendo entonces el demandado manifestar que se halla presto al combate por medio de una "*fianza de espada*" (15).

4. Si se toman ahora en conjunto todas estas promesas de las partes, se ve que las del demandante no se aplican en la misma extensión que las del demandado. Aquél, a menudo, sólo ha debido presentar una fianza o una prenda, en los pleitos sobre inmuebles y en los que dimanaban de delitos graves. Estas prestaciones del demandante con respecto a los bienes inmuebles se originan porque sólo puede actuar como tal, representando a la comunidad familiar, el más viejo de los parientes, y por este motivo debe el demandado tener seguridad de que ostenta tal representación aquel a quien realmente le corresponde. Rige este principio, según venimos diciendo, con respecto a los bienes inmuebles que aquí, notoriamente, aparecen como pertenecientes a la comunidad familiar; pero se encuentran también disposiciones, en las cuales la promesa del demandante versa sobre la multa que tiene que pagar si es vencido en juicio, y entonces es al señor jurisdiccional a quien se presta esta promesa procesal (16). Si uno se fija ahora en que en otros derechos germánicos aparece también una prestación de algo que el demandante hace al juez (*dilatatura*) de proporciones enteramente diferentes (n), se llega a la conclusión de que bien pudiera haber tenido lugar en el derecho español, una deformación progresiva, de la promesa procesal, en tanto que ella se presta a la autoridad pública. A eso se ajustaría el hecho de que en la l. Visig.

---

incontinenti, cum reus offerret fidantiam iuramenti, offeratur fidantia: de torna similiter ab actore.

15) Este § en N. 14 y los documentos en § 2, N. 25.

16) N. 2, los primeros pasajes.

17) M. deutsche und französische Verfassungsgeschichte I, página 151 y sig.

todavía de un modo enteramente común se hable de una *sponsio* de ambas partes contendientes (18).

Por lo demás, particularmente el juicio sobre bienes inmuebles que sobre las promesas de las partes se apoya, se desenvuelve en todos sus detalles de una manera igual a lo estructurado por la legislación procesal romana.

II. *Promes testifical*. -Según algunas noticias, el testigo traído por una parte, tiene que prestar a la contraria una promesa cubierta por una fianza. Este hecho, que para la primitiva estructuración de la prueba testifical tiene bastante importancia, no puede ser investigado aquí más ampliamente (19).

---

18) l. Ysig. II, 2, 4: sepe negligentia. iudicum vel saionum, dum duarum partium sponsio non exigitur, una pars superflue convexatur.

19) Fueros de Aragón J, p. 180, b, IT, 12H: sed si testes promissi fuerint dari iudicario modo, antequam faciant testimonium, pro quo sunt inducti, debent se praesentare ante iustitiam praesente adversario et tunc: debent dicere testimonium et statim in illo loco debent dare fidantias iuris, quod quisque eorum per sacramentum, quod fecit, servavit testimonium, quod dabit. II, página 102, a, I: de eo, qui mandato iudicis producit testes suos super aliqua causa et testes offerunt fidantias suorum iuramentorum ei, contra quem volunt testificari nec stat pro eis, quin faciant, quod testes facere debent, sed ille contra quem inducuntur, non vult eos recipere, dummodo sunt fidantiae abundantes, ex tunc non tenentur testificare nec dare fidantias iuramentorum, quia forum compleverunt. -También Uletín XXXVI, página 404, § 278: valdra su testimonio e prometa al demandador fiador de su persona. -- Que los testigos otorgan su testimonio (sin duda, primeramente dentro del plazo por medio de una promesa cubierta con fianza, es un hecho que se encuentra en una relación de parentesco aunque no de equivalencia plena con un principio del derecho escandinavo (K. Maurer: Vorlesun en I, 2; página 217, IV, p. 422) como también en otras partes (Brunner R. G. II, p. 392) se obliga el testigo por medio de un contrato. -Incidentalmente (y sin que esto guarde propiamente relación con nuestro tema), se puede hacer referencia aquí, todavía, a otra coincidencia muy sorprendente: en el derecho del Norte, sólo durante un plazo de 20 años mantiene su fuerza un testimonio (Konrad Jaureer: r, 2, p. 219 y sig.), y este mismo principio rige también en el derecho de Aragón (Fueros de Aragón I, p. 285 a III).



III. Para concluir se debe prestar atención sobre una cuestión terminológica que para lo que sigue será de importancia.

En muchos casos se designa la promesa procesal como *dare fidiatorem, dare fidanzam*. Al lado de ésta se emplea también en el Kordeste la expresión *f irmare* -que en idéntica aplicación aparece igualmente al Norte de los Pirineos( °) -para designar la misma cosa(•1).

20) \,si por ejemplo : L-0 Codi cd. Fitting VIIT, 88, § 1: firmancia potest dari de orunibus negociis iure de quibus est obligatus alii, quamvis sit obligatio talis qualis no: i. nasuitur inde aliqua. actio, solum modo illa obligatio non sit contra legem: sicuti est, si ille filius, qui est in potestate patris vel a. vi mallo. v. it pecuniam contra preceptum legis; iu hoc casu non tenetur ille, qui intra yit in firmancia pro eo. -Véase ante todo la exposición de Francken: Das franziisische Pfandrech im Mittelalter, p. 221 y siguientes.

?1) Xavarra IT, 2, 2: villas con villas, si pleyto oviere 1 Sobre termino ... dense fermes, que non passcn mas adelant et fayllenlis el formEJ los vezinos de la otra. villa. II, 2, 6-8 (N. 2). -Fueros de Aragón I, p. 96, a, II, 1247: omne pleytum, quod fue, it inter horuines aluarri nos, ides extraueos, postqu. am fuerit firmatum in manu et in potestate iustitiae. P. 351, b, I, 1217: cum super aliqua re duellum firmatur coram iustitia. -Posteriormente, y muy a menudo en las Observantiae (por ejemplo, 11 ueros de Aragón 11, página 28, § 7, H; p. 30, § 24; p. 44, § 22; p. 57, § 21. -Boletín XXXVII, p. 391, §§ 175, 176: en lugar de *fianza de torna* habla de *firmar torna* (de *tornar* y *bataya* *Ua facerj* (N. 14, 15). - Usatici, c. 23 (Cortes de Cataluña I, p. 15\*): orones homines debent firmare directum senioribus suis (§ 2, N. 21); c. 27 (lo mismo en la página 16\*): *bataya iudicata, antequam sit iurata, si per militem debet esse facta., per 200 unclas auri Valencie sit per pignora finnata*; c. 29: *magnates seu milites, si contenderint firmare directuru senioribus suis* (lo mismo en la p. 17\*). -Posteriormente en Constitutions y altres drets de Catalunya 1588, página H6, c. 2: *senyor apparellat so fermar dret*; p. '850, c. 1: *fermameut de dret*; p. 352, c. 7: *pora lo senyor dernanar fermament de dret*; p. :!54, c. 12: *menor castla reb totai fermaments de las questions*; p. 358, c. 22: *fara -fermament de dret per lo feu*; p. 360, c. 25: *que reba tots fermaments de las questions dels habitants en aquell castell*. -Derecho de Perpignan de 1162 (Fasot-Reyner, Les coutumes de Perpignan, 1848, en Mémoires de la. socibté arch. de Montpellier I), p. 38: *si dominus audierit cla-*

Ordinariamente, este *da·firm*; equivale de una manera inmediata, a una promesa procesal en el más amplio sentido, la cual puede ser asegurada por medio de fianza o de prenda.

Pero en una ocasión, esta promesa no se refiere a la interposición de una demanda, -lo cual por otra parte se designa también como un *firmar*, -sino que más exactamente considerado, se refiere a un asunto en el cual participan varios factores: 1º, *firmar*; 2º, *fiador*; de co'o; 3º, *testigos* (22). -El curso posterior de este estudio puede hacer clara la significación básica de estas diferencias. Acerca de ello debe ahora ya ser destacado, que el *fin nari*, en la muy difundida significación de convencer a uno de algo (*Uborführen*) no puede confundirse con el *firmare* en el sentido anteriormente descrito, aun citando existencias entre ellos una última conexión, según se ventilará más adelante.

#### B. WADATION POH TRASMISION DE BIENES

*L Roboratio a través de una investitura.* -Antes de que sea posible considerar por separado cada uno de los elementos obligatorios de la transmisión de bienes, debe ser agrupado -en rigor, primeramente con respecto a los inmuebles -aquello que puede averiguarse sobre la transmisión de bienes en general. El hecho de que poseamos pocas ediciones de colecciones de diplomas españoles hace esto muy difícil; pero se puede lograr, sin embargo, una imagen de conjunto.

1. En la transmisión de bienes inmuebles hay que separar como precedente obligatorio, un acto designado como *roboratio*, el cual tiene lugar en una reunión del *conciUum* o de la *collatio*, de la parroquia, esto es, una asamblea mixta judicial y comunal el día legalmente determinado. Este

mm vel faciet ne non in his mis. ut. firmacia. accipiat. per directum et non per acis (7).

22) Navarra II, 2, 6, 7 con II, 2, 8 (N. 2). -Supone lo mismo el hecho de que en Yanguas I, p. 432, a aquel que atara a un poseedor después de año y día. se le impone que «dedisset J-egi 60 solidos et insuper confirmasset hereditate».

acto de diferencia. de un mero registro documental comprobatorio de la transmisión referida<sup>23)</sup> y so distinguen en él dos factores contratantes.

2. De un lado, se trata de una enajenación (U). En efecto, en cierta ocasión consiste el *roborare*, notoriamente, en la transmisión de un símbolo,-de un cuchillo, en el caso concreto de refereneia.(2:>).--También debe ser tenido

---

<sup>23)</sup> Cuenca VII, 12 (Zorita 144): item quicumque hereditatem vendiderit, postquam de pecunia paccatu8 fuerit, roborct cam, quando emptori placuerit, in sua collatione die saobati ad vespas vel die dominica ad missam. Et **S**1 venditor cam roborwre noluerit, quot dies dominici transierunt post. a.un10nitionem, tot 5 aureos pectet emptori, donec eam roboet (es seguramente stl-puesta una compra cubierta por *palmata*,). 13: postquam vero hereditas roborata fuerit, emptor radicis faciat inde cartam et scribat in eo 5 vicinos a.e (? ut ?) supra aut filios vicinomm eiusdem collationis. Et cum necesse fuerit, firmet cum 5 de illis, qui scripti fuerint, quod iam annus et dies sunt transacti, quod eam roboratam teneat et vincat, atque collatio sit credita. Et si fod;e firme scripte mortue fuerint, iuret comparator cum duobus vicinis, quod ille firme presentes erant videntes atque audientes illam roborar tionem et quod carta sit vera (en Zorita 143 esto es abreviado y alterado así : «mas si alguno despues del a.uo et el día al mantenedor de la rayz embargare, iure el mantenedor con 2 vezínos, que el entrando et yxiendo en la tierra et veyendo, si veer quiso, et nol embargo por ello et aya la rayz libre et quita»). 14 (Zorita 14G): et ille, qui radicem roboratam tenuerit et eum ante (el tex o tiene *post* ; pero no sólo resulta del conjunto que esto es una equivocación del copista, sino que en Zorita se dice: *ante del ann? et el dia*) annum et diem quis pro ea pulsaverit det auctorem iclti i'orurn est ; et auctore dato habeat radicem liberara et immunem. Si vero auctorem non dederit, relínquat radicem cum calumpnia **10 aureorum**. Et si auctorem dederit et auctor victus fuerit, pectet tantam ac talem radicem dupplatam et 10 a.ureas. Sepulveda 205: otrosí, tod omme, que en Sepulveda comprare hereditat o en su termino, el, que la vendiere, vengalo robrar a. Sepulveda por conceio el dia. de Domingo o el martes de las ochavas de Navidat o el martes de las ochavas de laseua en resurreccion o el martes de las ochavas de Oinquaesma. Brihuega p. 156 : tocl ome, que hereditat quisiere vender, pares en conceio día domingo a prego ferido et connombre aquella hereditat, que thisiere vender; et si estrarro la comprare, despues que la hereditat f uere roborada, si viniere parient hasta 9 días, aya poder ue sacar la hereditat.

24) Así X. 2: , passim.

aquí en cuenta el hecho de que en otras partes tenga lugar la enajenación de un predio, mediante la entrega de una rama o, conjuntamente, de una rama y un puñado de tierra. Quizás -pero sólo quizás, -pertenece también a esta serie el *colmellus (divisio)*, al igual que la espada empleada con motivo de una partición (26). Es asimismo notable

25) K de Hinojosa en Z. Sav. St. GA. XXXI, p. 293, N. 1195: ego Martinus Martine de uzeda robo n. lvi supradictum dimidium solarem super cultellum, sicut est forum terre.

26) Hinojosa, ob. cit., p. 295, X. 3, 118G: villulam -sicut moris est, integrat (entrega) eis per arboris ramum; Menéndez Pidal en R.omania XXIX, p. 366, 1205: diolo so filio Roi Diaz de la Vega por teiho e por rama et por terra; p. 366, 1412: Oviedo (= Vigil, Col. ... del Ayuntamiento de <hiedo, p. 253): que vos de et ponga et apodere en la tenencia et posesión de la fúcha huerla, segun de suso dicho es, por rramo et por cespede.

Quizás pertenece también a este orden de cosas el, a menudo citado, *colmellus divisionis* (por ejemplo. M. Port. ch. 13, 9J6: factus colmellus divisionis; 61, 950 lo mismo; 76, 9.39, p. 44: iterodum intex se alternatim ipsi filii mei vicissimi culmello divisionis confirmandos roborassent; p. 45: quod ego acceperam in quinta viri mei necon et mea per culmellos inter filio> meos. P. 46: accepit ex me villa de Sancto Oipriano. que erat de colmellos eiusdem Xuni filii mei; Revista de archivos IX, p. 58, 943: et similem rationis de aliis rneis roborem restan rationis adoptivi, que in colmellum divisionis exierunt inter germamos meos. — Además los documentos que C. Ránchez Uborno ha reunido en el Anuario I, p. 268. — En M. Port. ch. 76, p. 14. se emplea. *colmdluB* en relación con la *roboratio*, y en J. Port. ch. 258 (ordinarunt -los juezes -inter eos, ut trancisse ipso Roderico -el demandante -cum suo testimonio per illos colmelos) parece *colmeffos* más bien un símbolo con el cual el demandante afirma su derecho. Filológicamente puede ser *colmellus* un pequeño tallo. El hecho de que en M. Port. ch. 17, 911, a la conclusión de un documento sobre regulación de límites -no partición -se diga: «Florentius presbit. cr ab ipsos pontífices ordinatus hanc colmellum manibus meis conscriptum, no está en contra. de lo dicho, y tampoco el que, repetidamente, signifique *colmellis* el propio documento, -por ejemplo: en los casos aislados aducidos por Sánchez Albornoz, -pues es muy posible que *colmellus* significase primeramente el símbolo de la investidura con el documento ligado y, como consecuencia de esto, el propio documento. Pero todo esto es sólo una posibilidad enteramente insegura e indemostrable. Sin duda que, filológicamente, el llamado «Oolumnellum» en

que la transmisión de un feudo se haga por medio de una sortija, un bastón (vara) o un guante (27).

No son, por tanto, los símbolos, en su inmensa mayoría., una señal que represente la *tradición* del inmueble -como el puñado de tierra. Son, preferentemente, una parte del equipo personal, o sea los mismos objetos que en tiempos tempranos emplea aquel que quiere por medio de ellos, hacerse representar jurídicamente (28). Aparecen allí estos símbolos como el *cabo*, como la persona del contratante; y así es muy importante y comprueba esto tempranamente, el hecho de que la transmisión de inmuebles por medio de un representante se designe como un *ciptare*, esto es, (onw nn acto en el cual se emplea un *cal;o* (29).

Considerada esta cuestión en un sentido amplio, entra dentro de este mismo orden de cosas el hecho de que el adquirente de un hombre no libre -que, en último término, se adquiere igual que un inmueble, en punto a la forma -reciba *recaudos*, además de *f-er-m s et filwJre1 et teili,7cS* (30) ya que, como en seguida hemos de ver con respecto a tiempos posteriores, estas palabras, *recau(W,r, recabdar y recabdo*, (que se emplean en las acepciones siguientes: a.) como el

la forma catalana de testamento 1 (Anuari del Institut d'Estudis Catalans IV, p. 536 y sig.; Brocá: Historia del derecho de Cataluña p. 9!) indica más bien una derivación de *columna*, de manera que con la tal palabra se habrá copiado sólo la forma externa del documento.

27) Part. IV, 26, 4: debe el seño; envestirle con nna sortija o con luba o con vara.

28) § 2, - 108 y sig.

29) Esp. sagr. XXII, p. 271, 1151 (§ 2, 1), 117). -Según esto yo mantengo también como justa la derivación defendida a menudo, de las palabras *acatare, acheter* de *acapfare*. (Los documentos pueden verse en: Ieycr-Lübke: Romanisches ethymologisches vVürterb, n. G5). *Capul*, en el sentido de persona y síml: >olo de la presencia personal, no puede, indudablemente, haber persistido sólo en España.

30) *avarra IIT, 12, 1: si dann a hidalgo o collayzo ninguno o compra así: (si alguien a un hidalgo da o compra un coyllaizo) prengan recaudos como de heredat yfan7.ona et fennes et fiadores et testigos.*

arresto de una persona (31); b) como el arresto (embargo) de una cosa, que así se pone en seguridad<sup>(32)</sup>; e) como la prestación de una garantía por medio de fianza o prenda<sup>(33)</sup>; d) como la actuación del marido con respecto a la

3J) Muy a menudo; por ejemplo Brihuega p. 125, IV: demandador... et si dar non le quisiere... recabdelo el juez pora ante el ar9obispo; Soria p. 143, b, I: et si esse plazo non la pudiere pagar, nin haber fiador, si oviere algun menester, recahde lo aquel a qui el debiere la debda, de guisa que pueda usar de su menester; 'Fuero real II, 3, 2: vaya luego con el ante el alcalde a facerle derecho. E si facer no lo quisiere, recaudelo por si, si pudiere Zaruilogamente E-speculo V, l. 6); Fuero viejo I, .5, 11: recalxlando aquel malfechor.

32) :Fuero real II, 3, 4: e si el emplazado fuere raygado e non viniere al plazo, los alcaldes... recaudenle toda su buena mueble y raiz por escrito y emplacenlo de cabo (de nuevo) otros 9 días. Aquí, notoriamente, el *recaudar* es un embargo, que en esta fuente más moderna tiene lugar sin dila por medio de un escrito, pero primitivamente, como ya se ha visto, acco.tecia por medio de la colocación de una *señal* que simbolizaba: la persona del Rey. Part. V, 12, 26: trabajan se de recabdar et de enderezar aquellas heredades; 27: si este atal alguna cosa despendiese a pro de los bienes -en recalxlandolas; III: cuidando alglt home recabdar la.9 cosas de algunt su amigo. Fuero real I, 8, 4: e quando el escribano moriere, los alcaldes recaltden luego las notas del registro de todas las cartas, que aquel escribano fizo. -Hay que citar también dentro de este orden de cosas el llc\to de que el embargo por *calo-ña*. se designe como *lomar recaudo*: a>arra VI, 3, 2: et si los costieros han de tomar algunas calonia.s. tomen recaudo, ante que passen los fraytos. O, todavía más notoriamente, el que la recaudación de una multa se exprese como *recabdar ralona*. Usagre 2: 8: et los vozeros manden acotar por ellas et recabdenlas eL denlas al mavordomo de conceio; 389: et tod esto recabde el juez por al senr. Et si lo non recabdar, elle lo peetet.

33) Navarra III, 5, 20: si los seynores o lures bayles non toman fiador o otro recaudo; V, 3, 13: et den entranbas las partidas recaudo de la calonia al baylle del rey. Ji'uro real I, 10. 14: por el citado puede presentarse otro dando buen recaudo, que el cumpla, por el, quanto fuere juzgado. Usagre : 2: de a los mayardomos recab<lo por todos los derechos del conceio. Soria p. 92, b, II: tomen recab<lo del defessero, que lleve la demanda o la que rella adelante; p. 1t2, a. I: dando recabdo sobre buenos fiaiores. Fuero viejo V, 4, 1: deven los allcalles -tomar dello buen recabdo, porque quando los niños fueren de tiempo, que puedan ia.ver

mujer en la celebración del matrimonio (ai); y e), con referencia al hecho de traer, dar o tomar un objeto a,segu-rativo o un símbolo (35), no guardan relación, filosóficamente, con *capere, captare*, sino con *cah:i, cabare, capitrire* (16).

lo sua en salvo. -Finalmente aparece el *tomar recaudo* -que por otra parte significa tomar algo en garantía -en el sentido general de ponerse a salvo jurídicamente de alguien, quizás por medio de una especie de protesta. Así se ve en Estilo 229: salvo si la muger ante hombres buenos tomase recaudo en como ella decía, -que no quería ser tenida a ninguna cosa, que su marido hobiese -de haber. -Esto puede explicarse aceptando que la elevación del *recaudo*, del Símbolo de la personalidad, se emplea aquí. al igual que en todos los derechos germánicos, frente a una usurpación de un extraño, en señal de protesta, y por eso el *loma-r recaudo* llega a llamarse *protestar*.

<sup>34)</sup> l\I. Port. leg. T, p. 399 (592), 1171: mando ut unusquisque accipiat uxorem suam, quam habet recabdadam vel filiam suam; p. 539, 1209: qui mulierem alienam de recabdo (la proposición de la pág. 392 contiene: ante suum maritum) ferierit, 60 sol.; et qui (si el marido) non liabuerit recabdo, pectet (el delincuente) 30 sol.

<sup>30)</sup> Cuando se ve que al mismo tiempo, tanto el embargo de cosas y el arresto de personas como también el hecho de dar una garantía, se expresa con la frase *dar recabdo*, se puede encontrar el fundamento único de estas distintas acepciones si se reflexiona en que así por causa del embargo de cosas como con motivo de la detención de persona, se trae un sigillum (signa.l) (§ 2, X. 79, N. H9; § 3, . 13) y en la obligación que se contrae bajo fiam:a, según veremos posteriormente (§ 5) se entrega un símbolo también.

<sup>36)</sup> Yanguas I, p. 446: J:stelh emplea en lugar de *recabdo* la palabra *capitare* (non ideo debet eum dirmittere merino sine mandato eius, qui capitavit; eum). Además hay que recoger el hecho de que repetidamente en lugar de *recabdar* aparece la forma *recabedar*. Así se ve en l\I. Port. leg. I, pág. 99 (N. 34), y en M. Port. inquis. I, p. 88, a.: et prorecabedar de j\faio ad i\laio I morabit.inum; p. 139, a, TI: dant scribano de rícomine, quando recabeda, I pellem. -El hecho de que en otra ocasión se encuentre en lugar de *recabdar, recabar*, nos lleva de nuevo enteramente al *capere, cap/are*. Así se ve en Brihuega pág. 136, III: tot omme, -que fuere malafecha en Brivega, sis fuxiere o se escondiere et lo fueren recabar; Sepulveda 51, a, E.: et si nada non oviere de suyo, recabenle los alcaldes el cuerpo. -Es decisivo que en las fuentes portuguesas se designe la esposa como *mulier*, que el marido *habet de reado* o *ha?d reábdadem* (N. 34), al paso que en otra

y así en aquella noticia que habla de la enajenación de un hombre no libre, el símbolo empleado debe representar, de nuevo, el *cabo* del contratante. También se hace referencia al empleo de un símbolo cuando en los negocios jurídicos sobre inmuebles se habla de un *dar, poner, prender* (37) o *ytar* (18) (*iaclare*), *firmes*, pues estos *ferme* son personas y, por lo tanto, no deben interpretarse tales expresiones en un sentido material, ya que no puede tratarse del *ponere, dan:* o *ia.cta.re* de una persona, sino del símbolo que a la referida persona representa. -Este símbolo, aquí, es un *cabo*; y la acción de emplear el símbolo, es un *cabare*, un *cabidare*, de lo cual se desprende que estos símbolos deben representar precisamente a la persona del contratante (su *cabo*), cosa ésta que se corresponde enteramente con el hecho de que los símbolos empleados en la transmisión de inmuebles, sean, notoriamente (el cuchillo!), los símbolos propios de la investidura. -- Cuando en el territorio gótico del Norte de los Pirineos se designa como *v2stitio* la transmisión de raíces, puede esto muy bien ser una supervivencia del viejo derecho gótico; por lo menos no es necesario que se trate de una influencia franca (39).

3. Pero de otra parte intervienen en la roboratio ciertas personas que se eligen de entre los vecinos, esto es, de entre los miembros del municipio, y que se designan con la palabra *fe?me* tanto ahora como más tarde, en los documentos que se otorgan sobre estas jurídicas transmisiones

---

ocasión se la llama *nin 'ier en ca'w* (C.I. Port. leg. I, pág. 838, al final: *iunct.ero, qui numquam habuerit mulier in cabo ad benedictionero*). -Todavía en otra parte se encuentra en lugar de *recabdl/r -en* el sentido de embargar *-prender a cabezones* (Jiunoz página 496, :Marañón: e si noluerit dare fidanza e non invenerit ei piguos, prenda eo a cabezones).

<sup>a</sup> 7) Yanguas I, p. 451: *debet firmes dare de se et suo genulo*; -Xavarrá II, 4, 13: lo mismo. -Ponere: Navarra II, 4, 13 (N. 41).

38) Prender: Xavarrá III, 12, 1 (N. H) -*iactare*: Navarra IV, I, 1: que non :Paga ytar firmes destas fiadurias.

<sup>39)</sup> Revue histor. de droit fran9ais et étr. VT, p. GO, Gourdon 1243: *lo vendeires ne den far vestir lo comprador al senhor, de cui la terra muo, salva la senhoria del senhor*; X, p. 390, § 42: *Lc-rique-Timbaud 1270; se horn -la vestiz d'aquel meis feus*.



de bienes. Según las noti<'ias que los mencionan, funcionan estos *ferme* como testigos de la *rolioral;io*; pero otras veces, con otro motivo, según ya se ha mostrado, existen *fermOB* y testigos frente a frente (40).

11. *y'.1Jrme..* I. Sólo ha resultado de lo expuesto hasta ahora, que con ocasión de la *ro"l;orati,o*, intervienen ante la a.sarnblen comunal <'iert.as personas que se designan con el nombre de *fermw*. Una serie abundante de noticias testimonia que en los negocios jurídicos sobre inmuebles y también en aquellos que versan sobre la propiedad de siervos — esto es, en las transmisiones, pignoraciones y particiones, — actúan los unos jnnto a los otros: *ferms*, *fiadores de coto & bueyc*, y *te tigos*; por consiguiente, el *ferme*, en un sentido estricto, ni es un fiador (*de c.)to de lnteijes*) ni un testigo (41).

40) Cuenca VU, la (X. 3).

41) Navarra H, I. U : si hermanos hau de partir herdat o mueble de patrimonio o de avalmio deveusc firmar luego los unos a los otros et dar fiadores et fermes ...- Más adelante: deven los hermanos partir pora ;;j et pora el su pa.rt drechurament et poner fermes et fiadores pora si; II, 4, H, (cerca de la partición de la herencia); mas es meste;; que vayan a firma.r a. las vezindades, o las heredades Ron. Bt el ferme, que sea vezino de la villa et el fiador. si ser pueue et los teséigo3; et si no. el fiador. sea. de la.;; villas faeras; un te>tigo sea. de la villa., si aver podiere et sinou. sean de la: villas fazera.s; et si en la villa non podiessen aver ferme, iurando de no, aya de las villas fao:era;; II, 4, 15: quoa.l fuere la herdat, sobre quoa.l es el pleytu, tal deve ser el ferme et los testigos. Et. el ferme deve ser (lel lQ} ar, dond la. hereda.<l es o inrando, que de aqueylla villa non lo p lled aver, puedele dar de la. primera villa. E> a saber, que si de la villa non lo puede aver testigo.;;, que a.basten. <leve ser almenos un testigo de la villa, dond es la herdat et los testigos otros de la ledania. Et el ferme deve ser heredero de la villa, o la herdat es; et si en la \illa no oviere, que sea forme, deve ser de la mas zercana villa, o ynfanzones oviere; IT, 4, 20: et. si los sobrinos non firma.u por si, non va.le la particion. si son de heJaLj et si nou son de hedat, el parient mayor et el mas cercano puede firmar por oyillos con bonos fiadores de coto, que lis faga firmar, quando fueren de hedat; III, 12, 1: todo fidalgo puede embiar su parient en lugar de si ... que prcnga fermes dalguna herdat o da.lgun coyllaio, si l dan o si compra ... Et deve ser el forme de la villa et el fiador, si ser puede et los testigos et deven ser todos estos tales, quoa.l la. heredad es; III, 16, 3: al qui prende la herdat eu peynos d ve

En otro grupo de fuentes, aparecen los *firmes* entremezclados, por lo menos con los *-fiadores* (H), siendo la palabra

dar ferme de la villa en vor, de peynos, onde la herdat. es, que sea vezino; la fian. a de coto de hueye;; sea dont quier. -Boletín XXXVII, p. 412, § 335: si alguno cambiare alguna herdat cou otro, todas las firmas deben ser de la villa, doud es la herdat. E tos fiadores e las firmanzas deben las (por lo que sigue, parece que debe intercalarse, seguramente, en este texto defectuoso, la palabra *afrontaciones*) saber. -Lo contrario se encuentra tempranamente en: Documentos correspondientes al reinado de Sancio Ramires II, 28, 1069 et sunt fermes Fertunio Gomis et Enneco García de Laarsa, Ariolo Lopis de Talo, Eximino l'ortniones de Aigebar et sunt testes domino Fortunio et domino Ve. lasco et, Sancio Fortuniones de Talla. a eG Sancio :\Juño de Algar et Eximino Sancii de Legaría et senior Condesallo Arnurzu de Lanna.....Otras veces en la miszna P.poca, en Navarra se junta. ll los *firmes* con los alialeros (doc. Sancio Hamires II, 15, et sunt fermes Mancio Asnar et García, Galindonis de Arosa., \i;-enar Galindonis de l'aduli8 et Sancio Galirulonis de Jarmi; et alialeros de Jarmi Galindo Garcianis et Rnneco Jfortunionis et Sancio Asnar et Garcia Lopis et Garcia Sanzis de sancta Orux de Padulis et Scimeno Galindiz de Laque et García Galindiz de sancta Grux maiore et Galindo Garcia-nes de Asiesil et Bancio Fortuniones de Bierego; auáloamcut.e: 17, 1067; 20. 1068; 24, 1063; 44, 1078; 62, 1084. l'ilol6gicamente, *aliafro* viene de *ali'ila* (doc. Sancio Ramires II, 55, 1081 «trihuo alialam 12 panes»); posteriormente (Yanguas I, p. 30, 12:1:8) *alida* es una comida, esto es, la asistencia prestada a los testigos, como todavía lwy aparece en la *revora* asturiana (José de Pereda: Obras V, p. 50-6:!). Aquí aparece sin duda aplicándose a la compra-venta, de lo cual hay que iratar más adelante.

o) Así se ve ya en Yavarra U, l. 15 donde frente a los *firmes* sólo se concntrall testigos, y en III, lú, 11 (si algun omne ha alguna herdat por compra o en dono o en peynos o en otra manera dreyturca et. dest a ha fiadores et testigos) y HI. 16, 2 (un omne empeynó su campo ... con fianza. et cou testigos) donde de los testigos sólo se diferencian los fiadores (fiamas). -Algo análogo se ve en Teruel 289 (Cuenca. II, I): si quis dormun sllam vel res aliqua8 vendere sive impigaorare seu cambiare voluerit, ouam voluntatcm faciat; et quod inde fecerit data fidancia de salvo ad forum Turolí et confirmatis testibus sit stahile aLque firmurn; •re. ruel 292: mittat emptorem in dono vel in quaclam parte illius hereditatis in voce totius alterius hereditatis et ho:: fiat cum fidancia de salvo, quo ipsum custodiat et. coram testibus idoneis ut est forum ... si forte dui vel plura. fuerint et unum vel plura venditor sibi inde retinuerit, mittat emptorem similiter in unoquo1ue dis-

*ferme* o la palabra *fiador*, la designación común para unos y otros.

2. a). Si uno plantea ahora el problema relativo a su función, se observa, por la oposición en que se encuentran con los llamados como *testigos*, que ni *fermes* ni *fia'.J, ore* son requeridos para testificar ; también en este aspecto aparece tempranamente una mezcla -muy natural- entre unos y otros ("s).

b) Conduce a una ruta positiva hacia la averiguación de la verdad el hecho de que una vez, se exija de un modo absoluto que los *ferm* se tomen de entre los hidalgos del lugar donde la transmisión se hace, mientras que con respecto a los *fiadores* y *testigos* se muestra este requisito como posible pero no como necesario (H).

El empleo de los *fermes* produce el efecto de que el adquirente sea recibido entre los *vezinos* (4"). Con ello concuerda enteramente el hecho de que, según ya se ha mostrado en la *robotatfo*, esto es, en las formalidades de la

---

terminando illa, quelibet per se in circuitu ante fidanciam atque testes. --- Véanse además los Fueros de Aragón que exigen en las particiones la intervención de *fidmtiae* y *flistes*, mientras que en la N. 41 hemos visto que con respecto a las dichas particiones eran necesarios *fermes*, *fiadores* y *testi(IOS)*. Fueros de Aragón I, página 112, a, II, 1247: de partitione iuter germanos et sorores, si antequam dividant, non fuerit firmata ipsa p'rtitio per údantia, berre possunt se inde extrahere usque ad tertiam vicem ; sed ;i fuerit partitio facta cum carta, tunc abundat ; I, p. 231, b, I, 1247: divisio vero debet fieri cum instrumento publico ... cum fidantiis et testibus ; et sic divisio facta valeat in perpetuum. — Ya en Llorente III, p. 102, 1070; H:), 1086, se encuentran cerca de la enajenación de inmuebles un número grande de *fermes*, mientras que en III, p. 408, 441, 450 y 459 sólo aparecen *fiadores*, lo cual prueba que ambos conceptos se han entremezclado.

(3) Cuenca VII, 13 (C. 23).

•9 Xavarra II, 4, 14, 15 ; III, 12, 1 ; III, 16, 3 (N. 11). — También se ha de citar aquí Xavarra IV, 1, 1: de fianza de coito de bueyes a eylla yfanzon o parient prasma.no deylla, que porra con *fermes* drevtureros de villas, do las arras son, a eylla porra las creaturas, que faran ensemble cyll y eyUa.

45) Xavarra III, 12, 4: si algún hombre compra heredad, que iaga. empeynos por lo que tomare *fermes*, no es vezino, ata que passe el plazo de empeynamiento, si ante no es vecino. -Aquí se aplaza esto hasta el vencimiento de la prenda.

transmisión que ante la *collatio* o el *conclium* se celebran, sean los *firmes* las personas solemnes (*Solemnititspersonen*)<sup>(6)</sup>.

e) Penetrando más ampliamente en el estudio de esta cuestión, se observa una diferencia entre los varios *finanzas* que intervienen en las transruiciones de inmuebles (*Immobiliarvcrgabwig*).

El mero transeurso de af10 y dfa. a contar de la adquisición de un inmueble, no basta para que prescriba, el derecho del anterior propietario, -ya que rige el plazo de treinta años para el *infanzo*, esto es para el germano, y diez para los villanos, o sea para los romanos (7)-, pero sí produce en cambio otros efectos jurídicos, tales como la prescripción del derecho de retracto<sup>(8)</sup>, la protección

ts) Cuenca VII, 13 (- 23).

7) Jluero viejo IV, 4, 2 : si alguien a la vista de otro posee un inmueble un año y un día y este otro reclama después su entregai sin que pueda probar que se trata de un inmueble suyo, *pre;lodo* por él al demandado, kel tenedor deve fincar con sua credat>). Pero este principio no rige para resolver la cuestión de derecho sino sólo para fallar lo relativo al hecho de la posesión.. pue to que según IV, 4, 4, única.mente se pierde el derecho a la propiedad por la posesión de otro durarlte 30 años y 3 días, a presencia' del propietario cuando este propietario e;; hidalgo, y 10 años sólo, cuando éste es url villano. -Se trata, por tant.o, olamente, del principio general ai todos lo.> pueblos ario> -a los germánico& (l'lanck : Gerichtsverfahren I, p. 579 y GG8) y a los rmanos {*ti, clam, precario*)-según el cual por el transcurso rle año y día no puede ya el propietario hacer valer su derecho para desposeer violentamente al demandado, y así no puede gozar ya de la preemillencia en punto a la prueba en el juicio. -Así precisamente lo dicen los Fueros de Aragón I, p. 252, a, H, 1217: ítem arnodo in heredita., t.ibus datis, emptis, cambiatis vel ultima voluutate relictis habcat locum praescripio anni. -Pero la <<praescriptio nec potest uocere alicui domino in iure vel dominio, quod debet habere in liaere. ditate qua.m aJius dedit vendidit vel cambiavit>>.-J.<.:n los Fuegos J, p. 254, b, I se declara de modo general: quicumque infantio vel alius tenuerit aliquam hereditatem pacifice per 30 annos et 1 diem et post iransadum istum terrinum alius horno quicumque sit, miserit in illam malam vocero dernandando fillam haereditatem ... qui eam demandat non potest nec debet eam cosequiquatione qualicumque.

<sup>a)</sup> Yo cito los documentos más importantes, sin publicarlos.

del estado posesorio por medio de la imposición de una multa de 60 sol. al que atente contra la posesión<sup>50)</sup>, y el hecho de que se considere en juicio al poseedor, como propietario, a los efectos de la prueba.

El adquirente de un inmueble, podía defender en juicio su derecho, personalmente, después del transcurso del plazo de referencia, mientras que antes de que este plazo transcurriese debía presentar *autor* (5<sup>a</sup>). Según otras fuentes se hace depender también de la posesión de año y día la facultad de disponer, resultando por tanto que presupone el transcurso de un año en la posesión el hecho de que se pueda disponer, tanto judicial como extrajudicialmente (5<sup>t</sup>), de la cosa poseída.

En un texto jurídico muy extenso, y en punto a sus fundamentos muy antiguo, se distingue con motivo de la transmisión de inmuebles entre dos especies de *fiatlore* de *anea.miento*: unos que responden sólo durante un plazo de año y día, y otros que responden en todo tiempo y de modo tan absoluto que su responsabilidad se transmite a sus here-

---

Las cuestiones con el presente asunto relacionadas se encuentran en Xavarra TJI, I:?, 15, a. H.; Boletín XXXVII. página 113 § iH3; Estilo 230; Obs. rcgn. Arag. VI, de gen priv. § 21 (Fueros de Aragón IT, p. 47).

50) Ifuñoz p. 339, Logroño 1095: et nullus populator de hac villa, qui tenerit sua haereditate u no anno et die sine ulla mala voce, habeat solta et libera, et qui inqu:s>erit eum post3a, pectat 60 sol. ad principi terrae, si ipse fuerit ínfra terminum istius villae; Yanguas I, p. 432, Estella: et postquam auno et die SUJX)rearn tenuisset sine inquietatíone, quísqis eum Inquietare vel tollere voluisset, dedisset regi 60 sol. et insuper confirma.set hereditatem. -Sobre la pena de 60 sol. en el juicio inmobiliario que en otras partes no se enlaza primeramente con la posesión de año y día, véase la N. 6.

50) Cuenca VII, 13, U (N. 23).

51) Ifuñoz p. 526, Oreja 1139: sí alguno per aventura ovien casa o hereditat en el castillo de Oreja e morare y un año, non peche ninguno; el año pasado mando, que aquel, cuja l'uera la hereditat, que la venda o la de, a quien el quisiere; p. 532. Calatalifa 1141: concedo quoque populatoribus Calatalifae, ut quicumque eorum in sua haereditatem fecerit per unum anrmm, si recedere voluerit, habeat licentiam vendendi suam haereditatem.

deros <sup>(52)</sup>. El hecho de que en otras fuentes no se encuentre ya esta distinción, es realmente importante, pero **no** prueba otra cosa sino que poco a poco han dejado de existir fiadores con responsabilidad permanente ya que entonces se restringe de un modo general la responsabilidad del fiador de saneamiento al plazo de uno o de medio año (>3).

Se puede ahora demostrar con seguridad que en aquella serie de noticias en que se distingue entre *fer'mes* y *fiad-Or* - de *coto de bueyes* responden estos últimos del cumplimiento de la compra-venta entre el comprador y el vendedor durante un plazo que sobrepasa el año y día<sup>53</sup>, y esto permite

<sup>52</sup>) Juero VIERO IV, 1, 8: esto es fuero de Castilla: quando 2'lgund fijodaJgo vende a otro heredat, deve dar fiadores de saneamiento; otrosi a a darlos de año e día, e si alguno le demandare, quel sane aquella eredat, qu' enfió, non es tenuto el, qu' enfió de año e día a la fiadura mas de fasta año e día. En los otros .d os fiadores son tenudos de sanar aquella eredat qu'enfiaron en todo tiempo ellos e suos erederos, si alguno gela demandare.

<sup>53</sup>) Fueros de Aragón I, p. 253, b, I, 1247: super tale factum <licil, forus, quod ipsa fidantia quam de saJvitate de praedicta haereditate et de suis morabetinis, ut faceret sibi reddi, acceper'M post unum annum et unum diem transactos ... de caetero ipsa fidantia nullo modo tenetur facere ipsam haereditatem saJvam nec quod faciat ei reddere morabetiinos antedictos. Boletín XXXVII, página .398, § 235: otrosí si algun ome fuese fiador por heredat o por otra cosa mueble de salvo o aJgun ome en otro orne (deteriorado en el original; quizás deba leerse: e aJgun orne infanzon {?} o otro orne) toviere la heredat p:ir ayno.o e di'lo la cosa mueble toviere en su poder noche e día diziendo ele manifiesto, que es suya et si callare el orne, que tiene fiador en to::lo aquel tiempo ... por aquella cosa non pueda pendrar el sobredicho fiador, -quel faga salva la sobredicha heredat ni la cosa muehle. reruel 289 (falta en Cuenca II, 1): quia post dimidium annum pro comparatione aliqua non teneatur fidancia respondere.

<sup>54</sup>) Todavía no está claro en Navarra IV, 1, 1 (N. 44), donde se dan *fianzas de coto* para que en lo futuro la entrega reaJ d'el *arra* a la mujer se reaJice con intervención de *ferme*; aquí se podría admitir todavía que el cumplimiento reaJ, tiene lugar dentro de un corto tiempo. Pero aparece bien en Navarra II, 4, 20 (N. 41), donde se dan fiadores de coto para *garam.tizar* que un menor de edad, confirmará la disposición que el más viejo de la comunidad familiar ha otorgado: esto, naturalmente, no sufre ningún emplazamiento de año y día.

llegar a la conclusión de que los *fermes*, por el contrario, son aquellos cuya responsabilidad sólo durante un año se mantiene. Se comprende a los *fermes* dentro de los que se llaman *fiadores de saneamiento* y esto prueba que su responsabilidad queda afecta a una enajenación de bienes; pero su función—y este es el punto que queda en pie—debe ser otra. Los *fiadores > d c/Ito* responden de que la parte de que se trata cumplirá lo prometido; bajo el concepto *coto de bueyes* no puede entenderse otra cosa sino que estos *fiadores* instituyen sus bienes muebles, su *pecunia*, para responder de la multa que el deudor debe pagar al acreedor si una demanda de evicción tiene lugar, cosa ésta que puede acontecer durante un plazo de treinta años. Por el contrario, atestiguan las fuentes de una manera positiva, que el fiador que sólo responde durante un corto plazo de tiempo—en algunos documentos particulares sólo durante medio año—interviene exclusivamente como garante en juicio del derecho del adquirente, contra todo tercero; es decir que el propio enajenante no interviene de un modo directo como garantizante de la enajenación (55), resultando por tanto que lo que hace el *fermvi* es, reemplazar en juicio al adquirente de la cosa durante el plazo de año y día.

'Si se busca ahora alguna analogía germánica que pueda servir para explicar este principio particular, se ha de recurrir—como siempre tratándose del derecho gótico español—al derecho escandinavo: en efecto, según el derecho danés, el adquirente de una cosa no puede defenderla en juicio personalmente durante los tres primeros años. Mientras no transcurra este plazo es el enajenante de la cosa quien debe defender en juicio la validez de la enajenación, no sólo como demandado—cosa que ocurre amenudo en todo derecho germánico—sino también como demandante (56).

M) Teruel 289: ille etiam, qui domum vel rem aliam comparere voluerit, emat cum fideiussores de salvo, qui eum liberet ab omni petitione et calumpnia si necesse fuerit usque ad dimidium annum.

56) Los documentos en Stemmann, Danske retshistorie, p. 471 y sig.

En un punto decisivo, sin embargo, es indudable que se apartan ambas legislaciones. En la española, el *ferme*, que no es el enajenante, es quien se encarga de defender en juicio la enajenación durante el plazo de año y día; en la danesa, es precisamente el propio enajenante el *legitirrvu contradictor*.

Otra observación se ha de recoger aquí. Desde la I. Visig. venía rigiendo el principio de que el propietario de inmuebles que tuviera hijos sólo podía disponer de los inmuebles heredados después de hecha la partición; de igual modo, todo coheredero, mientras no se hubiere hecho la partición, únicamente podía disponer del caudal hereditario con el consentimiento de los otros coherederos. O sea, vista la cuestión desde otro punto de vista, que tan pronto como los bienes del caudal hereditario se hubieran dividido, tanto los hijos como los otros parientes, única y exclusivamente podían ejercitar un derecho de retracto contra las enajenaciones de bienes procedentes del caudal hereditario, hechas por alguno de sus antiguos coherederos<sup>57)</sup>. Pero esto debe haber sido una formación tardía, ya que en las distintas formas de promesa procesal que nos ha transmitido el derecho de Navarra se atestigua todavía, la existencia de un estado de derecho según el cual, no el poseedor del inmueble, sino el más viejo de los parientes

<sup>57)</sup> Visig. IV, 2, 20; IV, 5, 1. prohíben toda libertad de disposición cuando hay hijos, sin que aquí se vea clara la limitación sobre los bienes hereditarios. Esto, es en cambio patente en Navarra II, 4, 3: non puede fer ninguna donacion nin vendida. nin padre nin madre sin otorgiamento de los fijos, si ante non parten con ellos. Fuero viejo V, 1, 1; que todo orne fijosdaJgo, que sea mañero, seyendo sano, puede dar lo suo, a quien quisier, o vender. -Navarra III, 12, 20: si algunas heredades han algunos hermandades de avalaría o de patrimonio et si alguno quisiere vender o dar su part, ante que parta con sus hermanos, la vendida. ni el donadio non <leve valer, que los otros herrillnos pueden sacar todo el heredamiento por lo, que non han partido nin sortido. Pero que no haya partido ni cognoscido, si todos venden o dan, deve valer vendida et donadio. Empero aqueyll o aqueylos, que vendieron o dieron ni ninguno de su genoylla (familia) non puede ni deve embargar ad aqueylos, que lis vendieron o dieron ni a. ninguno de su hermandadat, por fuero.



de la comunidad familiar, era quien actuaba como *legitimus contradictor* (58). Es decir, que a un sistema ulterior en el cual sólo se vinculaba en la comunidad entre padres e hijos y entre coherederos un *Be:ifpruchsr:cht*, ha precedido otro sistema más antiguo en el cual pertenecían los inmuebles a la comunidad familiar y a su jefe. Algo análogo se encuentra en los derechos inglés y anglosajón, y, primitivamente, también en el alemán y en el bávaro.

Resulta por ello muy comprensible, que aún después que un derecho de propiedad individual ha desplazado al derecho de la comunidad familiar, continúe siendo imposible una enajenación de inmuebles sin intervención de los miembros de aquella comunidad. El que adquiría un inmueble no obtenía un derecho individual e independiente a disponer de él judicial o extra.judicialmente, hasta después de transcurrido un año y un día; pero a su vez, el enajenante, desde el momento mismo de la enajenación ni podía volverse atrás ni presentarse ya como propietario del inmueble enajenado (59), no quedando por consiguiente otro recurso que volver la vista sobre el antiguo dominio de la comunidad familiar y considerar al jefe de esta comunidad como propietario durante el plazo de referencia.

Si lo que acabamos de exponer es cierto se comprende con facilidad que primitivamente sólo pudiera tener lugar una enajenación de inmuebles en presencia de la comunidad familiar. la cual acogía en su seno al adquirente y le reemplazaba en la defensa judicial del inmueble adquirido hasta que por el transcurso de año y día conseguía aquél un derecho independiente de libre disposición.

Es indudable que tal y como las fuentes se expresan no se ofrece esto a la vista de una manera palmaria, pues el fuero de Navarra que es el único que todavía separa rigurosamente los *fermes* de los *fiadores*, sólo exige que intervengan como *fermes*, hidalgos del lugar donde el inmueble radique; pero es comprensible —y resultaría más claro por

---

<sup>58)</sup> Navarra II, 2, 7 (N. 3).

<sup>59)</sup> Este pensamiento se ofrece a la vista palmariamente en Navarra III, 12, 20 (N. 57).

medio de un estudio sobre la condición de las clases sociales en España que aquí no se puede intentar -que todos los *hi, dalgos* de un lugar pertenecen de hecho, fundamentalmente, a una misma comunidad familiar y en consecuencia sólo significa este precepto una alteración del sistema expuesto.

:Se corresponde así la forma hispánica del *ferme* con la que ofrecen los documentos suecos y las noticias inglesas del territorio en que impera el derecho anglo-danés. Incluso filológicamente, coincide el *ferme* plenamente con el *faest* y el *fastar* (*festerm, aen*) de estos territorios que también intervienen para fortalecer una transmisión de inmuebles. En las fuentes suecas, se indica también -en las indicaciones sobre los pagos (*Zahlenamgaben*) --su relación con la comunidad familiar aunque en un modo inseguro; en el derecho anglo-danés aparece esta relación a la vista de un modo notorio. Se puede concluir por lo tanto que entre los godos al igual que entre los escandinavos agarran los *fermes* el símbolo de la enajenación (6°).

También se infiere de lo expuesto la explicación de otra significación de la palabra *firmare* que tal y como aparece primeramente no concuerda con lo anterior.-E:U efecto, en los primeros tiempos y muy a menudo se emplea la palabra *firmare* en las fuentes españolas -según ya una vez se ha indicado -para designar la actuación de los testigos, usándose también con idéntico objeto la palabra. *otorgar*, (*auctoricare*) que primitivamente significa presentarse como *aiw-tor*, pero que aún entonces puede implicar simplemente, el hecho de una actuación testifical. Es decir que la función del *auctor* se considera igual a la del *testigo* y esto se corresponde con lo expuesto anteriormente, donde hemos visto que los *ferme* se diferencian, en rigor, de los testigos propiamente dichos y aún cuando sirven para la prueba

60) Para el conjunto véase mi *Einkleid I* p. 62 y sig., donde las investigaciones exactas de K Lehmanns frente a las interpretaciones infundadas de Amira, son detendidas con material inglés hasta ahora no aprovechado. -Si lo alegado en mi *Einkleidung* página 60 y sig. perteneciese al dominio gótico, se tendría así quizás un documento directo.

de una enajenación de inmuebles, deben ser considerados por otra parte como garantizantes de la referida enajenación.

Se comprende bajo la palabra *firmare*, todo aquello que un garantizante tiene que hacer y el hecho de que el *firmare* sea la función propia de aquel que garantiza nos conduce al derecho bávaro donde se observa una doctrina análoga (61), resultando en conclusión del conjunto de todo esto, la existencia de un único concepto del *fest* (*Firma*) que se encuentra en todos los troncos germánicos.

III. *Fiadores que intervienen en "la compra-venta de cosa muebles.*

No sólo en la compra-venta de inmuebles se encuentran fiadores. En verdad, el hecho de que en una serie de pasajes se hable también de fiadores en compraventas de cosas muebles, sin que se diga que sean necesarios y sin que

---

61) Sobre el empleo de *firmare* en el sentido de *convencer*, véase, por ejemplo, Muñoz, p. 38: ut firment super caballeros; p. 9: nullus firmet super eos, sed illos dent 12 homines et delindent se (purifíquense); p. 89: non firmet nullus Judaeus u. per nullum Christianum; p. 282: omnis horno -firmet ille Sepulvega super infanzones; p. 336: si non potuerit firmare audeat sua jura, -Y así, a menudo. -También se ve la equivalencia de *otorgare* con *convencer* (überführen) y de *otorgamento* con testimonio convincente en 1\L Port. leg. I, pag. 392, 1166: et qui mulier aforciaret et illa. clamando di:x:erit, quod ah illo est afforciada et ille negaret, det illa outorgamiento de 3 homines talis, qualis ille fuerit; ille iuret cum 12; et si non habuerit outorgamiento, iuret ipse solus. Salamanca 38: todo orne, que sacar armas a buelta, si oviere otorgamiento de 3 homes o de una iusticia peche 5 morab., e, se non, iure si tercero; -anilogamente, 90; 234: testigo non quisier otorgar. -Todavía se emplea esta palabra, notoriamente, para designar la actuación de un *autor* con respecto a bienes inmuebles, en Usagre 98: qui heradat ovier a otorgar sobre la heradat, otogue; -posteriormente se dice directamente: *otor*. -Sobre el *firmare* en el derecho bávaro, véanse las conocidas noticias de la ley (Iliion. germ. leges) III, p. 337, IV y además Brunner RG. II, p. 316 y sig., donde sin duda sin fundamento se afirma que ha tenido lugar una reiterada *vestidura* de los bienes, por el *Autor* al dema llda.do, siendo así que sobre esto no se dice en el referido pasaje ni una palabra. -Con respecto a los godos es citado por Ulfilas un *witodafa, tei* (portador de la ley).

se determine de qué clase de bienes muebles se trata, no puntualiza nada todavía <sup>(62)</sup>; pero yendo más lejos, se ve que se exige como necesario un fiador con respecto a toda clase de objetos cuando se compran a un vendedor desconocido <sup>(63)</sup>. Finalmente, en los territorios que han mantenido los elementos germánicos más primitivos, se exige en la compra-venta de ganados un *ferme* o una *fúlanza* (†) — que en esta ocasión son equivalentes.

Ya uno de estos pasajes muestra que un tal *ferme*, tiene que responder al comprador del cumplimiento por parte del vendedor. En otra fuente se dice con respecto a la transmisión de un hombre no libre que se enajena sin ir adscrito a ningún inmueble, que debe intervenir un *ferme*, pero que éste puede ser de cualquier lugar, porque el objeto de esta enajenación es algo mueble. Esta regla, válida

62) Boletín XXXVII, p. 415, § 363: todo hombre, que bestia o otra cosa comprada ovier e debe haber por salvarh fiador de salva o otor e teniendola en pa7, de manifiesto deben sllvac o defender a (7) la cosa.. -Salamanca 158: por todo aver. que se llamar de da< otar, iure, que aquel otor, a quien se lamó, que ese gelo vendió o dió ; e si fiador de saneamiento ovier e dixier ((non puedo aver el otora), iure que aquel fue fiador de saneamiento de aquel aver e otorgue el fiador lo, que otorgaría el vendedor.

63) Algo así resulta ya en l. Visig. V, 1, 2 y VH, 2, 8. Además XXXVII, p. 42-6, § 442: todo hombre, que vendiere cosa mueble en mercado o en plazo, si estranio fuere, da.ra. fiador de salvo, quoa.l pudiere a.ver. Fuero real IV, 13, 7 ; ningun home no cumple ninguna cosa de ningun home, que no conozco, sino si tomare buen fi:ldor.

64) Navarra III, 12, 6: si yfanzon o villano comprare bestia quoa.lquiere de 4 piedad en Navarra, compre con fermes ... Et si el ferme no sacare octores, como dicto es, e non fhiere bona la bestia al comprador, e3 tenuto de p3y.a.' al qui pierda h.bestia.: III, 12, 2: si alguno comprare bestia de rumero o de mercadero et non demanda auctor et aya testimonio que iuren, valer li deve ... Mas si compra de otros ombres de la tierra, ha menester ferme. -Yangua. I, p. 464, Estella: nullus horno bestiam quadrupedis sine firmis ernat. -Teruel 131 (no, Cuenca XXXIII, 1): sed tamen cum fidanciam de salvo ipsam (es decir, la bestia) comparant, ut est forum. -Sepulveda 202, § 2, .N. 58. -Sobre la *rwora* en la moderna compra-venta de Asturias: José de Pereda: Obras V, páginas 50-62 (N. 41 anterior).

para la transmisión de cosas muebles y por lo tanto de animales y de siervos, se aplica primeramente en los tiempos cristianos en todas las situaciones imaginables (65). Es decir que, al contrario de lo que ocurre en la compra-venta de inmuebles, se piensa que el *terme* que interviene en la compra-venta de animales no debe ser un representante de una determinada comunidad de parientes y vecinos.

Finalmente se declara en una ocasión de un modo directo que la responsabilidad del *fidanza de safoo* que interviene en la compra-venta de ganado perdura toda su vida (66).

Tomando ahora en conjunto todas estas noticias, resulta que los *termes* o *fidanza*; de la compra-venta de ganados no son *termes* en sentido estricto, sino que son *fiadores* que responden al comprador del cumplimiento del vendedor al igual que según el fuero de Navarra, responden los *fiadore. de co de bu&ye.* en las transmisiones de inmuebles; pero al propio tiempo se observa que aquellos *termes* o *fidanzas* actúan como garantizantes de la legalidad de la compra-venta, la cual en consecuencia se realiza de una manera pública y no secretamente, cosa ésta que es de una importancia decisiva para la determinación de la responsabilidad en el juicio mobiliario.

IV. *Resumen : necesidad de fiadores de reponsabvltad pennante.*

Ahora es posible ya, llegar a una conclusión definitiva. Se distinguen en las transmisiones de inmuebles, primitivamente, dos grupos de intermediarios : los *fernws* en sentido estricto y los (*iadore*) (fidanzas) *de coto de bueyes.*

Los primeros son los representantes de la comunidad familiar, que al igual que los *fastar* suecos, reciben al ad-

---

6) Navarra III, 1, 3: et est ferme <leve ser ynfanzon et dont se quiere, porque es cuerpo mueble, -se trata de que el Señor entrega al Obispo para su ordenamiento al hijo de un hombre de su dependencia.

66) Teruel 457 (falta en Cuenca XX.XIII, § 12): sed tamen sciendum est, quod fidancia de salvo data pro bestia semper valeat sua vita. Tamen filii pro fideiussura de salvo facta pro bestia non respondeant voce patris.

quirente en el seno de esta comunidad —al lado y en lugar del enajenante —y hacen valer su derecho sobre la cosa adquirida contra todo tercero lo mismo como demandantes que como demandados, hasta que por el transcurso de año y día consigue el adquirente un derecho independiente y personal. Hs indudable que poco a poco se confunden estos *fermes* con los fiadores del otro grupo.

Los segundos se presentan como verdaderos fiadores que responden al comprador del cumplimiento del vendedor no sólo durante un año, si no de manera permanente. Pertenecen a este grupo también los *fidanzas* (*termes*) de la compra-venta de ganados, aún cuando quizás hayan existido dentro de éstos, primitivamente, las mismas diferencias apuntadas con respecto al derecho inmobiliario; pero así como con respecto a estos fiadores de las compra-ventas de ganado se mantiene en los derechos más modernos una responsabilidad de carácter permanente, a los que intervienen en las transmisiones de inmuebles se les dechtra exentos por el transcurso de un año (o de medio) porque ya entonces rige para el conjunto de la institución la regla, establecida antes sólo para el *ferme* que ya ahora se ha confundido con el *fiador de coto*. O sea, penetrando más en la entraña del problema, que la responsabilidad del vendedor por la evicción llega a ser una consecuencia natural de la compra-venta —al igual que en el derecho romano — y por lo tanto carece ya de objeto el tratar de conseguirla por medio de una *wadium* afianzada; por eso también los *fiadores* de responsabilidad permanente son absorbidos por los *fermes* de responsabilidad limitada, sólo a un año.

En la compra-venta de inmuebles y primitivamente también en la de ganados el lado del *ferme*, es necesario un fiador en sentido estricto. *Esto* se corresponde casi enteramente con lo que rige en el derecho del sur de Suecia<sup>(67)</sup> —próximamente emparentado con el español —y significa exclusivamente, que en los primeros tiempos, si no mediaba un tal fianza, no existía ninguna responsabilidad por evicción; por eso se busca el conseguirla por medio de una

67) v. Amira, Obl. R. T, p. 3±4 y sig. y 284 y sig.

*wadiation* a.l igual que en el derecho de Roma se perseguía .a. través de una *stipulatio*, idéntica finalidad.

C. *Waddation por caiMa de fa celebración de matrimonio. De' recho matrimonial secwfar-ele9iástico.*

I. Derecho matrimonial y uso matrimonial. -Hay cosas que, en absoluto, no se dejan venoor por el tiempo, que poseen una tenacidad de vida que resulta extraordinaria incluso teniendo en cuenta la, antigua fijeza del derecho. Precisamente el suelo ibérico ofrece de esto un testimonio clásico, pues la costumbre, muy significativa, de la *couvade*, consistente en guardar cama el padre al nacimiento de un hijo, que ya Estrnbón menciona como existente entre los iberos, que de nuevo en la Ekiad Media se atestigua su existencia en el país pirenaico y que todavía, aparece durante el siglo xrx -naturalmente que ahora según motivos enteramente *difere:nt es* -en los valles vascongados, pu ede únicamente ser interpretada, -así como frente a ésta, semejantes formalidades germánicas, en las cuales el padre muestra su solicitud por el hijo y que con la naturdl marcha del asunto, se realir-a.n sólo por la madre -en el sentido de que se procura, crear por tales medios el vínculo jurídico de la paternidad -hasta entonces inexistente, - logrando una relación de derecho que anriormente sólo se fu.ndaba en el vínculo maternal, único reconocido<sup>(68)</sup>.

Todavía hoy, se advierten huellas en los derechos familiar y sucesorio de Vasconia, de lo atesti\_guado por Estrabón en punto a que el derecho de familia y el derecho hereditario entre los antiguos cántabros se apoyaba. ::obre

68) Strabo, Geogr. (ed. Müller) III, c. 4, § 17. -Aucassin et Nicolette (ed. Suchier) c. 28-30: el lugar donde la coia ocurre es el para.je de Aiguesmortes (Suchier p. 54. -Oordier: Revue hist. -du droit fran9ais et étranger XIV, p.:i51.

Yo mantengo todavía -a pesar de vVestermarck -**la** interpretación que Bachofen da -Das :..\utterrecht. p. 17, p. 255 -como única posible, si se piensa en que también entre lo.s germano3 el suministro de alimento8 por el padre al hijo recién nacido o el lavado del niño -cosa que por ley de natura.leza no incumbe al padre -se considera como reconocimiento del niño por el padre; los documentos, vt>anse en K. :lanrer : Ueber die Wasserweihe des gerroa-nischen Heidentums, que sill duda. explica esto de otro modo.

el principio matriarcal (69); y aun no es esto solo: la propia institución del *consogrerium*, que rige en Galicia en la temprana E.da.d Media, entre las clases bajas de la población, se explica también como una huella de lo mismo (7°). De tal modo se mantiene vivo el derecho ibérico.

Esta misma tenacidad explica, por otra parte, que los elementos del derecho matrimonial romano y los del derecho matrimonial germánico se hayan mantenido en España siempre conservando su respectiva estructuración primitiva. La más antigua de todas las fuentes del derecho hispánico, el Fuero de Navarra, atestigua ya la existencia de una diferenciación enteramente peculiar dentro de la esfera del matrimonio. Según un pasaje, que deriva de fines del siglo xrr, se distingue entre un matrimonio eclesiástico indisoluble -que con respecto a la capa superior de la población es desconocido por el derecho secular de la época, -y el matrimonio disoluble del derecho secular. Los hi-

---

69) Strabo III, 4, 18; Cordier: *Revue hist. du droit franc. et étranger* V, p. 362 y sig., XV, p. 224 y sig.; Bachofen p. -114 ry siguientes.

70) Ferreiro, *Fueros municipales de Santiago I*, p. 22, 1007 {también eu Ramos: *Arqueología jurídico-consuetud.-económ. de la región Gallega* 1912, p. 22): *tempore serenissimi principis domini Ranemiri, prolis Hordonii, habuerunt comites Scemenus Didaci et Arias Aloítici inter se iutionem pro hominibus habitantibus In comitatu Cornati et Aviancos. Et elegerunt facere diffinicionem ipsorum hominum et ipsorum comitatum, ut haberent consogrerium homines de Alaneos et homines de Coruato et haberent divisium per rivalum Issi: et quanti venireut ad abitandum de comitatu Cornati iu comitatu de Aviaucos, acciperent inde uxores et hereditates, partí comitatus servirent; et qui verürent de comitatu Aviancos in comitatu Cornati, accipereut inde uxore et hereditates et starent partí ipsius comitatns.* -Esto es, que aquí se acepta una organización general según la cual, el marido entra por el matrimonio en el disfrute de los bienes de su suegro. -En virtud del vasco *biscamby* del siglo xv (Cordier: *Revue hist.* XV, p. 230) un hermano más joven, entra por el matrimonio en el disfrute de los bienes que su mujer, como la hija mayor de su suegro, recibe de éste; en cambio, una hermana de ésta última, entra también en el disfrute de los bienes que el hermano mayor del marido de su hermana, hereda. Esto es análogo al *consogrerium*.



dalgos, esto es, los germanos de la capa superior de la sociedad, pueden separarse de sus mujeres, sin más; mientras que la población tributaria -es decir, la no germánica, en todo caso -sólo podrá hacerlo si entrega al Señor un buey.

La Iglesia resiste la aceptación de esta doctrina; sin embargo los *r:cos ombrM*, *valleros* e *yfnanzones* no renuncian a su derecho de contraer un matrimonio disoluble que se celebra con intervención de *ferme8 et n,adore de arras*, aunque reconocen también el matrimonio eclesiástico, que se somete al derecho de la Iglesia y que, por lo mismo, es indisoluble. Este se celebra por medio de un *oir misa* y de un *pnmder sorti"eyllas* (anillos) *por mano d.e oapeyllan* (a); no sólo la mujer, sino también el hombre, debe recibir un anillo.

II. *La bendición canónica.* -Un elemento se presenta como común a ambas formas, que debe ser estudiado de antemano: la bendición eclesiástica del matrimonio.

La noticia de Navarra que hemos citado antes de ahora, JIO obliga a ser interpretada en el sentido de que en la forma matrimonial regulada sólo por el derecho secular no concurra ninguna solemnidad eclesiástica, puesto que lo cierto es que, además de los elementos que el derecho secular acoge, media también una solemnidad canónica.

71) I<uero de Navarra IV, I, 7 (además Yanguas I, p. 541): *yfnanzon ninguno, maguer que se parta de su nrnger, non deve calonia ninguna: todo ombre peytero, sis parte de su muyller, deve I buy et est buy deve ser de logar, dont est ombre et esta. muyller son ... Todo pechero, qui desta guisa se departirá de ,su muyllier, de glesia no avia mandamiento et, el rey don Sancho et el obispo don l'edro de Paris seyendo ensemble, vinieron marido et muger por partir con lures creatura.s. Sobre esto rogó el obispo don Pedro de Paris al rey, que non sufiere en es tierra tales casamientos, que eran a perdicion de las almas. El rey sobre esto puso dia de aver acuerdo con sus ricos ombres et con los cavaylleros et con los yfnanzones en Pamplona et avido el conseio dixieron, que lur fuero non desarian de todo; maguer si ninguno oiese misa o prisiere sortieyllas por mano de capeyllan, dtorgaron, que fuese casamiento, et esto3 atales, que fuesen a fuero de elesia; si la elesia dixiere por casamiento, atorgaron, que fuese casamiento, maguer reteniendo fermes et fiadores de arras, segun lor fuero.*

En efecto, en la descripción del matrimonio que celebran las hijas del Cid y cuyo acto se ajusta por lo demás, sólo a las formas germánicas, se concluye con una bendición eclesiástica (72). En la esfera jurídica del fuero Usagre-Cáceres, se habla de que la novia «caualga» hasta la iglesia, con ocasión del matrimonio, prohibiéndose a la viuda la práctica de esta solemnidad; y estas normas, en su base, pertenecen enteramente al círculo germánico (73). Por último, en el formulario del ritual mozárabe -donde se parte de una *tradiitio puellae* por los *parentes*, y no de un acto jurídico realizado por la propia *puella*, y donde se llega a una *velatio*, -interviene el preste, en todo caso, como un contratante (74), siendo indudable que aquí, no sólo sigue una bendición canónica, sino que el acto secular es, generalmente, atraído por la solemnidad eclesiástica.

En la fuente de Navarra citada anteriormente y en otras muchas posteriores, se atestigua que el preste no sólo interviene en la manera germánica de celebrar el matrimonio, sino que actúa también -y primeramente -en la forma no germánica.

El hecho de que en el fuero de Usagre-Cáceres se hable de un *vwuni ad benedictioes .vel ad iura* o de una *mulier de bendiciones o de iuras* (75), mientras que otras veces se menciona a una *mulier velada o de iuras en mano de clerigo*, o a una *moller velada ou arrada* (76), pudiera significar que la be-

a) Poema del Cid. verso 2.237 .y sig. (Bibl. de autores españoles LVII, p. 24; ed Menendez Pidal III p. 1109): Quando ovieron aquesto fecho salieron del palacio, pora S. Maria apriesso adelinando. El obispo don Iheronimo vistiós tan privado. A la puerta. de la eclegia sediellos sperando. Diales bendiciones. la missa a (anta.do. Al salir de la eclegia cavalaron tan privado.

73) Usagre 71 y a.demás .Martínez-Marina; Ensayo ... sobre la legislación, p. 238 y sig.

a) Monumenta ecclesiae liturgica V, col. 136: más exactamente en la N. 102 siguiente.

75) Usagre 66, 295. Zamora 38.

76) Usagre 72: mulier velada o de iuras en mano de clerigo; .M. Port. leg. I, p. 753: mulier velada vel de iuras in manu clerici; p. 867, § 3: moller de velanbres ou de iuras en mano de clerigo; § 7: moller velada ou arrada.

*nedictio* se ha unido a la *velatio*, estando en oposición con el *iura en mano de clerigo* o el matrimonio con *arra*. Pero no hay que pensar que en esta última forma se prescindiera de la *benedictio*, sino que la diferencia entre una y otra manera, quizás debe interpretarse así, por lo que a la intervención del clérigo se refiere: en el matrimonio secular, que aquí se presenta como un matrimonio con *velure*, queda reducido el elemento eclesiástico al *be:rwdi'cere*, y este acto, como el más importante para la Iglesia., es el que se hace destacar; por el contrario, en el matrimonio celebrado canónicamente interviene el clérigo en la práctica de diversos actos y, ante todo, en aquel que se designa como un *uirare in manum clerici*.

Todo esto se presenta como algo verosímil, aunque no indudable, cuando se considera que en otras fuentes aparece la *benedictio* de un modo general, como la señal característica de toda relación matrimonial<sup>77)</sup>, obteniéndose una solución más sencilla de este problema si se acepta que en el territorio de Usagre-Cáceres las solemnidades del *iurare in manum clerici*, de la *donación de anillo* y del *velare*, han llegado a ser generales a todo matrimonio, es decir, que ha tenido lugar una plena compenetración de los elementos germánicos con los elementos romanos.

La bendición canónica del matrimonio es un requisito impuesto desde los primeros tiempos del cristianismo<sup>78)</sup>. Cuando el derecho secular de los tiempos cristianos todavía no la exige de un modo directo y en la iglesia romana de Oriente la *uirare in manum clerici* es sólo una de las formas de cele-

<sup>77)</sup> Esto se desprende del hecho de que los hijos legítimos se designen como hijos de bendición (por ejemplo: Soria 318; I. Port. leg. I, p. 265, c. 89) y un marido legítimo como *marito de benedictione* (M.: Port. leg. I, pág. 390/391, 1162).

<sup>78)</sup> Probst, *Sakramente und Sakramentalien*, p. 454 y sig.; *Die altesten Sakramentalien und Ordines*, p. 129 y sig. -En el siglo XII se manifiesta para el imperio de Roma la *benedictio* como parte integrante de la celebración del matrimonio. Así se ve en la *consultatio Bulgarorum* c. 3 (M.: *Mon. Ger. epist.* VI, p. 568 y siguientes); además en Muratori: *antiquitates Italicae* II, col. 110 y sig.).

brar el matrimonio, la teología ortodoxa de oriente considera a principios del siglo IX como un concubinato todo matrimonio contraído sin la bendición canónica (79). De aquí que la exigencia de esta solemnidad se extienda poco a poco a toda la Europa del sur y del centro (B°).

III. *Los otros elementos romanos de la celebración del matrimonio.* Una vez que la *benedictio* ha sido estudiada, desde sus comienzos, deben ahora ser examinados aquellos otros elementos que son romanos y *no germánicos* (81).

1. Según el Fuero de Navarra, se celebra el puro matrimonio canónico, recibiendo los contrayentes los anillos de mano del clérigo. La descripción en prosa de la celebración del primer matrimonio de las hijas del Cid, revela como básica esta misma solemnidad. Después que tiene lugar la entrega de la mujer al varón, son desposados por el preste «camiados los aniellos»; es decir, que el preste interviene en el trueque de anillos, y luego en el comienzo del octavo día de las bodas se celebra la bendición sacerdotal (82).

Más ampliamente nos lleva sobre este mismo asunto, una de las fórmulas del ritual mozárabe que, tal como nos ha sido transmitida, deriva de comienzos del siglo XI (83). Se-

<sup>79)</sup> Zhismann, *Eherecht der orientalischen Kirche*, p. 157 y siguientes; también Zachariae: *Geschichte des romisch-griechischen Rechts*, p. 71 sig.

<sup>80)</sup> Freisen, *Geschichte des kanonischen Eherechts*, p. 129.

<sup>81)</sup> Es una falta de la mayor parte de las investigaciones sobre este territorio, que no se separen las dos capas sociales y que el elemento germánico se estime demasiado.

<sup>82)</sup> Primera crónica general, ed. Menéndez Pidal (1906) c. 928; también, para las segundas nupcias, aunque algo indefinido, el c. 94:8 de esta obra.

<sup>83)</sup> *Instrumenta ecclesiae liturgica V*, p. 431. según la manera del manuscrito A de 1039 (p. XXVII): *ordo arrarum de nubentibus: primum quidem tradunt annulos suos ad sacerdotem et ponet eos in fiala et desuper faciale et dicit ... (aquí una oración con benedictio); post hec accipiant annulos suos. Deinde tradet viro ad puellam annulo suo in dextera man. u. in digiti iuxta pollice. Similiter et mulier tradet illi in extremum dextri et dat illi osculo pacis, quod est verum testamentum. — El Cod. B. de 1052 con-*

gún ella, de nuevo se concluye el matrimonio por el ofrecimiento de dos anillos que el preste hace a ambos contrayentes, añadiéndose que, naturalmente, los esposos han debido dar previamente estos anillos al clérigo y que los dichos anillos devueltos por el sacerdote, se cambian recíprocamente entre los referidos esposos. Es notable, ante todo, que estos anillos se designen con la palabra *arrae*, empleando así una designación que también se aplica a la donación para la viuda del derecho germánico, tan enteramente diferente.

El hecho de que los contrayentes se den recíprocamente anillos y de que estos anillos se consideren como *arrae*, se encuentra ya atestiguado en una noticia de la sociedad mozárabe de Córdoba, de comienzos del siglo IX, y en la l. Visig. Pero en el primer caso, no interviene en el acto ningún clérigo ni se dice tampoco nada sobre si los anillos se dan en el momento de la celebración del matrimonio o con motivo de los esponsales (§ y en la ley de los visigodos, es también el cambio recíproco de anillos un acto secular que con seguridad va unido a la promesa matrimonial y no a la celebración del matrimonio propiamente dicho (80).

---

tiene (p. 434): *ordj arrarum* : si quis arras voluerit tradere, accedit ad sacerdotem et offertur fiala et desuper sindonem et duos annulos; (siguen las oraciones).

<sup>a)</sup> Eulogii mem. sanctorum II, 9, 3 (lignè p. L 115, cól. 778): harre sibi puellam venerabilis iuvenus iure coniugalitatis asciscens, completis sponsalium titulis arrharumque pignore alternanti invicem exhibitione contradita legitima, ad ultimum ministerio sacerdotum ex more sacrantur. -Aquí hay que distinguir tres actos: 1º, los sponsalia; 2º, la arrharum exhibitio contradita invicem pignore alternanti -que es nuestro acto; -3º, el sacrari ministerio sacerdotum. -Tanto el novio como la novia han recibido ya aquí el bautismo -aun cuando la novia externamente aparezca como mahometana; -por lo tanto este sacrari no puede significar, en todo caso, el bautismo de ambos contrayentes, sino únicamente la bendición eclesiástica del matrimonio que sigue a la donación de anillos. -Sobre si los sponsalia constituyen o no un solo acto con la donación de anillos, no da ninguna solución el pasaje de referencia,

8º) l. Visig. III, 1, - Que son dos los anillos que se dan, resulta de el *arrarum nomine*. Sobre el conjunto de esta institución

Esta entrega de anillos con motivo de los sponsales y su consideración como *arrae* se encuentra también en las otras fuentes de este período y se remonta al uso matrimonial de los primitivos romanos con la sola salvedad de que aquí únicamente se habla de un anillo que el futuro esposo da a la esposa<sup>(86)</sup>. El hecho de que por el contrario, se den anillos en España ambos contrayentes, pudiera derivar de que en este país ya desde el período ibérico ha sido elevada la condición de la mujer por efecto del régimen matriarcal durante largo tiempo imperante<sup>(87)</sup>; pero también fuera de España se observa que la mujer debe haber dado un anillo al esposo<sup>(88)</sup>, en el período romano más tardío, y como quiera que la donación de anillos entre ambos contrayentes -que de nuevo se considera como un *Ubar.rare* -se en-

véase Zeumer en N. Archiv. XXIV, p. 578 y sig., el cual sin duda la incluye sin vacilar en la esfera del derecho germánico. -Los pasajes de Isidoro sobre anillos nupciales (Ethym. XIX, 32, 4 [Migue p. l. 84, col. 702]; de eccl. officiis II, 20, 8 [vigne 83, col. 811 y sig.]. -Decret. Grat. II, causa 30 qn. 5 c. 9) no prueban más sino que la mujer recibe primero un anillo cuando ella contrae sponsales y no pueden aducirse como contrarios al hecho de que en Iberia reciba también el esposo un anillo. El pasaje de referencia -Isidor : de eccl. off. I.II, 20, 8, «quod imprimis anulus a sponso sponsae datur -indica más bien que primeramente es el esposo quien da un anillo a la esposa, pero a su vez, ésta corresponde del mismo modo. -Las fórmulas catalanas de la temprana Edad media (Anuari del Institut d'Estudis Catalans IV, p. 536 y sig.; Brocá: Derecho Catalán, p. 94), habla de una donación recíproca de anillos.

SG) Los documentos véanse en la notable investigación de Chéron, Xouv. revue hist. de droit français et étranger. XXXVI, página 572 y sig.; además, ante todo, Bmdileone, en Zeitschr. für Kirchenrecht» III, p. 311 y sig.; Ledercq. en Oabrol, Dictionnaire d'archéologie chrétienne I, 2, col. 2188 y sig.

Esta forma de sponsales puros a través de la donación de anillo por parte del novio, se ha recibido también de la común fuente emopea -en la l'art. IV, 1, 2, que distingue entre los *sponsalia de futuro* y de *praesenti*, citando como una de las formas de los *sponsalia de futuro*: «quandul (a la mujer) mete (el hombre) algunt aniello en el dedo diciendo así: yo te do este aniello en señal que casaré coniiigQ)).

<sup>87)</sup> N. 68 y sig.

<sup>88)</sup> Así el anillo ell. Cabrol. Ob cit. I, l. col. 190, l'ig. 679.

cuentra, también, exactamente, en el derecho Inatrimonia.l de la Iglesia oriental (89), debe concluirse sin duda que se trata de un.a costumbre que poco a poco se ha difundido por una gran parte del mundo romano.

En realidad, más importante que la, oposiciém entre la donación unilateral o bilateral de anillos, es la otra cuestión : la determinación de cuándo la donación de anillo es una señal de esponsales y cuándo es una sefi.al de matrimonio, Ordinariamente, se considera como el primer documento que versa sobre esto, aquel que se refiere a.l matrimonio de Judith, la hija de Carlos 11 del Imperio franco de occidente (90); pero la solución de este problema exige otra. observación. Según la Novella de León (886-910) es una costumbre largo tiempo anaigada, la. de que los esponsales fueran también bendecidos (91); y ya en el tiempo de Justiniano es lo corriente, que el maádo, en la Iglesia, preste juTu-mento a la mujer, f etv ctii'ta, voμ(oui;- y1tμxii;- cu), lo mia.l, sin embargo, todavía no se considera. como la celebración de matrimonio. Esta dif'undida costumbre de bend:edr también los esponsales, debe haberse desa,rrollado por el control que sobre ellos ejercfa el Obispo (9&) entre los primeros (\*ristianos. Posteriormente, a fines del siglo IX, la Iglesia, de oriente rechaza la bendición de los esponsales de los jóvenes y establece de ma.nera. general el punto de viiita. ya perceptible en el siglo va, según el cua.l las solemnidades eclesiásticas de la celebración del matrimonio

89) l'ihismarrn, Das Hherecht der orientalischen Kirche, p. 691 y sig. ; Chénon, Oh. cit., p. 584, N. 2, p. fi21; aun cuando éste último aduce también la novella de sponsalibus de Alexim en comprobación de un cambio de anillo, nada se expresa en esta fuente a este respecto (Zachariae, Jus graeco-romnanum III, coll. IV, 2-4, c. 2) sino que se dice sólo :

Γ11)VIKO:Ú'tot n'jv fV'k'nEtjJV 1!ptÓnii;- p.E'ta 'ti,r lepir 'tWV eux\_wv EI!WOi,i;- k'tEA&fo&ot KO:t 'tWV O'UV &wv 'tCIÚtj; itO:p<l'IIPO'EWV youv 'tO:;J d:ppcxwvvi;- x:x1 'tOU 1A1ou to'tr fV1)O'ti,p'n o; >tAJÍfj.CX'tOt;".

90) Cap. II, 296; además Chénon, Ob. cit., p. 605.

91) Zachariae, Jus. gr.-rom. III, coll. II, c. 74. Además Zhismann, p. 144 y sig. y 691 y sig.

92) Novella Just. 74, c. 5.

93) Zhismann, p. 139.

se unen con las de los esponsales (9<1). En la redacción en prosa de la leyenda del Cid se atestigua esto con respecto a España de un modo directo (95) *-en un día. Iraaitio* de la novia y *desp<sup>o</sup>-aci-0* eclesiástica con cambio de anillos v en el siguiente a la boda *mlcva benedicti*.

Esta costumbre debe haber sido dentro de la Iglesia mucho más general de lo que puede percibirse de una manera directa, pues sólo así y no por ninguna influencia germánica *-se explica el empleo romano del sponsio* con respecto al marido (96).

De la unión de los esponsales con el matrimonio resulta además la consecuencia de que se considere la entrega de anillos como señal de la celebración del matrimonio.

2 Una forma anterior que entra evidentemente dentro de la celebración del matrimonio canónicamente es la «iura in mano de obispo» (91). Aquí se entrecruzan dos especies de formalidades romanas. Por un lado, la *de Jtrarm ill;llctio* por medio del *pran'lwus* que se encuentra *-en* relación con el sacrificio de las nupcias hasta la terminación del período romano; allí donde el matrimonio se bendecía por el sacerdote cristiano, tenía este sacerdotado también las manos de los contrayentes, cosa que ya en el siglo rv aparece atestiguada (92). Del otro lado, hay que recordar el juramento que según el derecho justiniano se había de prestar en la iglesia con ocasión de los esponsales,

94) Los documentos en Zhisman, p. G93, donde en la N. 3 alijo se prueba ya para el siglo vrr; así hay que entender también la descripción derivada del siglo ix que la «consulta vulgar romana c. 3 (aniba N. 78) da de la celebración del matrimonio romano.

91) Arriba X. 82.

96) El mismo Brandileone, Ob. cit., p. 39, es aquí todavía inseguro.

97) Usagre 72, 66, 295 (N. ii); así todavía Cervantes: Don Quijote I, 27.

98) Para la *dextarum iunctio* en el paganismo: Roszbach: Untersuchungen über die römische Ehe, pág. 308 y sig. Para su recepción en el matrimonio cristiano-romano, véanse los documentos en Iropst, Die ältesten römischen Sakramentalien und Ordines, p. 131.



declarando querer recibir por esposa a la mujer (99) ; cuando se llegó a la unión en un solo acto de los sponsales y de la celebración del matrimonio debió cambiarse también esta promesa con ocasión de este último acto sumándose a la *dextrarum vum:tio* (100).

No existe ningún fundamento para agrupar esta *diextro-ru,m iun:ctio* en mano del sacerdote, con los elementos germánicos (101).

B. Una última formalidad romana, -el empleo del *ft:immeum* -sobre la cual nos llevamos, además, el hecho de que también en el puro imperio romano se hable de un *velare*, debe ser examinada después más exactamente.

IV. *Elementos germánicos*. -I. a). En el ritual mozárabe se encuentra, frente a la, celebración del matrimonio con donación de anillo, -forma en la. <mal el sacerdote interviene como mediador. a(tli.awlo como contratantes, los novios, únicamente -otra forma enteramente distinta. en la cual media una verdadera donación o entrega al marido de la que ha de ser su mujer.

Tal y como las cosas se describen en esta fuente, los *tjarentes*, o uno de los *jarenites* entregan la *puerxl*, al *sacerd<AS* (tradit puellam sacerdoti). «*Ille vero vdtailts oos <Ze pall,eo et iphm ac posJto de super ingali. facto dB coccino et aUJo, diiit hanc pre fatónlmi>>* -siguen a.hora las bendiciones. -Después. como remate, «*tradit sacerdos p-nellam viro*» (102).

Corno se ve, es aquí la mujer, el objeto de una. entrega que en definitiva proviene de la familia pero que se realiza de un modo inmediato por mediación del sacerdote. Dos símbolos de investidura se emplean en este acto: de un lado el *palleum* y la *si;Ypa*, de otro lado el *,qujale blanco-rojo*. Este último. sin c\nclo., lrm, ciclo tornado del rito matri-

99) X. 92.

100) No hay que recoger dentro de este orden de cosas, la I art. IV, 1, 2, 9, 10, y el J< lico Real III, 1, 10, cuando consideran la *jura*, como forma de los sponsalia de futuro (cf. X. 8G).

101) Sobre la forma en el resto de Europa, véase el excelente estudio de Chénon antes citado (p. Gül), que testimonia, que en s;cnerml el sacerdote, junta las manos de los contrayentes.

- 102) :;fonumenta ecclesiae liturgica V, col. 436-410.

monial romano, pues coincide plenamente en punto al color y a la forma con el *flam. flammum*, -con el <"na] se envuelve en Roma a la mujer, -y a él se refiere la palabra *nuhere* (103). Durante el período cristiano-romano persiste este uso pero entonces coloca el velo el sacerdote, no sólo sobre la mujer sino sobre ambos esposos designándose este acto con las palabras *velamen sacerdotale*; resulta por consiguiente que el *vetare* de los tiempos posteriores también puede derivar del *flammum* que del *panem* y *sippn*, y tiene mucha importancia el hecho de que Isidoro, -que todavía pertenece al mundo romano-oriental-sólo hable de un *refare* de la mujer con un *movorn*, esto es un largo manto, un velo, que cubre a los dos lados de su cabeza, y que según lo que sigue debe ser de *púrpura*, o sea que representa al *flammum* (104).

103) Para lo romano: Rossbach. *Op. cit.*, p. 279 y sig. - Para los tiempos cristianos primitivos: F. X. Kraus: *Realenzyklopädie I*, p. 390 y particularmente *Propst: Die ältesten römischen Sakramentarien und Ordines*, p. 18:1. donde (X. 2) e encuentra el documento según el cual en el período romano posterior se coloca por el sacerdote alrededor de ambos contrayentes.

104) Isidoro de *eccl. off.* II. O. 6, 7. En primer término se describe (c. 6) como la mujer se vela «*dum maritum*»; con un *mavors*, esto es, un pequeño manto que precisa ser un velo doblado. Se debe aceptar que esta *cefalio* de la mujer aparece ya al comienzo del acto matrimonial: por lo tanto no es idéntico a la *velatio* el velo descrito en el c. 7, que tiene lugar inmediatamente después de la *benedictio* y que según la posterior liturgia mozárabe sigue a la *velatio* de la novia (Fon. *eccl. litúrgica V*, col. 136). Según el c. 7. después de la *benedictio* se enlazan ambos esposos por medio de una *vittia* que es de color blanco -pero que se coloca sobre un fondo rojo, -ya que sólo de *candor vittae* se habla. -Así el (Olor blanco de la *vittia* es mezcla con el color rojo y entonces esta *vittia* puede no ser otra cosa que la *fanea vitta* (Rossbach., *Op. cit.*, p. 267), es decir, la ligazón con que los cabellos y el velo se mantienen juntos y que por ser *lanea*, es blanca, siendo roja la tela con la cual se liga. con lo cual corresponde con el *flammum* romano. - Significará entonces todo esto que después de la *benedictio*, el velo que cubre la cabeza de la mujer -y primeramente, la *vittia* con que se le ata, -se coloca también sobre la cabeza del esposo. Esto no es otra cosa que una forma particular -quizás provincial -del *velarum*, de ambos esposos por medio del *flammum*.

Hay que examinar según esto, más exactamente, cómo se debe concebir este revestimiento con *paW,eum* y *sipp*, (vestido de mujer (1<sup>o</sup>5) de los cuales nada se dice en el rito matrimonial romano.

b) El Poema del Cid-no tanto la tradición en prosa de la Crónica General-nos suministra mucha luz sobre esta cuestión. Aquí el revestimiento lo realiza un intermediario que en definitiva interviene por la familia de la novia, pero se separa todavía este acto, radicalmente, de la bendición eclesiástica. La novia aparece de nuevo, sólo como objeto de la negociación.

Se observa, en primer término, que el Rey quiere que el Cid le entregue sus hijas para casarlas y con esta finalidad nombra por representante suyo a Albar Fañez, el cual actúa como padrino, desempeñando el papel de padre en el acto de la celebración del matrimonio (1<sup>o</sup>6) ; después es el propio Cid quien requiere de Albar Fañez. que negoció el casamiento (tor). En la comisión que el Rey da a Fañez se dice que dentro de la actuación que compete al padrino figura un *velar*, -en rigor un *dar por veladas*, -que se realiza por el representante del Rey, o sea de un modo mediato por el propio monarca, y en último término por aquel a quien el monarca representa, es decir por el pa-

105) Sippa es evidentemente una abreviatura de *supparum* (*sipparum*) = sobretodo con manga-; que lleva la mujer. -Sobre esto Juratori: *Antiquitates Italicas* II, col. 110.

(106) V. 209G y sig.: que me dades vuestras hijas pora. los infantes de Carion; da. qui las prendo por mis manos dona E:lvfra e donna Sol e dolas por veladas a los ynfantes de Oarrion. -V. 2UEf y sig.: afe aquí Albar Vanez: prendellas con vuestras manos e daldas a los ynfantes, assi como yo las prendo daquant, commo si fosse aelant. Sed padrino dellos a tod el velar. -EID. el v. 2133 se designa (E. de Hiuojosa, estudios sobre la historia del derecho español, p. 101, i. 1) al mismo, al parecer, con la palabra *manero*, encontrándose ya con seguridad esta forma de expresión en la Crónica general 927 (dat me por manero, quien las de a los infantes). Esta palabra deriva de *mano* y se aplica al representantc.

10<sup>o</sup>) V. 2:22.i y .gig.: a. los ynfantes de Carriotl dad-las con vuestra mano e prendan bendiciones e vayamos recabdando.

dre <sup>(108)</sup>. Se desprende de la declaración del Cid que la negociación llevada a cabo por el padrino implica un *recnb<lar* <sup>(109)</sup>. Cuando más adelante, al describir detalladamente la actuación del padrino se emplean única.mente estas palabras : «por mano del rey Alfonso, que a mi lo ovo mandado, dovos estas dueñas..., que las tomasedes por mugieres a ondra e a recabdo» (110), implica esto, que ha tenido lugar un *velar* y un *recahdar*, nn *tomar muier a rrcabdo* por parte del marido, que es lo que hace de la mujer, *unamugier a recabdo*.

Pero no es el propio padrino quien ejecuta este *velar*. Su actuación se presenta sólo como un *dar por man?*, de modo que es, por lo menos, presumible, que el velar se realice por el marido después que el representante de la familia de la mujer ha hecho entrega, de ésta, r-onstituyendo este *relar*, entonces, un *tomar a recahd?* por el marido. La *traditio* de la novia por su familia y el *velar* (*tomar u rooahdo*) son seguidos de la conducción a caballo de los prometidos a la Iglesia para allí recibir la bendición (111); finalmente se celebran las fiestas de *bodas* que duran 15 días (112).

e) Si se compara esta narración de la epopeya con la que se hace en el formulario moárabe, se observa que en una y en otra se interpone un intermediario, entre los

108) V. 2096 ( . 106).

109) V. 2225 y sig. (N. 107).

110) V. 2232 y sig. -Este «por mugieres a ondra e a rrcabdo» puede sólo referirse a tomar.

111) V. 2237 y sig.

112) V. 2248: ricas fueron las bodas. en el alca9a1 onclrado e al otro dia fizo myo Cid fincar 7 tablados. Antes q11e entrassein a iantar todos los quebrantaron. Quin7.e dias compliclos duraTon en las bodas. -Más ampliamente que aquí. en ninguna parte b< encuentran noticias sobre normas reguladoras de la fiesta nupcial -- exceptuando quizás lo referente a las costas del banquete nupcial que corre a cargo de la familia de la novia., pero al cual contribuye también el novio (Usagre 69; Salaimtnca 203). -No se puede, por tanto, prestar a esta materia más atención en la páginas siguientes: sólo debe hacerse observar que la palabra boda no puede derivar del árabe, como Ureña (Historia de la literatura jurídica española I, p. 326, .N. 1) so8tieve, y sobre lo cual Dozy nada indica taropoco.

padres que entregan a la novia y el novio que la recibe, el cual intermediario es, en la epopeya, una persona secular y en el formulario un sacerdote. Además la actuación simbólica cambia un poco en este último caso. Mientras que en el Poema el velo es sólo impuesto a la novia y en rigor, tal como allí aparece, es el novio quien realiza esta imposición, en el formulario es el sacerdote quien impone a ambos contrayentes no sólo el *annnewm*-sin duda de origen romano, -sino también *palle1.vm Pt suppur*(//In. Se ha visto anteriormente, que en el período romano ulterior<sup>(113)</sup> el *flammeurn*, se <loca por el sacerdote, sobre los dos contrayentes y esto mueve a pensar que cuando el *pallewn* y la *sippa* se hacen entrar en la liturgia de la época. y por este medio obtiene su portador la bendición divina, recaerían estos efectos, al igual que los del *flammeum* también sobre los dos contrayentes. El hecho de que uno de estos objetos sea una *sipara* (*supura*), es decir una vestidura de mujer<sup>(11)</sup> pone a la vista de un modo notorio el sentido primitivo de este acto; y la evolución que acabamos de describir nos fuerza a formular la conclusión de que la investidura con *pallewm* et *supparum*-4.ue ya, según lo expuesto, se realiza por el marido-no es romana., sino que deriva del tronco gennánico.-En los documentos se puede perseguir todavía con más exactitud la nota germánica de estos elementos.

d) La circunstancia de que esta investidura de la mujer se realizase por el marido, cosa que por lo expuesto hasta ahora sólo ha podido conjeturarse como algo verosímil, puede demostrarse con seguridad por medio de otras fuentes. A este respecto hay que considerar ante todo el pasaje del Fuero Yiejo (115)-que ya ha sido citado a menudo —

113) I'. 103.

u4) N. 105. -La forma del «Ritual», según el cual tiene lugar: una *velatio* para ambas partes, se encuentra también fundamentalmente en Brihuega, p. 177. II (toda mugier, que aya dos maridos velados).

11) Y. I, 2; sobre esto, finalmente, mi *Ei.ukleidtmg.* p. 40; sobre el traje nacional, de piel, y fase la . 173 y sig.

según el cual, el hidalgo, da a su mujer «a la ora de casa miento, ante que sean iurados» -es decir antes del acto eclesiástico designado como un «iurar en mano de clérigo» -un *donadio* consistente en un gran manto de piel de cordero, -el viejo manto gótico, -una mula enjaezada., una sierva mora y un vaso de plata. También se ha de tener presente que en otras fuentes se habla con este motivo de la entrega de un equipo personal (116).

Como se ve, aquí es toda.vía el novio quien actúa, -no el sacerdote, -y lo que aquél da representa el equipo personal de una dama.

Es indudable que en el derecho romano se encuentra un símbolo, la *pellis lanata*, que a primera vista pudiera guardar relación con estos pasajes y por ello contradecir su filiación germánica (117); pero en Roma se trata de la piel de un animal sacrificado, sobre la cual se colocan los contrayentes, no de una donación que el marido hace a la mujer.

Si se buscan dentro del mundo germánico las analogías de esta última costumbre romana, quizás pueda encontrarse alguna en el *aettleiding* noruego, donde adoptante y adoptado pisan juntos una parte de la cabeza de un buey sacrificado (rn), llegándose así a la conclusión de que en el derecho romano, -como en el primitivo derecho ario -la celebración del matrimonio, que es un acto jurídico más reciente, ha tomado su forma de la adopción. Pero en todo caso, la *pellis lanata* no tiene nada que ver con aquel manto de piel del derecho castellano. -- Lo mismo debe inferirse cuando en un viejo texto castellano. ;thora. ac:cfisible, se dice: «dio el cu,vaUero en clcsposori is panuos o abtesas (?) e una mula con siella ele dilema. (119).

116) Por ejemplo: Estilo 107; Xaverra I, 11, I.

111) Rossbach: ob. cit., p. 112 y sig.; p. 324 y sig.; sobre la misma forma entre indos y eslavos véase Schrader: Rekl.-Lexikon der indogermanischen Altertumslande, p. 57.

118) Gulath. I. 58. Otra ignificación se encuentra en Pappenheim: Z. Sav. St. Rechtsgesch. G. A. XXIX, p. 310 y sig.

119) Libro de los fueros 241. (También en Farichalar: Historia de la legislación, 11, p. 271).

Posteriormente, una fuente portuguesa habla de que el marido, con motivo de la *benedictio*, da a la mujer, con intervención de fiadores, una cantidad de dinero y diversos objetos de vestir, entre ellos, de nuevo, una piel (119a). Otra fuente, también portuguesa, menciona de un modo general una donación de vestidos del hombre a la mujer con ocasión de la celebración del matrimonio (120). Finalmente, una última noticia del mismo territorio habla de una *vestidura* de la mujer que tiene lugar con intervención de fiadores y que todavía debe considerarse como un acto civil a diferencia del *cobrimiento* y del *iurar r:on* et que deben ser tenidos como actos eclesiásticos --el último de estos con seguridad, y el primero verosímelmente porque aquella eclesiástica imposición del *flammewn* (121) se realiza sin fiadores.

e) Si se toman ahora en conjunto todas estas noticias, resulta que se llega al matrimonio por la entrega de la mujer al marido he ha por sus parientes y por la, investidura de la mujer realiza.ch por el marido. En muchas partes, se mantiene este último acto, durante largo tiempo, separado de la bendición eclesiástica; en otras, ya tempranamente se une a esta solemnidad religiosa. Sin embargo, todavía se puede distinguir, notoriamente, el *fiat mmeum* romano, de la otra forma que es netamente ger-

119<sup>a</sup>) l. Port. leg. T, p. 385, Cintra 115!: homo, qui voluerit, acciperit mulierem per mandatum de suos parentes, det ei in dote sua: 1 fustam et 1 zapatas et 1 cintam et 1 pelle et 1 manto et 50 s01. in fiadorh p'.o b.;nedictione.

120) l. Port. kg. I, p. Bli7, § 7: tod orne, que inoller velada ou arrada (aquí evidentemente existe un claro) e vestidos ou fiadores ou peuos le dere a ela ou a seus parents. -En el § 2 (p. 866) se habla de la donación «en arras e en vestidos» en un sentido figurado, y así se ve que no son precisamente *arras* o *vestido*; lo que se entrega por tal concepto (aquí, en este caso concreto, se dan «12 morabetinos et 2 kafius de trigo et 1 cocino e media vaca e 5 carneros et 1 colodra; < de vino»).

121) l. ned. de llist. portug. V, p. t35. III: gua -da se non for (la mujer) del (del hombre) leedimameut.e casada ou esposada ou ouyer fiadores de vestidura ou o cobrimiento ou illramento con el.

mánica, pues mientras que en el ritual del territorio enclavado al norte de los Pirineos se borra esta diferencia, se conserva aquí, sin duda, durante mucho tiempo, el uso del *pa Umunc* 122).

Esta solemnidad se designa con la palabra *i-ecfibdo* debiendo recordar ahora, que según lo visto anteriormente se califica a la mujer casada como *mulier recabada* y que el marido tiene a la mujer en *cabo ad benedictionem* (123): o sea que la mujer es el objeto del *recabdar* y bendecida *en cabo*; pues bien, si se observa <<lemás que lo que destaca aquí particularmente es el hecho <le que la mujer es cubierta con el símbolo de la investidura. se llega de nuevo al resultado ya expuesto otras dos veces (124): que la palabra *cabo* constituye la designación técnica que se emplea para nombrar el símbolo de la investidura, cm).

2. Pero con lo que llevamos dicho todavía, no hemos estudiado todos los elementos que intervienen en la celebración del matrimonio *gerwáni* <ú; preei,,;amente nos quedan por examinar aquellos (ple moti van -por su interié para la, descripción total de la *wad iation* -el que nos ocupemos en estas pfrginas de la,, solemnidades matrimoniales.

a) Se ha de tornar en consideración a este respecto, primeramente, el hecho de que intervengan en la celebración del matrimonio los parientes de los dos cónyuges.

122) Así, el conjunto puede ver en el Chénun (ob. cit., p. 637 y sig.). Todavía pueden añadirse, en todo caso, las «Mémoires du duc de S. Sínoro» (ed. f. Beuvfl) I, p. 310 y 311, y fV, p. 3. — Véase además mi *Einkleidung* (p. 39 y sig) donde, in duda, todavía no tomo yo suficientemente en cuenta el *Ammewn* romano-canónico.

123) M. Port leg. I, p. 399 (X. 31); p. 838 (N. 36).

124) § 2, N. 107 y sig. -N. 31 y sig.

125) Entre los signos de la investidura no se encuentran aquí ya las axmas que en otros dererhos germánicos (mi *Einkleidung*, página 311 y siguiente) y también en el derecho romano (pues allí muy significativo *hasta caelibari.s* Rossbach, ob. cit., p. 286. J pertenece a este orden de cosas) se usan y <ue lbvau de nuevo el rito matrimonial de una manera particularmente clara, sobre una primitiva adopción.



Por parte de la mujer interviene en todo caso no sólo el más próximo de sus parientes —o sea, ante todo, el padre, — sino la comunidad familiar en general. Estos parientes, dirigidos por el padre o, en su defecto, por el que lo sea más próximo, son quienes otorgan el contrato matrimonial; la prometida es considerada únicamente como el objeto de esta contratación. Esta doctrina, que hemos visto atestiguada tanto por el ritual moroárabe como por el Poema del Cid, se repite en las fuentes jurídicas, remontrándose hasta la *lex visigothorum* (127). Pero como en el

126) avarra IV, 1, 1; IV, 1, 2; así ya la l. Visig. III, 1, 1; prosapire sollerniter consensu comite; IIT, 1, 7.

127) El derecho de la doncella a someter a la consideración de su hermano dos veces una propuesta de matrimonio y a casarse sin consentimiento de éste cuando él rehusa prestarlo, tal como aparece en la l. Visig. III, 1, 8, y que por haberse en normas anteriores iguales en el derecho islandés (según ha indicado ya /emner en \. Arch. XXIII, pág. 377 y sig.) debe pertenecer al tronco escandinavo-gennánico (del E.st.e) no lo encontramos yo más citado como tal, posteriormente.

Pero el derecho del padre a casar a su hija que la l. Visig. III, 1, 2 inautiene como libertad, es recogido en el Fuero de avarra. IV, 1, en el sentido de que la muchacha puede rechazar dos propuestas de matrimonio hechas por el padre <de acuerdo con la familia, pero tiene que aceptar la tercera (ella bien puede desatarse a ella a un hombre, que la procure para por marido, mas el tercero, que ella lo quiere dar por fuerza ha de prender). La disposición presenta el caso de que el novio elegido de la doncella, de la novia, insistiendo el padre de ésta en casarla como doncella, y con ella una comprobación muy dramática, de la doncella, que el novio verifica y que cuando es desfavorable le enfrenta para resistir. Es evidente, sin embargo, que el comienzo de esta ley que habla del derecho de la doncella para rechazar dos veces; al pretente propuesto, no se refiere sólo al caso, precisamente, en que sus padres quieran casarla como tal doncella, siendo el acoplamiento entre uno y otro precepto algo enteramente casual. Se debe aceptar, por lo tanto, que según el derecho español más antiguo la hija puede rechazar siempre dos de las propuestas de matrimonio hechas, por su padre juntamente con el resto de la familia.

Pero este principio general, una analogía grande —y poco casual — con aquel otro que rige en la *lex visig.* en punto al matrimonio autorizado por el hermano, ya que tanto en uno como en otro caso media entre dos propuestas de matrimonio que sólo pue-

ritual eclesiástico se distingue al lado de esta forma matrimonial, el matrimonio con donación de anillo y *iura* recíproca. y en él, según la costumbre romana, actúan los contrayentes de un modo directo como partes contratantes, se sanea también este hecho en las fuentes jurídicas reiteradamente, y poco a poco, a través del derecho canónico, llega a adquirir aquí como en toda Europa. plena preponderancia (128): el matrimonio romano aceptado por la iglesia ha conducido en todas partes a una equiparación jurídica del hombre y de la mujer. El derecho que la comunidad familiar y el pariente más próximo tienen en la esfera jurídica matrimonial del mundo germánico, se protege por medio de un precepto según el cual la mujer que se casa sin consentimiento, así como la que comete un delito sexual, pierde su puesto dentro de la familia y con

den consuegan, se llega a un acuerdo entre la novia y su familia; muy bien pudiera ser, en consecuencia, que estas dos normas hayan guardado siempre perfecta correspondencia en el sentido de que la novia, frente al padre, *podía rechazar* dos propuestas, quedando ligada a la tercera, y frente al hermano podía formular dos propuestas, quedando en libertad de hacer lo que quisiera si sin motivo se las rechazaban. -Todavía la Partida III, 18, 84 da una fórmula según la cual es el padre quien casa a la hija.

128) La Partida IV, 1, 5 y III 18, 85 vuelve a fundamentar el matrimonio únicamente sobre el consentimiento de los esposos, lo cual está enteramente en desacuerdo con la otra fórmula establecida en la P. III, 18, 84 (c. 127) que presupone en los padres el derecho de casar a los hijos. -El Fuero real IV. 10, 8 adopta una solución intermedia: es el padre, propiamente, quien casa a su hija, pero no puede hacerlo ya contra la voluntad de ésta. El propio Fuero Real VI, 2, 6 hace cesar el derecho de los padres a disponer de tal manera de sus hijas por el cumplimiento en éstas de los treinta años de edad. -Cuando la ley 82 del Estilo (otro sí en las penas, que manda dar el fuero por calumnia de ruego casada, esas mismas se entienden por lo que es desposada (por palabras de presente) separa el *casar* del *desposar por palabra de presente*, pero a ambas cosas considera como celebración del matrimonio, significa este *casar*, precisamente, la realización del matrimonio por medio de la familia. -Frente a esto. Alcalá 21, c. 1 de nuevo habla solamente de la celebración del matrimonio ((por palabras de presente:-.

ello su derecho a la herencia. Frente a esto, desarrolla el derecho romano un pensamiento análogo, pero en menor intensidad, permitiendo la privación de la legítima contra la hija menor de 25 años que se casase sin el consentimiento de sus padres; y es indudable que la observancia de aquel precepto germánico no es en España una cosa segura, puesto que por lo menos hay que contar con el hecho de que las fuentes sancionan también la norma romana expuesta. Con respecto a si el matrimonio contraído sin intervención de la familia es o no válido, no se pronuncian las fuentes de una manera notoria.

Por la parte del marido se ve también una vez intervenir a sus parientes, conviniendo ambas familias una reunión en la cual tiene lugar la celebración del matrimonio (13u); según esto, se puede muy bien considerar esta celebración del matrimonio por medio de una investidura de la novia, como una recepción de ésta en la comunidad familiar del marido, que aquí se mantiene en su función con toda pureza, al contrario de lo que ocurre en las transmisiones de inmuebles, donde con el empleo de *fermes* la intervención de la comunidad familiar ha perdido color.

Importa advertir que falta en las fuentes una rigurosa delimitación de esta presencia de la comunidad familiar del novio, y que de ordinario sólo se destaca la situación personal de éste.

---

<sup>129)</sup> Sobre la pérdida del derecho a la herencia, si la hija se casa sin consentimiento de los padres, véase ya la l. Visig. III, 2, 8 y además Zeumer en *Arch.* XXIII, p. 597, donde aduce una parte del paralelo con otros derechos germánicos. Para las ulteriores fuentes del derecho hispánico, véase el estudio de conjunto en: Martínez-Larina: *Enayo...* p. 251, y además usagre 67; *Boletín XXXVII*, p. 409, § 318; *Fuero Real III*, 2, 5. La norma romana según la cual puede el padre desheredar a la hija menor de 25 años si ella se casa contra la voluntad de su padre (lo cual significa que aquélla no es impelida al matrimonio, como ocurre en el derecho germánico) se encuentra en la Part. VI, 7, 5.

<sup>13u)</sup> Navarra IV, 1, 1: los parientes ... <leven aver bonos orobres et prender plazo, o se aplegaran en el plazo. Aveniendose ensemble (es decir, los parientes de ambas partes) los parientes de la esposa demanden arras.

b) Tal y como el Fuero de Navarra describe una vez estos actos, en la reunión que los miembros de la comunidad familiar han convenido, se presentan diversos *fiadores* que son todos ellos *fiadores de (con) coto de bueyes*:

1. De estos *fiadores*, unos son presentados por el novio para responder de que él en el lugar donde las cosas radicaban instituye un inmueble con intervención de *ferme* en garantía del *arra*-palabra que en el derecho español constituye la designación general aplicada a la donación que se asigna a la viuda (*Witlu11i*), no teniendo nada que ver en tal caso con las *rirr* en el sentido de anillo—se debe recordar aquí que se trata de una reunión de los parientes de ambas partes, la cual sólo casualmente podía efectuarse en el lugar donde el novio fuera arraigado. 2. Otro grupo de estos *fiadores* son presentados tanto por el novio como por la novia y responden de que ambos contratantes, recíprocamente mantendrán siempre la firmeza del vínculo matrimonial (132). 3. Quedan otros *fiadores* que también son presentados por el novio y que garantizan a la mujer que su marido no la forzará a que le dispense de estas obligaciones contraídas y afianzadas por medio de un «*ytatr fermes desflas fiaduras*».—Eu la misma fuente.

31) Navarra IV, 1. 1.

is2) Se dispone: esto fecho (o sea: después de la presentación de *fiadores* que se instituyen para el *firmar* del *arra*) de fianza a. su esposo et la fianza que sea de la comarca del esposo, quel terra. por marido et por seynor et que a; eyll et a todos sus compaynos et cosas agoardará sano ec enfermo. Otrosi el esposo dé otra. fianza a eylla., de su comarca deylla, que la. terrá a eylla por muger et por seynora. et que la agoardara a eylla sana y. enferma et a todos sus cosas. E la esposa dé tres fianzas, que sean de la comarca del esposo, assi como sobre scripto es. Et el esposo de otro tal fianza, assi como de suso es dito. —No está claro eu qué relación están estos tres *fünzas* con la *fianza* primeramente nombrada. Es seguro que en definitiva se trata sólo del afianzamiento de la promesa que uno a otro se hacen de recibirse por esposos; pero no aparece claro si este afianzamiento se hace primero por medio de un *fiador* y se fortalece con otros *fiadores*, o si la palabra *fianza* que aparece en la primera mitad del pasaje transcrito sirve para expresar la necesidad del afianzamiento, determinándose después más exactamente que sean tres los *fiadores*.

de todo este conjunto, sólo se mencionan en otro lugar los «*fermes et -fiadores de (J//ra'O>* (t3a).

Tal y como estas noticias están redactadas, no se dice detalladamente si estos afianzamientos se realizan en el mismo momento que la investidura y que los otros actos que figuran en la celebración del matrimonio. Sólo se puede sentar de una parte que a la presentación de fiadores no precede ningún otro acto, y de la otra que con la prestación de la promesa afianzada comienza al punto, el matrimonio. Debe inferirse, por lo tanto, sin duda, que las fianzas se presentan con ocasión de la investidura de la mujer y que esta investidura no se menciona más ampliamente por ser algo natural que se considera, más como costumbre que como una exigencia jurídica. Otras fuentes comprueban esta hipótesis. En efecto, en una noticia portuguesa ya citada se habla expresamente de *fyadore de va:Jitidura* (de la novia) (13). y en otra, de *fiadores pro bimedictiunc* (135) obligando ambas a la conclusión: o de que los fiadores se presentan juntamente con la investidura, o de que su presentación constituye una de las formalidades de la boda.

La distinción entre fiadores que responden de la institución del *l/m* y fiadores que garantizan que los esposos quieren mantenerse como tales, se repite en el fuero de Usagre-Cáceres de manera particularmente interesante. En esta fuente se distinguen junto a los que se llaman *fiailo m de arra8*, los que se presentan como *fiadore; de riepintaia de C momvedi*, o sea unos fiadores que garantizan la obligación que los desposados contraen de mantener entre ellos siempre firme el vínculo matrimonial frente al derecho allí imperante que permitía que este vínculo pudiera quebrantarse por las partes arbitrariamente. Lo mismo exactamente se observa en la familia de fueros de Teruel-Cuenca. (136).

133) Navarra I'. 1, 1 al final.

134) X. I 1.

135) N. 119.

136) Usagre 69: qui uxorem duxerit, det ei in arras et. en vestidos et ea vadas, quanto se aviniere con parientes de la esposa et prenda. u fiadores de arras et por repintaías de C mo. ravelis. Así responden también en "Navarra IV, 1, 1. los fiadores, del re-

Estos *fiadores ... de 100 momvedis* deben ser agrupados por lo demás, con los *fi(l)dorés de (con) coto de bueye* de las fuentes navarras.

Así como en las fuentes hasta, ahora examinadas se aseguran con fianzas las promesas recíprocas que novio y novia se hacen, en otros documentos se garantizan estas promesas por medio de prenda (137).

Al lado de las negociaciones que celebran el novio y su familia con la familia de la mujer -interviniendo ésta, únicamente, como el objeto de tales negociaciones que terminan en su investidura, -median todavía, una, serie de promesas que se contraen directamente entre marido y mujer y que versan, de una parte sobre la cuota, asignada a la viuda --en el sentido de la *Jfor.rJ.engabc* germánica atestiguada entre los visigodos (138) y de otra sobre el posible repudio y abandono.

El hecho de que la *Morgengahe* se designe con, la palabra *lbrra* se explica porque 34uella obligación, no siempre *wadiada*, sería cubierta únicamente por medio de una donación concebida como un *arra*; el marido perdía esta donación si *repudiaba* a la mujer -cosa ésta posible primitivamente; --a su vez era la mujer quien la perdía si *abandonaba* al marido.

•V. JfOMEI\TO:1 EX QUE SVi REALIZA LOS IIVERSO:1 ACTOS QUE CONOU\mIX EN LA CELE!!RACION DEL MATRDIONIO tH:BMA:-:iO.

Tal y como las fuentes se expresan, se concentra toda la efectividad del vínculo en el acto del *i;r,larc* o

torno de la mujer huída. -Ternel 306; rmando praeterea, quod .si forte sponsus post desponsacionem sponsam repndiaverit. vcl sponsa sponsum, fideiussores iilius repudiator is pecten!. 100 aurcos alfonsinos.

<sup>137)</sup> Así i.L Port. leg. I, p. 867, § 7 (N. 120); Boletín XXXVII, página 376, § 66: tod onme, que deviere a su mugej-peynnos de sus arras e qulsiere facer la carta delante concejo de vinna o de campo e lo fccicre delante sus fojos, aya la quita (esto es, puede demandar la restitución de los *pcyno8* si 11, ante el concejo, instituye xalmente la *arra*).

<sup>138)</sup> Dahn: Westgotische Studien, p. 117.

*benedioere*. Ya se ha dicho que en España no se puede reconocer en ninguna parte, que las solemnidades integrantes de la boda originen ninguna relación jurídica, y que en estas solemnidades ni se repiten todavía entre los contrayentes ciertas estipulaciones, ni la *traditio* de la novia.

Es probable, sin embargo, que esta oposición que aquí se observa con respecto a los otros derechos germánicos, sea sólo aparente, ya que en las fuentes poéticas, que describen el acto del matrimonio se dice expresamente que con el *velare* y la solemnidad eclesiástica se concluyen las bodas cuya celebración venía durando largo tiempo, y esto presupone que se habían celebrado a comienzo de la boda las negociaciones de carácter jurídico (13).

En el derecho de Navarra se observa que toda determinación relevante de carácter jurídico, compete a la asamblea, de parientes, a cuya conclusión se produce, directamente, el estado matrimonial. No se descubre aquí ninguna huella de que precedan a la celebración del matrimonio los sponsales del moderno derecho romano-canónico.

Sólo en uno de los Poemas que nos sirven de fuentes para el estudio de esta cuestión, se habla de una promesa cubierta con *homagurn* y *palmata* que los dos esposos se han de prestar recíprocamente antes de la celebración del matrimonio; pero precisamente se observa, en este pasaje, por lo menos como algo presumible, una influencia romana (140). El fuero de Teruel-Cuenca acepta también una *desponsalio* garantizada con *deius* que puede

139) Así se ve en el Poema del Cid, 229 y sig. (N. 112 anterior), y en el Poema de Fernán González (ed. Marden) 682: luego que y llegaron, grandes bodas fezieron, non alongaron plazo. vendiciones prendieron.

140) Poema del... Fernán González v. 681: sy vos luego agora da. qui salir queredes, pleyto e omenage en mi maaofaredeo, que por duenna en el muado a mi non dexaredes, conmigo hendiciones e misa. prendaredes. -La *benedidio* viene mucho más tarde: v. 682. (N. 137).

preceder, considerablemente, a las *nupciae* así como al *contractum matrimonium* (141).

Se llega con esto a una construcción definitiva según la cual en la celebración del matrimonio germánico entre los visigodos concurren dos actos: 1º la *trarbti* de la mujer realizada por sus parientes, y su recepción por el marido y los suyos, a través de la investidura. Cualquiera otra prestación contraria hecha, en reciprocidad, a los parientes de la mujer no es ya reconocible aun cuando es seguro que primitivamente ha debido existir; 2º las promesas que marido y mujer se hacen (142). Estas dos solemnidades aparecen a menudo unidas en un solo acto; pero es también posible que se presenten separadas y que las promesas entre marido y mujer preceda a la *traditio* que por la comunidad familiar se realiza. En tanto en cuanto no se presentan fiadores ni media por lo mismo ninguna *wadiati*?, cancelan aquellas promesas de otra fuerza obligatoria que la que se origina de la mera promesa contraída con *arra* o *palma/a* (143); pero con Lodo, se observa la existencia de unos verdaderos esponsales -en el sentido del derecho moderno- que preceden a la celebración del matrimonio.

Allí donde llegan a estar en vigor los esponsales del derecho romano-germánico en la forma llamada *8/10nsaha die futuro*, deben haberse asimilado a éstos, aquellos otros esponsales derivados de raíz germánica (144).

Por la sujeción, primero, de la población romana a esta forma germánica y por el imperio que poco a poco adoptó la forma romano-germánica sobre la población goda, llega a originarse aquí un derecho mixto.

W) Teruel 307.

H2) Sobre cosas análogas en otros derechos arios, véase l'artsch: Griechisches Bürgerscha.ft.srecht, p. 50. También mi Einleitung, p. 39 (4:3) § 1, I.

143) § 1, I.

H3) Aquí se debe citar la Part IV, 1, . donde entre otras, se concluyen los esponsales de futuro por medio de la declaración siguiente: «fagote pleyto, que se case contigo». Véase también, por ejemplo, la X. 100.



## D. DISPOSICIONES m; ÚLTIMA VOLUNTAD

J. *Bim de ama y mejora*. —I. Al igual que en todos los derechos germánicos, se encuentran también en el español determinados principios sobre la parte del caudal hereditario que, con un fin piadoso, recae en favor de la Iglesia (145). A menudo es un quinto —o a veces un tercio —del caudal relicto lo que se aplica a bien del alma., pudiendo también invertirse en esta finalidad, una porción idéntica de los bienes pertenecientes al propietario que ingresaba en el claustro. Otras muchas veces sólo se observa esta norma cuando el causante ha muerto sin *lingua*; si alcanza a disponer de sus bienes —últimamente sin limitación en mnto al destino que quiera darles, —aquella restricción en cuanto a la porción aplicable al alma, o desaparece de una manera absoluta o cesa por lo menos con respecto a una gran parte de los bienes —quizá. la mitad.

Para comprender la naturaleza de esta facultad. de disponer, es decisivo el hecho de que pueda. ejercitarse en todo tiempo, incluso en la última enfermedad (146).

145) Sobre esta parte *de bien de alma* (Totenteil) que sin razón ha sido puesta en duda por Rietschel frente a Maurer y Brunner, véanse en último término mis observaciones formuladas en «Festgabe für Rudolph Sohm», p. 59 y sig.

146) Iñoz, p. 486 y sig. Escalona 1130: et hominem qui mortuus fuerit e(, parentes non habnerit et cartam fecerit pro anima sua, totum sicuti iuscrit, sic totum pro sua arúma vadat. Si autem mortuus fuerit absque parentes et absque carta quintam partem detur pro eius anima et alía parte dent. ad suas gentes. .L Port. leg. I, p. 602, 1225: Et quaudo transmigraverint, suos averes hereditent suos parentes, qui circa magis habuerint. Et ubi mandaverint suos haberes cum suas linguas, ibi prestant. Et si sine lingua obieirit, suos filios hereditent aut suos parentes magis circum et dent illa tercia parte pro sua anima; p. 617, 1229: qui fecerit mandam cum uxore sua, usque ad medietatem stet; et qui fregerit eam, pectet. 100 morabetinos et 7 palacio. qui obierit subitanea morte dent quintam de sua hereditate et de habere pro anima eius; et suum directum habeat inde ecclesia et episcopo. Teruel 310 (Cuenea IX, 8): quia si inconfessus sive intestatus decesserit et propinquos; habuerit, detur quintum suc collacioni de

Intentemos fundamentar todo esto con un mayor precisión.

omni suo gauato mobili et de bestiis maioribus excepto equo sellario. Tercel 311 (Cuenca IX, 9) : ille etiam qui propinquos non habuerit, si íntestatus vel inconfessus decesserit coUacioni sui ospitu quintum sui ganati mohilis tribuatur ; 81.3 (Cuenca X, 3) : item mando, quod si quis vir(um)I habiendo filios in orfúne intrare voluerit, portet secum quintum de mobili, quod habtierit et non magis. -Brílmeqa X, p. 155, IIL tod orne de Brivega, que mandare por su animo, como lo el departiere, a.ssi preste. .Et si no mandare nada o no muriere con lengua, de el quinto de mueble a; los clerigos de la collacion, doncl fuere. Et el marido pueda mandar a la mugier el quinto, de cuanto ovier et la mugier al marido; p. 166, I: tod orne, que entrar quisier en orden, aya poder <le levar su caballo et sus arlills et el quinto del mueble. Et los otras 1 partes del mueble et toda la rayz finque a sus heredes. -Salamanca, 31: tod orne, que su aver mandar en su salute por su alma, quanto mandar, todo sea estable. E lo, que manda. en eglefia. o en hospitales o, hu quisiere. non lo mande a fijo nin a pariente por los otros desheredar. Eit quien en enfermedat mandar algo por su alma, mande fasta el medio del mueble e de la heredat or su alma non de mays, si non como aquí caze (7). Elt qui non mandar nada, den por su alma el quinto del mueble e de la heredat. 325: et si algun morier sin lengua e non fecier manda, quite los clerigos de l'eglesia su aver con sus parientes mobre e heredade e den la quinta por su anima, la una terci.a en obras de las eglefias et la otra para missa.s cantar en aquella eglefia onde fore y vecino et lo otra en p0\J"8S. Soria, § 29i:f :§l al.g11no muriern sin lengua e parientes oviere, den el quinto de su ganado e non de otras cosas a la collacion donde fuere; et conviene a saber, de qual ganado lo deben dar; así como de ovejas, de bueyes, de vacas et de todas sus bestias, salvo caballo sellario. E,t lo otro todo, que lo hereden sus parientes. Et quien haían J>Oder de levar .el cuerpo a eni;errar, do quisieren. -l<uero real III, 5, 9: ningun home .que habiera fijos o nietos o dende ayuso, que ayan de heredar non pueda mandar, ni dar a su muerte mas de la quinta parte de Rus bienes ; pero si quiiere mejorar a alguno de los fijos o de los nietos, puedalos mejorar en la terci.a p;u-te de sus bienes. sin la quinta sobredicha, que puedan dar por su alma o en otra parte, do quisiere e non a ellos \además Estilo 214). Fuero viejo V, 2, 1: que todo ome fidalgo, que sea mañero seyendo sano, puede dar lo suo a quien quisier o vender. -Vlas de que fuer alechigado de enfermedad acuitada de muerte, de que morier, non puede dar ma.s del quinto de lo que ovier por sua alma et todo lo al, que ovier devenlo eredar suos parientes. :vi. Port leg, I, p. 753 (= pá-gína 867): qui sine lingua morierit, dent el quinto del mobil:."

Ya en la l. Visig. se parte de que se puede legar un.a. quinta parte de los bienes con un fin piadoso (147). En la rrrn,yoría de las fuentes posteriores se puede legar umt quinta parte de los muebles y la tota,lidad de los inmuebles ; pero alguna vez se atestigua que esta facultad de disponer versa sólo sobre los muebles (148), equiparándose a éstos los inmuebles adquiridos, en algunos documentos tempranos (°),-con lo cual se coITespondcn estas fuentes con los principios básicos y generales del derecho de familia. germánico.

En una ocasión sólo el ganado vac.uno precisamente — no el caballar—se sowete a la partición (160); pero esto uo significa que los utensilios personales, y particularmente la espada y el caballo, deban ir a parar sin restric:ción a

pro sua anima; et esto el bispo cum parentes del mortuo **li** dent, o vielen mclior. Et qui mol"ierit. cum sua. lingua. 11sque ad rnedie-tatem mandet de suo aver, si voluerit et presl.ct. Et -si <lemas mandarct, lo dema.s non pre8tet. ---1<;n los doeunrnntos catalanes se encuentra a menudo un derecl.w de la, 1.glesiu, sobre un tercio de los legado"! de muebles. (E.. de Hinojosa: El régimen seño-rial y la cue:;tión agraria en Cataluña. p. 187 y :>ig.).-Que estando enfermo en la cama no se puede disponer de más del quinto, o sea. que toda. dispo ición sobre lo." bieues que sobrepase este limite delJe otorgarse es laudo sano, lo dcchra. el Fuero viejo .V, 2, en los siguientes términos: ningund ome, despues que fuer do-lir.n.te e cave9a atado non puede dar ni maudar ninguna co a de lo suo mas del quinto; ma.<; i el vinier o lo frogereu en s11 pie a conceio o a uso de ygresia e non trog. Loca. vala lo. que ficier. — Análogamente todavía lo.; Fuero de Aragón II, p. 3! a, § 24.

W) l. Visig. IV, 2, 18; IV, 5, 1.

148) Teruel 310 (2! 1. 116); Brihuega p. 15ü, 111 (N. LH); So-ria 295 (X. 1-16); \l. .Port. leg. T, p. 7iJ3 (X. 146).

14H) Fuente;; de la. Historia de Castilla **III**: l:ecerro de Car-deña. (ed. Serrano) 75, 857: of fcrirrus de omai gauat;o mobile et de immobile (obsérvese que *qanatwn* significa en Espa.ña.a. primiti-va.mente lo adquirido como ganancia y el ganado de anima.les, y así queda. atestiguada la relación inseparable entre la comunidad de muebles y la comunidad de lo.; bienes adquiridos); 118, 9t>O: omnia mea quinta, quantum potui ganare vel aplicare; 360, 950: deinde nostram quintam partem, tcras, vineas, que abuit con-parat.as. -Otras veces se deja (por ejemplo 123. 978; 32G, 1030; 345-971) indeterminadamente la *quinta pars*.

160) Soria 295 (N. 146); para el caballo, Teruel 310.

manos de los herederos, sino por el contrario, que este caballo y esta espada, por ser algo que de antemano se aplica al quinto por el bien del alma, queda fuera de la partición general del caudal relicto (11). Sola.mente cuando el causante pertenece a nna. clase social en la, cual su hijo mayor, por serlo, ostenta el título de *barón*, toma. éste para sí el equipo militar, según un texto muy primitivo (152).

Es de una importancia decisiva, el hecho de que -en rigor, sólo posteriormente. --pueda. el causante ha.ccr lo que quiera con la parte de libre disposición, aunque se advierte en ciertas fuentes de una manera expresa, que esta porción no podía aiiadirse -para mejorarla -a la legítima de nno de los herederos ni a la cuota viudal — principio éste que se encuentra en la más aguda oposi-ción con el *md.-orantenludn* de que se debe tratar después (153).

Resulta, en conclusión, que se debía :q)licar al alma la quinta parte de la casa.. El derecho de Cataluña se ajusta rigurosamente a esta norma y al pensamiento germánico primitivo sobre esta materia cuando en una oesión ha,-bla expresamente de una *anima heredifota* (1"4).

U) SaJamanca :32 : todo ome, que pasar de este siglo. man-de por su alma, su ca.vallo o la meior bestia, que ovier con sus ar-mas, o quisicr, e si muere sin lingua. den lo sus parientes por su alma alli, o vieren por bien ; et la mligicr por esto non torne en tercia. -Ca..i literalme11te lo mismn en In?.ditos de liist. portu-guesa V, p. 121, VIII (Guarda). J3rihuega. p. 166, I (X. 146). -Yanguas I, p. 82, 1372: el caballo. armas y joyas. q1rn fueren ofrecidos en la misa, que se dijo, quando mosen Segum de Hadas-tol fué sepelido en el dicho monasterio.

152) Usagre 79: tod omme, que mul'inre, den s1t cavallo et su8 armas a suo filio maiori. Kt si filio baron r10a abirerit dent r;uas armas et su cavallo pro sua anima sine otra particione et alios filios non accipiant- integra.

is:i) ; sí Salamanca 31 (N. 1±6). Fuero Heal 11J, 5, 9 (X 146). Ooust:ituye ya una innovación cuando Brihuega. p. *lii*); III (.Nota 14G) permite que el esposo dé a. la esposa 111i. quinto o cill\ndo. el ll'uero Real IV, 22-, 1 (Soria, § 4fit:5) determina que el adoptante que tiene hijos después de la adopción. puede de\_iar al hijo adop-tivo el quinto.

154) Así E. de Hinojosa.: El r(gimen señorial y la cuestión agra-ria en Cataluña, p. 15t.

2. Aparte de esta donación hereditaria que debía hacerse en beneficio U.el alma del ca.usante, existe otra que este causane -concretamente el padre de familia -podía otorgar para mejorar (*m'liorare*) a alguno de los herederos. Este principio se encuentra ya en la l. Visig., donde se podía aplicar a este fin, primitivamente, la décima parte ele los bienes -no está claro si sólo de los muebles o de todos los bienes en general -y deslmés el tercio; se distingue rigurosamente esta. parte, del quinto aplicable al bien del alma (155).

En el Fuero Real puede destinarse también a mejora, el tercio del total de los bienes, sin distinción entre muebles o inmuebles (156). Otras fuentes atestiguan, por el i:ontra.rio, que esta institución no logró geucralizarse de un modo absoluto (157).

Es decisivo, a este respecto, el hecho de que en las fuentes primitivas se haga efectivo este derecho de mejora sólo sobre los bienes muebles (158).

En una ocasión constituye el equipo miliUtr la única especie de mejora que un padre puede proporcionar al

155) l. \isig. IY, 3. / en las formas recesvindiana y egicaua; además La.coste: Essai sur les *me.joras* dans le droit espa.gnol a.n:c:ien et moclerne 1911 (Bibl. de la fondation Thiers XXHI. p. 111, 121 y sig.) que con justeza ve en estos pasajes la victoria del primitivo derecho germánico sobre la libertad de testar romana que penetra con violencia.

156) Fuero real III, 5, 9 (X. 146); además La.coste, ob. cit., página 197.

157) :blstilo 200; además Laeoste p. 141 y 214 y sigs. --:bln el derecho h ispánico posterior este *meiüramento* se instituye cou pacto fi<leicomisa.rio: véa.se Pfaff y Ilofmann: B.:kurse über osterreieihisches allgemeines bürgerliches Recht. II, p. 287; Cárdenas: Einsayo sobre la historia de la propiedad territorial en España CI, p. 131 y sig.; La\oste: ob. cit., p. 233 y sig.

•08) \axarra II, 4, 8: si el padre ha fillos o fillas et quisiere <lar todo lo suyo a una crea.tura, nol puede da.r, que non puede desheredar a las otras crea.turas; mas del mueble puede dar mas. a una creatura, que o otra o uua pieza o una vina et puede ameiora.r de heredamiento por razon de casamiento. --Fueros de Arar gón I, págiua 242, b, III: ta.roen bene poterit meliorare de mobili unum quen voluerit filiorum aut filiarum aut de una terra "Vel. haereditate uxore ta.roen prestante a..ssensum.

mayor de los hijos. Otras veces se aplica a este equipo al bien del alma, cosa ésta que ya Tácito menciona.. según descubre una justa interpretación (1.5H).

Por último, según varias veces se ha mostrado antes de ahora, podía el testador disponer libremente de la mitad de los bienes, reservándose de aquí un quinto para bien de alma si aquél no hacía el uso de tal porción (160). Ahora bien, si se reflexiona en que un quinto y un tercio hacen un total de siete o de diez décimas partes, según que se cuenta  $\frac{5}{x} + \frac{4}{x}$  o  $\frac{5}{x} + \frac{4}{5x}$ , se entenderá esta última dis-

3

3

posición únicamente en el sentido de que el derecho del causante a legar un quinto para bien de alma y un tercio para mejora, se junta con un derecho general a disponer de la mitad de los bienes (muebles) del caudal hereditario.

3. Si ahora se toma todo esto en conjunto, se observa que posteriormente se debe considerar el *mandamentum in rem* y la porción aplicable a bien de alma como una única parte de un mismo todo. El causante -incluso en el lecho de muerte -podía disponer de una porción de sus bienes muebles aplicándola, parte en provecho de su alma y parte para mejor, de alguno de sus herederos. Poco a poco se extendió esta facultad también sobre los bienes inmuebles -primero sobre los inmuebles adquiridos.

Según alguna fuente, la disposición testamentaria sólo se conserva en vigor durante un año a contar desde su otorgamiento, si contra lo que se espera sobrevive el testador un período de tiempo mayor (161).

La cantidad de que puede disponer libremente el can-

159) Fuero viejo V, 2, 4; además Usagre-Gáceres 79 y La. coste página 153; sobre una vieja mejora lograda en virtud de que el padre deja a uno de los hijos -aunque no precisamente el mayor -el equipo de guerra (*Heergewatc*) versa una noticia contenida en Tácito: *Germania* c. 32.

160) *l. l. Port. leg. I, p. 617, iz. 7*; Salamanca 31.

161) *Brihuega p. 151, IV*; tod orne de J3rivega, que mandamiento ficiere por su anima, si visquiere, ham un año vaJa el mandamiento que ficiere.

sante, asciende en total a las tres décimas partes en la legislación visigoda tardía; si se piensa ahora en que posteriormente se aumenta esto con el equipo militar, se llega a formular la conjetura de que el total que integra la parte de libre disposición lo constituye el tercio que en Cataluña, se designa expresamente todavía como *parte d l muerfo (Totntc:il)*.

Con respecto al derecho gótico primitivo se debe partir -si se fija un *eu Pl H mptzelrnt* nórdico, -de una cuota de libre disposición que sólo asciende a la décima parte del caudal. La l. Visig. I V, 6, 1, lm protegido este derecho godo frente a la invasora libertad de testar romana, pero sin embargo hace la concesión de que pudieran aplicarse a un fin piadoso dos décimas partes de la herencia (162).

162) Sobre el *Hauptzeli11t; 11ún.Jico, l\;o nra;i :Vfa.urer : «Über den Hauptzelrnt ein iger nordgennanischen Flechte" en Alh. 9-er :i\lün-chener Akademie philosophisch-philologische Klasse XIII, 2, pá-gina 211; Vorlesu11gen U, p. 278 y 2G 7; "\. Taranger: «den an-gelsa.ksiske kirkes indflydelse paa de11 norske, p. 2). -Lara, lo suabo, el Stadtbucll de Augsburg (Id. Ohr. Jieyer) 73, § 8. -- l'a,ni. lo sajón: Seiber(.-. : Urk undenbuch mr Landes -uud Flechts geschicht• m11 Westfalen II. X. 719, § H\1. § 161 (Soester :):cllrac); se trata aquí de una posciói umobiliaria, pero de tales bienes que como toda propiedad de inmuebles de la ciudad, es «*tor/aliteiuen*, y así según la vieja concepción germánica, al igual que todo censo, pertenecen a la masa mobiliaria. -Los 12 solidi de la lex Irbariormn 59, 9 han sido ya comparados con el d'cimo de la lex Visig. por mi amigo Xíno Tatmtssia en su artículo eLa, melioratio dei i'iglü (Archivo giuridico LXXXV), pero apenas sobre la base dada en el texto. -La libre disposición sobre la parte personal del cabeza de la casa con respcto a fa comnidad de los nrnables. que ya se encuentra pritnit.ivamp-nlP en todo el derentl o genni11i<"o sobre los bienes. se contiene también en Luitprand 11; y en fl Comed de PietTe de Fontanes 23, § 4 (ed. Jfanüer). -Se trata, por tanto, de un pliro derecho germánico (véase además l'ertile: Storia del diritto italiano, IV, p. 129) que ill duda Halaga a la libertad de testar imperante en el mund\*) romano, postPriormenP monopolizada, por otra parte, por la Iglesia. --In oposición a la tesi8 formulada por Tamassia en su artículo citado, no puedo yo desc11brir en la *mdioratio* nada romano, aunque naturalmente, la expresión *melioratüi* y la ordenación del mejora11iento de un hijo frente a los otros aparecen exactamente*

Se encuentra, por tanto, el derecho español, con estas normas suyas, dentro del gran conjunto germánico, ya que en los derechos del norte, también podía disponer el cabeza de familia., que se encontrase en el lecho de muerte., de la décima parte de los bienes muebles. Este principio, que en el período cristiano se transforma en la obligación de aplicar esta porción hereditaria en provecho del alma del causante -y que naturalmente ya durante el paganismo se empleaba muy a menudo con idéntica finalidad, destinándose continuamente esta parte del caudal a un objeto piadoso, -no tiene nada que ver con la costumbre judía de hacer donación a la Iglesia, de la décima parte de las rentas. que se encuentra en el *dezm. I* eclesiástico del derecho canónico.

En el derecho germánico del sur, es decir, en el de la ciudad de Augsburgo, se encuentra este mismo principio en igual proporción. También en una fuente muy primitiva de Westfalia, en el *Sotcrkecht*, se habla de esta cuota constituida por la décima parte de los bienes, pero en el sentido de que se trata de una cuota de libre disposición que el causante, en su última enfermedad, podía legar no sólo para que se aplicase a un fin piadoso, sino también a un fin secular.

De una manera semejante se encuentra también este mismo precepto en la *lex Ribuariorum*, donde se establece una cuota de libre disposición que comprende la cantidad de doce sueldos, suma ésta que ha, y que consideramos como la décima parte de los ciento veinte sueldos a que ascendía

en la práctica romana. Cómo nace en Alemania posteriormente la limitación de la parte de libre disposición -casi siempre testimonial -sólo ha. ta, *if Nolidi* (por ejemplo : *Mon. Herm. constitutiones et acta publica imperatorum et regum I, 227, 1165*) no se puede seguir aquí más ampliamente: yo quiero sólo indicar que, con estos cinco *solidi* se representa el valor del vestido y de todo el equipo personal, que es lo que ante todo sirve para bien del alma: es decir, que en este caso la parte de libre disposición la constituye una cantidad todavía más pequeña que el décimo, o sea la parte personal del causante en la comunidad mobiliaria familiar.



el *wergeld* primitivo, y que equivale a su vez al caudal normal de una persona. -En otras fuentes se permite que el cabeza de familia (*Hantsvaiür*) disponga por actos de última voluntad de toda la parte que le corresponde, en la comunidad mobiliaria (*llobiþmrgemeinschaft*): así ocurre en los derechos longobardo y franco del noroeste.

Resulta, por consiguiente, del examen de todas estas fuentes, una imposibilidad general de disponer por actos de última voluntad, o de la décima, parte de todos los bienes muebles, o de toda la parte que al causante pudiera corresponder personalmente en la comunidad mobiliaria. Quizás estos dos principios deban entenderse en el sentido de que la décima parte de los bienes se aplica a la erección de la sepultura del causante, aunque sobre ello no medie disposición particular, mientras que la parte correspondiente al causante en la comunidad mobiliaria sólo deja de aplicarse al heredero legítimo cuando aquél dispuso otra cosa. Es también posible que, por el contrario, sea esta última porción hereditaria la que se invierta en la erección de la sepultura y en la finalidad religiosa que de aquí deriva, y que en (ambos) la décima parte de la totalidad de los bienes pertenecientes al causante se invierta en una finalidad secular, particularmente en la mejora de alguno de los hijos. O sea que la Iglesia percibe en todo caso alguna de las dos porciones hereditarias referidas cuando falta la donación usual-instituida con un fin piadoso.

II. *Adopción*. -- La segunda institución que en la práctica debía producir efectos hereditarios, es la adopción. Dejando a un lado lo relativo a la *bien de alma* y a la *renjora*, sólo se puede producir en el derecho español una modificación de la sucesión legal por medio de un acto jurídico que en los documentos de la época se designa con las palabras *pro filia#o*, *ahijamento* y otras análogas. Según la mayor parte de las fuentes, esta adopción sólo es posible cuando el causante no tiene hijos, principio éste, que se remonta a la l. Visig. (163). Cuando también al

---

163) Boletín XXXVII, p. 415, § 057: otrosí ome villano, que no oviere hijos o otros parientes cercanos, puede, si quisiere, afi-

padre de familia se permite la, *;rofilatio* (iH) hay que ver en esto una influencia romana al igual que cuando se asigna al adoptado que concurre con otros herederos abintestato, 1:1 cuarta parte del caudal rdieta (m). s indu-

jar a otro villano; p. 429, S 475; otrosi si el infanzon lindo a otro quoaquier no oviendo fijos con firmauza de la vezindat puede a otro infanzon afijar dando de su8 bienes a sus parientes mas cercanas por reconocimicnto. E' taj t'ijo puede heredar todos los bienes assi como si luer de bendicion e es tenido de pagar todos sus deudos. Fuero viejo V, 2, I (N. 4,6). M. Port. leg. I, p. 801: todo homme, qte filia o filio oviere, uou aia poder de fazer filio aieuo. -Soria 456: tod omme o toda mugier que aya edat e non ovier fijo o nieto o dent ayuso legítimos o otros de soltero o de soltera puede recibir por fijos a qui quisiere; concuerda con :esto el Fuero Real IV, 2,2, 1. -Navarra 111, :3, 3 testimonia que la disposición normal de bienes por última voluntad en beneficio de un *e;vtrancus* se realiza mediante un *afillar* que debe realizarse estando sauo; con respecto a los villanos, choca esta *afilatio* con el derecho del Señor al legado de los mueoles del villan,o.-El otro lugar instituye el mismo cuerpo legal el afillamento y la compra, el uno al lado de la otlá como los dos medios básicos a través de los cuales se pueden transmitir hereditariamente bienes inmuebles. -II, ff, 6: en la lleredat del i'ida.lgo, que el rey sea tenient •POJ: quereylla, que aya de eyll..., nin <leve valer afillamiento nin compra., si non por far fortaleza; III, 11, 1: se pttede una «hcnedad. üaben por natura. (abintestato) o por afillamiento o por cornpr>.  
-- Como se ve, corresponde este *afillruniento*, notoriamente y de uu modo general con nuestra disposición de bienes por actos de última voluntad, pero este supuesto no se describe más exactamenk en este texto jurídico. -Que sólo los qnc no tienen hijos pueden clispolier de sus bienes por acto de última voluntwcl a favor de nn *e:rtrant.i*, lo dice ya. Ia l. Visig. IV, 5, 1.

<sup>16</sup> ) Fueros de Aragón I, p. 281), a, II: omnis horno, rmiscumque 00nditionis sit, licet habeat filias legítimos, potest. inter eos constitucrc filium adoptinun, qui post mortem pat'is tenebitur aequaliter cum legítimis ad omnia debita solvenda et cum eis t.w -quam legítimus sortietur. -YPase l.ambién la. Part. IV, 16. de con-tenido puramente romano.

16<sup>o</sup>) Soria tGO: conviene a sa.ber que foere recibido por fijo devc heredar la qua.rta parte de los bienes de a.qui que lo recibio por fijo tan bien de mueble como la rayz e non mas. — Fuero Real IV, 22, 3: mandamos que ... herede la quarta parte de sus bienes e si manda ficiere, nou le puecla t.oller la quarta parte e las t.res quartas parten liereclen s lts parientes mas prolpuiquos.

dable, sin embargo, que incluso en el mundo germánico, aquel principio que sólo permite la adopción al padre sin hijos, se ha de entender únicamente en el sentido de que los hijos podían oponerse a la adopción; si no se oponían el acto permanecía válido <sup>(166)</sup>.

En su forma puramente germánica, podía emplearse la adopción tanto con respecto a los bienes inmuebles como con respecto a los muebles (is\*), mientras que el legado *pro bien de aJ,ma* y la *mejora*, sólo sobre éstos últimos podía recaer en los primeros tiempos. Interesa advertir con este motivo que al igual de lo que ocurre en la *adfatimitio*

---

— Como se ve instituye la *qu. artu divi Pii*, dentro de un sistema por lo demás germánico.

<sup>166</sup>) Así JI. Port. ch. J lii, 1046 (nota siguiente). Bol. XXXVII, página 430, § 481: declara válida una disposición «si consintierq»n a la cavezaleria los que podrían contradecir».

<sup>167</sup>) Así Navarra II 5, 6; III, 11, 4: (N. 163); además Llorente LIT, p. 365, HHO: quedam domina nomine J\Iassuara de .Mutilari, mea consanguínea, cum non haberet filium neq\_ue filiam, placuit sibi, ut me acciperet, in filium adoptivum et dedit mihi totam suam lieredít,atem et omnia, que sua esse videbantur, ut essent mea., sicut res patris debent esse de filio; et dedit mihi fidiatores... (siguen de ocho a nueve nombres). -Becerro de Cardenas: H7, 9:17: Muestra el testamento -en punto a los inmuebles -concebido como una *profiliatio* (hoc est profiliationis vel testamentum, quem facere clecervimus); 351, 950: profiliatione vel traditioe ad ecclesia; 313, 910: Ego Ositia... facio profiliatione cum tibi .Maria sororem in mea ratione, que abui diviso de meos parentes in domos, terras et vineas, in ortales, in kasales, etc. -M. Port. ch. 191, 1005: ut faceremus vobis Froila Guodosalviz cartulam donationis eu inprofiliationis de monasterio nostro proprio; 270, 1031: ut facere vobis textum scripture et profiliationis vel benefactus simul et firmitatis de ipsa ecclesia; 315, 10H: ideo veni nobis in voluntatem, uti faceremus a vobis sobrino nostro Gonsalvo Raurpariz cartula profiliationis et benefactionis de omni nostris hereditates, que avemus de avolengorum et parentum nostrorum, simul et nostras ganaciones; B28, 1043: placuit mihi (una mujer que tiene hijos) bona pacis voluntas, ut faceret tibi affiliata mea Lcmpepe sicut et facio cartula donationis de omnia hereditate mea; i\15, 1010: placuit nobis... ut faceremus tibi Murria cartula firmitatis et profiliationis de 3a parte de omnia mea hereditate... :I.Jás (documentos pueden verse en Cárdenas: Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España T, pág. 367 y sig.

franca se observa en España desde muy pronto una tendencia a emplear la adopción como medio para instituir un legado testamentario de algunos bienes, y que esta tendencia se fomenta fácilmente porque según ciertas fuentes, en caso de *præfiliatio* debía restar a los herederos naturales una parte de la herencia (16).

El último fundamento de esta contaminación entre la adopción y el legado testamentario debe descansar en el hecho de que en España, como generalmente en todas partes, se consideraba jurídicamente la donación de una cosa como un acto *inter vivos*, pero con el rigor de un *mancipatio*. frecuentemente, debía tal donación producir sus efectos como si se tratase de un acto *mortis causa*, incorporándose entonces semejantes donaciones a los actos de *præfiliatio* por consideraciones económicas.

Finalmente, en punto a los requisitos de forma que concurren en la adopción se ha de hacer constar que, al igual que hemos visto sucedía en las transacciones de inmuebles, se exige un *firmamentum* (169), o más exactamente dicho, una *firmanza de la 'vez'ndat* (170). Guarda correspondencia con esto, el hecho de que en el momento de las firmatas se determine que la adopción se ha de realizar en domingo delante de la Iglesia parroquial y debe ser confirmada por el *colu.icio*, como se exigía también en la transmisión de inmuebles (171).

En una ocasión intervienen a este respecto nueve *fidejutores*, y este número indica que, mirándolo bien, se le debe considerar como *firmatas* (172). Y así como todo esto es en las transmisiones de inmuebles, solamente el marco externo

(168) Boletín XXXV II, p. 129, § 47ii (C. 163). También las formas romanizadas de las notas 111-1 y 105 anteriores pueden tener una tal base germánica.

(169) M. Port. ch. 270; 34.5 C. 167).

(170) Boletín XXXVII, p. 429, § 17ii; (C. 168).

(171) Usagre 104: *tot o. me que quisier fido o fia, fagaulos exida de ruiſsa ma. tinal in die domingo o sabbado dietas vesprnas en la. collacion onde foren vezinos et otorgueulo por conceio die domingo.*

(172) Llorente 111, p. 3f5ti. 1040 (C. Uii); „(anc la.; X. H y siguiente anteriores.

de la investidura, a través de la cual se realiza en último término la transmisión -primitivamente la transmisión de bienes en general, -así se repite, esto mismo con un color partimlar, con motivo de la adopción; y al igual, también, que sucede en la celebración del matrimonio, se mete al adoptado en la manga de un manto de piel -es decir, en aquel vestido que en el siglo v se encuentra en el reino de Tolosa como un traje nacional -poco conveniente para el Sur, -de los nobles godos (Irn).

III *Ejemplar de testamentos (cabezalarii, gadiatores)*. -En múltiples concepciones se habla de una manera enteramente borrosa de una disposición o determinación sobre los bienes [*estis, destin, manrla (manáamentum)*] -de un *testamentum* del causante en el cual se instituyen intermediarios que se designan con nombres diversos. Unas veces se les llama *demosinarii* o *Inrmumidgore'*, lo cual quiere decir que tienen -que repartir la manda del causante y que se trata de una manda que se hace para bien de alma -de aquí la palabra *clemosinarii*. Otras veces se emplean las expresiones *alvocati, fiadores, & pondalarii (spondarii), cabezalarii y capitales*, como designaciones técnico-jurídicas adecuadas a estos intermediarios encargados de ejecutar la voluntad del causante en cuanto a sus bienes (174). Es de la mayor importancia el

173) En España, como en Portugal, se ha difundido el siguiente proverbio : «hijo ajeno, metele por la manga y salirse ha por el seny» (iñfaldez l'idal : Romanía XXIX, pág. 3H6). -Sobre esto versa la noticia que Jñenéndez fidal (La leyenda de los infantes de Lara, pág. O y sig.) ha publicado : ((e entuence lo tomo e lo metio por una manga de la piel e sacolo por la otra, segunt que era costumbre en aqtle tiempo de tomar los fijos adoptivos», (véase mi *fünkleidung*, p. G9, X 1). - - Sobre el uso de vestidos de pieles entre la aristocracia goda -cosa esta que no es propia del clima del imperio franco del sur y que, por lo tanto, se ha de considerar como costumbre primitiva -véase Sidonii Apoliinaris epist. I, 2, § 4 (M. G.erm. auct. lntiqu. VHI, p. 3, Z. 10) : *pellitorum turba satelliturn, ne absit. admittitur*.

1u) Jarca app. -n. 61, 911; nos simul in ur. um Idelkerus episcopus Garsendis comitissa, Suniarius comes et marchio, Ermniru\$ vicecomes, qui sumus elemosynarii de Vvifredo comite ... dum iaceret. praedictus comes in lecto aegritudinis mortis stlae -praecipit uobis, ut donare fecissemus. 98, 961: ego Bcllus presbyter

hecho de que en el territorio gótico del norte de los **Piri-**neos se emplee a este respecto la palabra germánica *gua-*

et Suniarius et item alius Bellus et Atto, qui sumus elemosyn. airij vel manumissores vel advocati de condam Ava comitissa, donatores sumus ad domwn sancta.e ecclesiae Elenensis. -Villanueva X, .pá- gina 300, Urgel 1030; in eorum .(en la Asamblea de la gente principal) praesentia testificent testes prolati, quos proferunt homines nomine Seniofredus sacricustos et Willelmus Ardman et Eúman Miro et Raimundo Geircicio et Geirald Miro ad comprobendam. elemosina.rn... Ahora se ponen los nombres de los testigos y esto dicen: de presente eramus ad eadem ora, quando volebat Ermen- gandus prefatus (el testador) pergere ad limina. beati Jacobi apos- toli, sana mente et memoria integra. Et tune nos videntes et a.u- dientes comendavit vel iniunxit omnem suam elemosina.m ad istos suos supranominatos elemosinarios quod, si de eo aliquid conti- gisset, sicuti et fecit, antequam alium testamentum fecisset, isti sui elemosinarii (posteriormente manumissores) plenam potestatem abuissent omnem rem suarn adprehendere et dare pro animalln suam... (pág. 306): nos rnanwnissores sumus et similiter iuramus atque infra 6 menses, sicut in lege est constitutum, eventilrure curavimus. XVI, p. 190, Lérida 1228: valet cum manumissoribus et sine man missoribus testamenturn. -Muñoz, p. 461, Calatayud 1131: qui fuerit fidiator de rmandamento, post medio anno non respondeat. -Salamanca 104: fiadores de mandamiento, si fasta medio anno non lo prindau, salga de la fiaduria. -Fueros de Ara- gón I, p. 181 b, arriba 1247: in quibus testamentis spon.dalarii debent conscribi, qui cabe9alarii seu rmanumissores ab aliquibus, nuncupantur, cum quibus debet et potest probari, utrwn falsurn vel verum contineat testamenturn; I, p. 210/41, 1247: super tes- tamento facto ab aliquo et postremo sine carta tamen spon.dala- riis convocatis eorum stabitur testimonio... Istud valeat iurantibus testibus et spondalariis omnibus, qui praesentes fuerunt et possunt haberi; p. 230 b, II, 1247: si testator decedat in eremo, creditur super testamento duobus spondalariis, qui sint 7 annorum aut ul- tra... Secus tamen est in loco populato, quonia.m sunt necessarii 2 vicini legitimi cum capellano loci, si valeat interesse; II, p. 101 b, III, 1247: de spondalariis vel cabe9alariis aut testibus, qui eos fecit, sive constituit, qualicumque loco facit eos, ibi hal:>et se iuvare de eis; et si sunt al.terius regni non potest se invare de eis, nisi in medianeto. -Navarra III, 20, 2: si yfa.nzon fuere enfermo et estina;, ombres estando muytos en aquell logar, maguera que oyen el su destin, non son' cal:>ezaleros sino aquellos a quien dize ¡xir nombre: setme cabezaleros; III, 20, 4: et faze (el enfermo) escri- vfr en la carta del destin los cabezaleros. Sí por aventura cerca su muert viene otro, que quiera enbargar s.il destin et lo contraria, dont aqueillo g cabeza.leras otorgando, <leven probar con aqueyll

*diator* <sup>(175)</sup>, como lo es gualmente que el acto de otorgar el testamento se designe con la frase *gadium facere* <sup>(176)</sup>.

destin. -Ahora se describe como testimonian los cabezaleros. III, 20, 7: por estas cosas en estos logares si estinare, deve valer el estin. Et si podiere aver, los cabezaleros aya de su tierra et si non podiere aver de su tierra aya daquell logar, o fezo el de-stin ; página 148, c. 2 (1330) : segunt fuero antigo como todo **fido** delviessse estinar seyendo en su heredat et no en otro logar, salvant en ziertos casos, et los cabezaleros et los testigos devuessen ser de su logar et de su condicion ... establecemos etc. -Yanguas I, página 439 : en ,(et) si filii sunt parvi et pater eorum ad obitum suurn fecit cabezaleros, illos cabezaleros possunt partire et dare firmos si volunt et etiam vendere et inpiagnare hereditatem... Et si venerit ad obitum mortis et facit iude donativum de hoc, quoc illi pertinet, non sunt ibi firmes necesse, sed solummodo cabezaleros; et cabezaleros non debent iurare sed dicere domino et suis animabus «nos audivimus et vidimus hoc donativum facere» et si non sunt ibi cabezaleros, capellanus parochiae valebit. Et si est casus, ut mulier aut homo sit fortuito ad obitum districtus, et non erunt ibi homines )'.leque capellanus, si sunt ibi due mulieres legales, vale bit illorum testimonium quem de cabezaleros. *Et* si aliquis moriatur in heremo loco et erit ibi unus homo aut una femina, valebit testimonium, quemad modum de cabezaleros. -Boletín XXXVII, p. 30, § 841: En toda manda de destin, que fuere fecha de mueble o de rayz sin fiador de salvo o de redra, valda por fecha, sí sus cavezaleros fueren poderados por mandamiento de destinador o si consentieron a la cavealaria los que podrían contradecir o si pusieron eyllos parte de los bienes segunt quel destinador mande. -Fuero viejo V, 3, 5: los cavezaleros hacen la partición de la herencia. -T'ruel 337: et si forte aliquis heredum sive orones testamentum negaverint, firment capitales, ut forum precipit et credantur; sed ad repturn nou respondeant crupitares. Capitales vero ad testificandum (evidentemente hay que suplir *sufficiunt*).

<sup>175)</sup> En el país del Norte de los Pirineos se repite la designación *spondarii* ; así Coutumes de Toulouse (ed. Tardif) c. 6: tutor testamentarius, qui vulgariter appellatur spondarius, non repellitur ab administracione negociorum pupillorum; c. 40 testimonium spondariorum in bonis, in quibus fuerunt spondarii constituti non valet, dum tamen eorum testimonium spectet ad commodum eorum spondariorum ; análogamente 42, 49; 82, 83. La equiparación de guadiatores y spondarii se encuentra en Vaissete, Hist. de Languedoc VIII, 413, 1, 1249: arbitrio commissariorum nostrorum, qui guadiatores seu spondarii vulgariter appellantur; además mi Einkleidung p. 37, N. 96, donde se encuentran ejemplos referentes a Borgona. -También se encuentra la palabra *ga-*

2. Si se examina esta institución en cada una de sus características, se observa que muy a menudo, el nombramiento de estos ejecutores de la voluntad del causante, se liga con el acto de disponer de los bienes que se otorga precisamente en la última enfermedad (<sup>177</sup>), a tal punto que en una ocasión se hace depender la validez de esta disposición de la intervención en su otorgamiento de tales *cahe-awos* como quiera que se les designe (<sup>178</sup>); y si se nos considera, por otra parte, que el enfermo puede disponer en los primeros tiempos sólo de los bienes muebles, resulta que la institución de un tal intermediario es en estos casos la forma utilizable por un enfermo de muerte para disponer de los bienes de referencia.

Otras veces, el nombramiento de un tal ejecutor no implica sólo una disposición de bienes *m'rti. ca·isa* (<sup>179</sup>), sino que constituye, ante todo, una manera de disponer, incluso de los inmuebles, por medio de una orden cuya ejecución se confía al albacea, razón por la cual no son llamados a intervenir los *fernes*, que de no ser así, por tratarse de una disposición en punto a los inmuebles, serían necesarios (<sup>180</sup>). Precisamente versan sobre bienes inmuebles la generalidad de los documentos que se nos han conservado sobre estas órdenes de disposición de bienes ejecutadas por intermediarios. Así se ve intervenir a éstos en las dos maneras de disponer de los bienes por actos de última voluntad: en el legado *are* bien de alma y en la adopción.

---

*diatores* en el derecho de Montpellier-Carcassone (Giraud, Essai sur l'histoire du droit franc;ais en moyen age I, app. p. 66) c. 85: *sed puella, quae nunquam habuit virum, non possit nubere sine consilio parentum suorum vel cognatorum vel gadiatorum; adiernas c. 7* (Giraud I, app. p. 76): *si deinceps aliquis habens infantes inpuberes in testamento suo gadiatores aliquos fecerit, illi gadiatores intelliguntur esse tutores illorum infantium impuberum.*

18) Montpellier, § 12 (Giraud I, app. p. 51): *unaquaque persona potest facere gadium de suo iure.*

<sup>177</sup>) Marca, app. 64; Fueros de Aragón I, p. 230 b, II, 1247; Navarra III, 20, 2; Yanguas I, p. 439 (N. 171).

<sup>178</sup>) Navarra II, 20, 2; III, 20, 4; Boletín XXXVII, p. 430, § 481 (N. 174).

m) Villa.nueva X, p. 300 (N. 174).

<sup>180</sup>) Yanguas I, p. 439; Boletín XXXVII, p. 430, § 481 (N. 174).



En una ocasión se ve a estos *cabe9aleros*, actuando como >testigos en punto al contenido de una disposición de última voluntad, pero con tales caracteres que no se les confunde, sino que se les separa de los testigos propiamente dichos que intervienen en el mismo acto (181). Ya este último hecho acredita que su función primitiva y esencial no fué la de testificar, confirmando de una manera decisiva esta conclusión, el que obtengan los *cl,he9aieros* una plena potestad sobre los bienes del causante no sólo para realizar la partición de la herencia, sino también para "transmitir los inmuebles en la forma ordinaria, es decir, con intervención de los *ferm .s* (182). -En el territorio enclavado al Norte de los Pirineos se les concede también autoridad sobre los menores y las hijas de la casa (183).

En alguna de las fuentes, se vincula directamente la disposición testamentaria con la persona del albacea y, en consecuencia, se anula aquélla si el albacea perece antes que el testador (184). Es exigible a estos *cabe9aleros* J responsabilidad por el cumplimiento de su misión, pudiendo ser demandad'os al efecto (ts!i); en una serie de

---

181) Villanueva X, p. 300 ·contiene esta distinción; aquí hay que citar también a Teruel 337, según el cuaJ los *capital es*, en verdad bastan para prestar testimonio pero no están coloados entre los testigos. Ambos pasajes pueden verse en la IL 174. En los otros casos de las N. 174 y 175 no se distingue ya entre testigos e intermediarios.

182) .Marca app. 64, 98; Villanueva p. 800; Yanguas 1, página 439; Boletín XXXVII, p. 430, § 481; Fuero viejo V, 3, 5 (S. 171); también Xavarra III, 20, 6.

183) N. 175.

184) Navarra III, 20, 9: Et si estos cabez<lleros mueren antes, que digan el destin o non ficieren carta., el destinamiento es perdido; ::\forlaas 238: et si les ordenern son rnortz, no podin seguir los hereters, si a lor ac an audit diser dequero, que audit an diser.

185) Navarra III, 20, 2: el yfanzon (evidentemente hay que borrar la palabra *enfermo*) a quien destinó lo suyo, sil veniere alguu embargo, que haya mester provar el destin, inbie pos aqueilloo cabezaJeros, que disieron de si, et provc con a lueil.los cabezaJe-ros al plazo, quel avrá prova<lo, et si faylliere alguno, que non vienga.. et prende est algun embargo, prende daqueill cabezalero et fagaJ

fuentes se limita la duración de esta responsabilidad a un plazo de seis meses a contar desde la muerte del testador (186), y esta limitación comprueba que el *cabe9alero* no responde de evicción al adquirente de un inmueble perteneciente al caudal hereditario -cosa que por lo demás se desprende también del conjunto de los documentos, -ya que para una tal responsabilidad. el plazo de medio año sería insuficiente.

Todo lo que acabamos de exponer se encuentra ya, fundamentalmente, en la l. Visig., aun cuando aquí se estructura esta institución de manera vaga y desordenada, en los linderos del derecho romano. En esta legislación se habla simplemente de *testigos del testamento*, sin quearezca una diferenciación entre el ejecutor testamentario y el testigo propiamente dicho; pero ya se impone a estos testigos de testamento la obligación de notificar este testamento a los herederos testamentarios dentro de un plazo de seis meses (181).

Se desprende de lo dicho, que en España el albacea puede ser nombrado frente a toda clase de herederos: frente a los que lo sean abintestato como frente a aquellos otros que lo sean por la adopción, aun cuando en la forma, éstos últimos figuren también como herederos no testamentarios.

Igualmente se infiere que este ejecutor testamentario no responde como un fiador del cumplimiento de ninguna obligación, siendo por tanto de la mayor importancia para comprender el primitivo concepto del fiador español -y este es el motivo de que esta institución se describa aquí tan detalladamente, -el hecho de que se designe sin embargo al ejecutor testamentario con las palabras *fidiator*, *fid ius:or*, *spondarius*;s, *spondalarius* (<sup>188</sup>).

dar la pérdida, que ha preso por mengoa que a eyll non podió aver; III, 20, 9: según este pasaje podían los herederos testamentarios demandar a los *caezaleros* sobre exhibición del testamento.

188) Villanueva X, p. 300; Muñoz p. 461; Salamanca 104 (Nota 174).

181) l. Visig. II, 5, 12. En el derecho romano no tiene este plazo ningún apoyo; véase Zeumer en N. Arch. XXIV, página 116 y siguiente.

<sup>188</sup>B) N. 174.

El empleo, a este respecto, de la palabra *adi:ocatus*, designación que todos los derechos germánicos han tomado al idioma latino para nombrar al representante privado, nos pone sobre la pista del verdadero concepto de esta institución (189).

Pero la que tiene un relieve decisivo es la palabra *cabero;alero*, pues según lo expuesto con respecto al sentido de *cabo* (190) no puede significar otra cosa sino que el ejecutor testamentario ostenta el *cabo* del causante. Y ya hemos visto en otras ocasiones que esto — como sucede siempre en el derecho antiguo — no se ha de entender como algo metafórico, sino que debe ser aceptado en su significado real: es decir, que el llamado *cabeiro;alero* lo es porque ha recibido una señal que simboliza la persona del testador y que debe consistir en algo de su equipo, quizá, ante todo, en el bastón o en el armamento. — De este modo se corresponde esta institución con lo que dispone a este respecto la l. Salica, según la cual, al ejecutor testamentario — que aquí, sin duda, no se instituyó sólo por la parte de libre disposición, — se lo entrega una *festuca* (191).

La justeza de esta conclusión se corrobora con lo dispuesto en otras fuentes. Así ocurre con documentos del territorio nordeste del Imperio godo, donde se designa al testamento con la palabra *wadiltm* — lo cual implica el empleo de un símbolo, particularmente del bastón, — y donde se presenta al ejecutor testamentario como a un *wadiltor*, es decir, como aquel que recibe la *wadia* (192).

Además en Aragón, Cataluña y en los territorios lindantes con éstos del nordeste de los Pirineos, aparece la palabra *captala?iu*, en el sentido de criado, procurador, mensajero (193) y ya hemos visto anteriormente que por lo menos

189) N. 174.

190) § 2, N. 118 y sig., § 4, N. 30 y sig.; N. 123 y sig.

191) l. Salica tit. 46.

192) N. 175, 176.

193) Los documentos están reunidos en mi D. fr. V. G. I, página 295, N. 36; véanse los pasajes tomados de la desaparecida compilación de Vitalis de Huesca, que publica Blancas: Aragón, rer.

el criado del príncipe, como el de un particular, recibe en el mismo territorio la designación de *bastonarii* (19). Todo esto nos lleva, de nuevo a la conclusión de que el *captahriu* ha recibido un bastón del Señor y concuerda con el sentido de la palabra *cabzalero* anteriormente examinada.

No supone, por tanto, la institución de ejecutor testamentario, otra cosa que el nombramiento de un representante, de un mensajero, de un administrador; y como no implica una transmisión de bienes a su favor, tampoco es necesario que se otorgue su nombramiento ante la asamblea integrada, por los vecinos del lugar, como sería exigible si se tratase de una verdadera enajenación.

## R CONTRATOS DE PAZ,

I. Después de la comisión de un homicidio y de otros delitos (19°), se llega a un estado de paz si el querellant

---

comm. in Hisp. ill. III, p. 729; además, todavía, Villanueva XVI, página 171, V: rursus faciunt nos francos et immunes et merces et mercaturns nostras et omnia bona nostra et familíam et captalarios ac nuncios nostros. -Hay que advertir, sin embargo, primeramente que no se puede tornar por base (como yo he hecho en mi D. fr. Y. G. II, P. 337, N. 62) la versión del derecho de Oarcassone-1\lontpellier c. 83 (Giraud I, p. 65) que se encuentra en Ducange II, pág. 151, pues es notorio que el *raptalarius* sólo debe pagar *le.da* en tanto en cuanto le pertenece la cosa o la ganancia; el *curiae adquisiturn* que se encuentra en Ducange en lugar de la versión *tune* de Giraud es evidentemente una equivocación fácilmente explicable, como otras de la misma índole nacidas en el Glosario de Ducange. La *curia* no se puede confundir, por lo tanto-como yo hice en mi D. fr. G. I, p. 337, aunque rectifique con posterioridad (it. V. G. I, pág. 60 y sig.)-con la asociación de comerciantes. Además me he equivocado también al agi-upar conjuntamente al *captalarius* con el *cnpiularius*, ampliamente difundido; filológicamente es imposible esta identificación, pues *ci.pitularius* no puede llegar a ser *cnplalarius* o *cabzalero*, sino que partiendo de aquella palabra debería decirse *cabdolero*; esto aparte de que no existe ninguna relación entre una institución y otra.

<sup>194)</sup> § 2, N. 83.

<sup>195)</sup> Hinojosa en Zt. Sav. St. G. A. XXXI, pág. 327

que ha desafiado al homicida ante toda la comunidad familiar, le saluda o le besa; este homicida, a su vez, se convierte en hombre del querellante, es decir, que le presta un *homagium* (196). La significación del beso y del saludo resulta clara sin más explicaciones (197). El *homagiurn*, en cambio, no significa, como se ha sostenido (19s), una compensación por el homicidio, puesto que se presta no sólo por el homicidio, sino por cualquier delito en general. Ya hemos visto antes que los meros contratos privados podían también ser cubiertos por medio de un *homagium* (199); pues bien, lo que ya allí era notorio se reitera aquí de un modo directo; el quebrantamiento de una tal promesa cubierto con *honio.gium* constituye una *pro.litio e<sup>00</sup>* y es, por lo tanto, digno de muerte (20t). En una ocasión (m) el homicida

196) Muñoz, p. 442: *ledinaceli* (=Zt. Sav. St. XXXT, p. 327, N. 1; M. Port. leg. I, p. 379, 1152): *et ipsum, qui eum occidit, non det nichil; et si ibi parentes habuerint, saluent ei et dent ei de securancia super 4 homines in 100 morabetinos.* -U. uic. -mente la sumisión en poder del demandante se contiene en *luz* p. 461, *Calatayud* 1131: *et vicino, qui ad allio ferierit, intret illi in manos, sit pedone, sit cavaHero*; p. 464: *et si christiano ad judeo ferirat, non intret illi in manus*; p. 469, *Carcastillo* 1129: *infanzones si 's maliarent (se golpeasen) cum suo vecino, intret illum in manus; e si occiderit, octavo de homicidio pectet.* M. Port. leg. I, p. 873, 1136; p. 378, 1151: *homo, qui alium hominem ferierit, intret sibi in mauus (et) in flagellis.* Usatici 6 (Cort. de Cataluña I, p. 12\*): *por causa de rñiat<emendctur illi per alisc.aram et per hominaticum aut per talionem, si videbitur sibi similis; c. 95 (lo mismo p. 33\*): si quis de homicidio probatus fuerit et convictus, veniat in manu proximorum defuncti et senioris illorum.* -'articularmente significativa es la posterior *Observantiae VIII* de prod. § 3 (Fueros de Aragón II, p. 58): *si qllis a.ssecu-raverit personam alicuius vel fecerit paeem datis rnanibus sub poena proditiōnis.*

197) Los documentos ampliamente en Hinojosa. Ob. cit., página 327, N. 3.

198) *His*, en *Festgabe für Güterbock* p. inJ, y ahora *His: Sira*, "recht des deutsch. :fittelalter, p. 32:3 y sig.

199) § 1, N. 24 y sig.

200) El último pasaje en N. 196.

201) Mi anterior opinión sobre que el *homagium* en primer término sólo sería prestado por los insolventes (últimamente en *J. Oe. G. XXX.III*, p. 617, K. 5) que yo ahora, sin dudai; no puedo

-con el cual se compara al autor de lesiones -presenta de rodillas una espada.

La significación propia de este simbolismo no se encuentra en las fuentes ibéricas; es posible, pero ello no se puede probar de un modo inmediato, que por este medio: Se *wadii* el deudor (2<sup>o3</sup>).

Para nuestro objeto es un hecho decisivo el que este contrato de paz se cubra por medio de *fiadores* (*fcrms*) que unas veces con su libertad personal y a menudo con sus bienes, responden de una pena convencional determinada (2<sup>o4</sup>).

---

ya apoyM con la doctrina de la depreciación de la multa (*Husshe-rabsetzung*) -entre los carolingios -por mí actualmente combatida. -no encuentra en el derecho español confirmación ninguna y no se la puede tener por verosímil si se piensa que también se preta. un *homagium* en asuntos que caen dentro de la esfera del derecho privado.

202) Ined. de hist. portug. IV, p. 363, VI Santa.rem (= V. página 50.J Beja) cust.ume e de fiir (=finir) omezio aquel. que a de corregir: est.ar en jeolhos e meter o seu cuitelo na mio a aquel .que a queyxume dele e o outrn deveo filhá pe lo mao e ergelo e beyialo ante homes bos : e per aly ficam amygos.

203) Yo estimo, frente a mi anterior opinión, que consideraba la entrega de la espada como una parte del *homagium* -a.h.or.a. sobre esto véase His, ob. cit. pág. 370 -que no existe ningún vínculo entre ambas formas; se prueba esto ya precisamente col) el pasaje portugués publicado en la . 202. --El que la entrega de la espada significa. una ejecución simbólica (His p. 371), es algo por lo menos no demostrable; el documento de Joinville (lo mismo puede verse en la pág. 372, N. 1) puede constituir una nueva significación ulterior del sentido primitivo.

20) Navarra V, 2, 7. Después de una *paz* provisional es conchida la definitiva a tenor de lo que sigue: el, qui ha a prender dreyto, de ferme ad aquell, que ha a iurar, prendiendo la iura., que nunca li faga mal 'ni embargo ni en su cuerpo ni en; sus cosas por este enemiztad. Otrossi el, qui iura, de ferme al prendedor, et.crtera. -Si a pesar de la paz se produce un acto de hostilidad, <lel qui avra rezebido el dayno, peyndre su ferme et aduga de,s,too fieles alguno (faltan ahora palabras como «meta una correa») aJ pescuezo del ferme cerca la cabeza et. tan ampla como los 4 dedos; saque la correa por lespinazo, quoanto aturare el cuerpo; et de .si a.c:lelant porta esta correa por medio, 2 dedos a la pierna et. otros 2 a la otra pierna ata iuso a las talones (esto es, el ferme

Se trata, hasta ahora, según lo que venimos exponiendo, de una reconciliación por una violencia cometida. Pero también se ofrecen a nuestra consideración numerosas noticias (206) que mirando a lo futuro dan al amena-;ado de venganza un derecho a obtener una promesa de paz cubierta con fianza *de Ealvo*. La violación de un *tal* contrato acarrea una pena para el infraactor. Los fiadores, primeramente, sólo responden del cumplimiento de las partes contratantes o de la recaudación de la peru pecuniaria impuesta, a costa de los bienes del culpable. :Mul n,delante se hace destacar con mayor ex.actitud que a estos efectos gozan los fiadores de la facultad. de prender extrajudicialm ente la persona y los bienes de este culpable; pero si estos bienes no fueran suficientes, responden aquellos fiadores con los suyos propios. En una ocasión, se observa. por el contrario, que sobre los referidos fiadores sólo pesa una responsabilidad meramente personal (2°6).

---

es encadenado); a tales son los peynus del ferme. Muñoz p. 312, Sahagun 1152; treguas per forum ville sint tales. Ex utra.que parte. seditiois dabunt. fidiatores in 1000 solidos. Jl. Port. leg. I, pá.-gina. 379; 1152 (N. 199).

20) Para el común <lerecho germánico, véase particularmente ll'r. Schierlinger, Die .Hiedensbürgschaft 1877.

206) Teruel 44-46. Fuerza a la colocación de fidancias, cuando alguno «de alío se timuerit; 47 (Cuenca XV, pero solo en parte): quod si quis super fideiussura.m de salvo hominem percnsserit aut. salutatam aut affidiatum, pcctet 100 aureos alfonsinos et exeat pro traditore, si probatum fuerit. Si vero oociderit, suspendaituo:. Et fideiussores pectent homicidium de rebus da:npnatoris, si coroplere potuerint. Sin autem quod remanserit, pectent ipsi, sed tune non exea.nt inimici... Et est sciendum, quod fideiussores de sail.vo debent pectare omnes dictas caJ.umpnias usque ad 3, 9 dies... Et si usque ad 3, 9 dies ha.ne calumniam, ut dictum est, non pecta,.. verint, pla.cito preterito, proibiatur eis cibus atque potus, donec fame et siti pereant in captione. -Usagre 45: tod omme, que salva fe diere, tal salva fe de, que aya la valía de la ca.lona.a. i19t. si, postquam salva diere, si feriere o messare o algun mal fiziere, los, que la salva levaron, si lo pudieren salvar, tomenlo sin calonna. et metanlo en manos del quereloso con toda sua bona. Et. si en cepo del quereloso muriere, non exeat inimicus nin pecoot. calonna. Et si los, que la. salva fe levaron, non lo pudieron aver, elos pecten la calonna, 55: qui matare omme sobre salva fe, pee-

Todos los años se habían de renovar estas fianzas lo cual indica que la responsabilidad de estos fiadores sólo durante un año persistía (2º7).

tent 200 (análogamente los fiadores) moravetis parentibus mortui. Et .si el dannador pudieren aver, quemenlo. Et si noa. lo pudieren aver, los fiadores, que levaron el salvo, pecten el coto 57: tod omme, que a otro pidiere sa.lva fe ante alcaldes, et el otro noluerit. ei da.re, pectet 4 moravetis..., quantas noches trasnochare fata. que de el salvo... Et qui dederit salva fide, de la por si et por sos parientes, que fueren en termino de Caceres et de 4 fiadores. que ayan valia de la petición, o scx. Tod omme, que dixiere EJ otro, «da mi salva fidei», mittat veritatem, que uon la demanda, si non por miedo que a del, o de su aver et si a.ssi non fiziere, noll. de salvo. 58: et si non fallaren penos, al que pidieren el salvo, pecten la calonna, que lo levo sobre si... Et si lo firiere sobre salvo, pectet la calonna doblada; et si lo denostare pecte la ca.loo.na. doblada et vaya por ale\OSO del conceio et del quereloso; et estos fiadores, que leva.ron el salvo, pect.en el aver. -1\juñoz p. 539, Da.roca 1142: si vero aliquis super iidanciaa de salvo aliam occiderit, pcct.ct 1000 rnorav. et 300 sol. et exeat homicida. -Iloren:te IV, p. 131, c. 16, III, Molina 1152: por vuelta (riña) sabida, onde maJ crescere en na villa de los alcaldes, prendan de cada. parte 4 parientes et aquellos den sobrelevadores de coto -Salamanca 24: todo orne, que fiadores <lier ele segnraucia, de 4 fiadores, que vean los alcaldes et las iusticia.s, que derechos son por tal fiaduria facer. Et si matar o ferier o desondrar, pecte 1000 morav. e di:rivenle sus casas el couceio e salga de Salamanca e de su termino por traydor e por a.levoso. Et si el traidor non ovieren, pecten los fiadores 400 mar. et si pudieren a.ver el traidor, den. su corpo a iusticias e no pecten nada. -S.epulveda 4-7: Primera.-mente fuerza a la colocación de fiadores a un «omme que se temiere de-otro»; además continúa el pasaje: et los fiadores, quel fiaron, trayanlo ante los iurados o ante los alcaldes e den gelo eu su cabildo e sin armas ningunas; et si nol quisieren tomar, q1al pena ellos debien aver, tal ayan los alcaldes, et si los fiadores no! aduxieren ante los iurados o ante los alcaldes, iuren con 5 que!n.on pueden aver et pierdan ellos el a.ver, que an. Et si fasta un aun.o lo pudieren aver, den el cuerpo del malfechor e non pierdan n,inguna cosa de lo so. -Brihuega p. 131, VI. Tod omme de Brivega, ques temiere de otro, vaya al juez et diga!: juez... fazet me dar fiador de salvo; p. 132, I tod orne de Brivega, que mata.re a otro sobre fiadura de salvo, si alcanzado fuere, muera por ellD. E si! fuere, vaya por traidor et el fiador adugalo, si lo pudier aver. Et si Jixiere, que no lo puede aver, iure con 12 bezinos, que no. lo puede aver et pecte 21G maravedís. Et estos roaravedis saJ.ca.n



Els evidente que los límites entre estas promesas de paz exigidas contra un posible daño futuro y los de las reconciliaciones por violencias ya cometidas, corren parejo ; y a lsu vez ambos enlazan de nuevo -sin que esto pueda examinarse aquí más ampliamente -con el desenvolvimiento de la llamada *pa del país* c2os).

## § 5. Forma de la *WadiafJon*.

I. EL SIMBOLO.I. En d.ocuinentos catalanes se habla de un *stachamentum* que es un emolumento relacionado notoriamente con la administracón de justicia y quizás algo reservado a cierto funcionario (1).

-de la buena del malfector et de su mugiel'. *Et* si la buena del malfechor no cumpliere, cumpla,lo el fiadol'.

<sup>207)</sup> Tel'uel 49 (Cuenca XV, 6): omnes fideiussura.s de salvo qnolibet anno renoventur in concilio et scribautur a. iurato notario. .Muñoz 539, Daroca 112: fidanciae de salvo annuatim cuu novo indice renoventur.

<sup>208)</sup> D. fr. V. G. I, p. 161 y sig.

↳ Bofarull col. de doc. ined. de la corona de Aragón IV, página 88, 1143: conquestus est Guilelmus, quod Poncius et ca.stlani sui auferebunt sibi... estachamenta militum; pág. 166, 1146: conquestus est predictus Guillelmus R., quia dominas comes estachamentum eisdom militibus sen pe<litibus, quorum in Dertosa tenebat, non concedebat et sic senioraticum, quod eis donavera.t, -aufereba.t: pág. 189, 1151: bayulus vester seu vicarius vel successorum vestrorum accipiat omnes estachamentos ipsius civitatis totius territorii et iudicet placita; pág. 233, 1154: suppradictum castrum cum omnibus sib pertinentibus et cum omnibus estachamentis et placitis et usaticis tibi... dono ad fevurn; pág. 349; indica:vit agitur predicta curia quod, si familia comitis inter se litem aut aliquam contentionem haberet, estachamentum de hoc Guillelmo Raimundo vel ejus vicarium non habere sed eum tantum qui vicem comitis inter eos tenet. -Usatici 115 (cort. de Cataluña I, pág. 39), in ba.ulia vel guarda, unde quis habuerit hominaticum vel censum, si hoc secundum posse bene custodierit et deffendere, habere ib dehet siaccamentum. -Constitutions y aJ.tres drets de CathaJ.unya, pág. 355, c. 14 (Pere Albert) el senyor lle haura reteng'llt en la carta conventiona.l algunas domenjeduras, plets, st-accaments, fermaments.

En dos ocasiones -rebasando el derecho del Norte de los Pirineos -aparece referida la palabra *e tacare* a la promesa procesal garantizada con fianza que una de las partes litigantes presta a la contraria (2). Se emplea también para designar la participación del Estado y de la justicia en la pena (3), significando entonces la palabra *stachamentum*, para ésta última, no otra cosa que la pena pública, con lo cual se corresponde esta acepción con aquello que ya en la historia de la significación de la *wa/f/Ja* se deja percibir.

Resulta por tanto indudable que al prestar la promesa procesal se entrega un bastón (*staccus*) y de aquí deriva la palabra *stachamentum*. Los fueros de Teruel y sus derivados así como los de Usagre - Cáceres y Salamanca (Alba de Tormes) (4) reflejan análogo simbolismo cuando disponen que el acusador no ya se deje de, sino que *tame* una *pakm* o un *staccus*; y quien más pueda todavía aventurarse la conjetura de que atestigie lo propio, una noticia portalesa de época posterior, según la cual, por causa de la promesa de combate, se entrega una vara (1).

En el territorio gótico del norte de los Pirineos aparece para la palabra *stachamentum* otra equivalencia. Aquí tiene lugar la promesa procesal *festuca iactante* (6). De el *iactare* se

---

2) Bofarull IV, pág. 281. 1160: domnus Rairn uodus comes 00.r-chinooensis requisivit testarnentum de directo a Berengario vicario suo... et Berengarius estachavit ei directum rcr 500 morabetinos et dedit ei fidancias, quorum nomina hic scripta leguntur, H.a.imundus Renardi per 100 ruorabitos. (Y así otros cuatro todavía por 100 ruorab. cada uno.) ::Vfarca col. 1136, 1067 : aut habuerit aliquod placitum, unde batalia sit estachada.

3) § 2, N. 24.

4) § 2, N. 99.

5) Sobre esto, lo narrado por Schafer: Geschichte Portugals II, página 235; pero no puedo encontrar la fuente de esta narración.

6) Germer-Durand: Cartulaire de l'église cathédrale Notre-Dame de Nîmes, pág. 876 : similiter ipse Bernardus sua festuca iactante ad praedictum placitum se afframivit ; Vaissete II, 201, 878: Ardulphus nomine illorum... fidem talern fecit sua fi tuca, iactante in contra Fulcradane, ut ipsam noticiam uam manibus firmare fratri suo faciat.

tratará más adelante, cuando se describa la actuación de las partes ; la *festuca*, por el contrario, debe ser tomada ahora mismo en consideración, siendo significativo a este respecto, que según otra noticia, la *festW<Ja* es un bastón (de *?:ibe*), o sea., realmente, un *staccus*, y así la prueba se cierra. Y como esta *festuca* se considera como *w'adium* (7), se obtiene con ello la demostración evidente de que la promesa procesal es una promesa *wadiada*. -Para una recta apreciación de estos hechos es indiferente que esta expresión deba ser considerada como una supervivencia gótica o como una importación franca, cosa que por otra parte no se deja distinguir.

2. Se ha. mostrado anteriormente que con motivo de contrato de reconciliación, se entrega una espada como señal de su otorgamiento, y el hecho de que entonces quede este contrato más garantizado induce a pensar que quizás se trate de la señal de un a. *wadiatum* (8). Pero esto que aquí se ofrece como una conjetura enteramente insegura se presenta en otra ocasión con caracteres de plena certeza.

Según un documento catalán (9) de 1128, un deudor que debe 10000 (8000) sol. da al acreedor, por de pronto, una espada que según la tasación del dinero de entonces vale

7) Vaissete Y, 121, 972: ut tali mentione, que illo proclamavit per guadium suum, id est per festucam de vite, ipsas res superscriptas in manu Arnelli episcopi reddidisset.

a) § 4, N. 202.

8) Esp. sa.gr, 43, pág. 458. (= Villanueva. XIII, . 280 = Marca. col. 1264) 1128; et mittat corniti (Ra. mundo) Pontius iam-  
< lictus pro 10000 solidis ensem cum toto suo guarnimento et comes comendet ipsam espadam cum isto guarnimento P. (lo mismo en Marca; Villanueva leyó equivocadamente T.) Ra. mundi de villa de Man, qui earn teneat ah hoc pascha usque ad aliud. Et si iinterim praedictus Pontius vel quando quocumque ad praefactum terminum redimere eam voluerit, si dat comiti 10000 solidos in ca., ballos et iu mulos ad pretium de praefatis militibus, reddat eam P. de villa de Man praedicto Pontio comiti. Si de caballis et mulis non se convenerit, donet jam dictus Pontius comiti 8000 solidos Malguriensis rectae monetae recipientes et predictus P. red-  
< lat praedicto Pontio praescriptam espadam. Et, si ael prefatum terminum Pontius eam non redemerit, P. iam dictus de villa de Man reddat espadam cum toto suo guarnimento comiti Barcheonensi ; et comes convenit praedicto Pontio comiti Ilgonis ut quan-

unos cien sueldos <sup>(10)</sup>, esto es que ni remotamente puede servir como prenda. Esta espada se entrega por el acreedor y una tercera persona por el plazo de un año. Si dentro del año no se paga la deuda, recibe el acreedor de nuevo la espada,, persistiendo, naturalmente, para el deudor, la obligación de pagar la cantidad debida. Si el deudor perece tiene que pagar aquel á quién el deudor haya legado la espada como herencia. Cuando se pagaba la deuda, recuperaba la espada el deudor. Se ve por tanto, claramente que la espada en este caso, es un símbolo necesario para exigir el cumplimiento del *de-Oitum*. Sin embargo, se considera que esta espada sigue siendo de la propiedad del deudor, el cual ---por formar parte del equipo militar, --- puede disponer de la misma por actm; de última voluntad

---

do ipse Pontius putuerit redimere ipse vel homo per eum. comes Barcheonensis recipiat praedictos 8000 solidos et reddat espw.lam prnedictio Pontio. Et si praedictus Pontius mortuus fuerit, reddat comiti Barcheonensi 8000 solidos ille, cui Pontius dimiserit espadam verbis vel testamento; et debito hoc persuluto comes Barcheonensi reddat ei praedictam espadam.

10) Ya en un trabajo anterior sobre la base de este documento, he sentado el supuesto de que la espada sólo representa un 1/so hasta 1/100 de la suma debida, que asciende a 10000 (8000) sol. (Z. Sav. S. 1. G. A. XXXVI, pág. 440). Ahora puedo demostrar esto de un modo directo, pues los *solidi* del documento son *solidi* Illegorienses, y éstos, como los barceloneses del siglo xrr, equivalen a  $\frac{1}{7}$  morabetinus (Erutails: Etude sur la condition des populations rurales de Rousillon au moyen age pág. 55). En la misma relación con el *morabetino*, están al comienzo del siglo xu los *solidi* navarrenses, esto es, los sueldos Sanchenses (Yanguaas II, pág. 388, 1117). Los *solidi* aragoneses (los de Jaca) mantienen este valor hasta el comienzo del siglo xrv (Esp. X, XXXVIII, app. 9, 1312. Resulta, por tanto, que los *solidi* de M; territorios del Xort<! (Jaccenses, Sanchetes, Barcinonenses, Illegorienses) son iguales en lo esencial; más exactamente puede verse esto en mi tratado «Das altere spanische Münzwesen», publicado en el «Est-gabe a Tosef Kohler (Goltdammers Archiv iür Strafrecht 67, p. 1 gina I). -En dos disposiciones próximas en el tiempo y en el lugar a nuestro documento se tasa la espada en 100 *solidi* (Yanguaas I, pág. 456 antes citado; Boletín XXXVII, pág. 384, § 127) -que sólo *jacenses* o *sanchetes* podían ser. Resulta esto a<lem{& de lo dicho en el t<to.

aquí según el derecho godo, no rige el principio «Hand wahre Hand»).

Los fueros de Usagre-Cáceres determinan también que cuando se haya de prestar una promesa procesal se entregue una espada o cualquier otro enser del equipo militar; y aun cuando es indudable que la entrega de este símbolo (de la *bestia mortua*) no es suficiente, a la larga, por lo cual el acreedor debe ser asegurado además o con un animal en concepto de prenda (*bestia*) o con una fianza, no es menos cierto que la obligación nace precisamente con la entrega del arma. <sup>(1)</sup>

Se explica quizás, con esto, también una noticia muy antigua, según la cual el deudor entrega al acreedor una espada, una *novella* y cuatro *modiri* de granos de trigo, siendo presentado además un fiador. Tal vez en este caso, se asegura con la dación de prenda y la presentación de un fiador, una obligación ya nacida con la entrega de la espada. Por otra parte, no es inconcebible -aunque sin duda tampoco es demostrable -que la *novella* sea un brote, un bastón, y que por lo tanto pertenezca esta noticia a la misma órbita de la *fustuca* y el *tachamentwm* <sup>(2)</sup>.

11) § 2, N. 36.

12) *Revue hispanique* VII, pág. 347, N. 37, 962, Ego Vermudo sic roboravi ipsa, ipsa nobella et ipsa espata et ipsa cebaría 4 modios in manus de Albaro abba Didacurn iudicem... **▲** abba sic prendidit fidiatorern Nunu Bip... (en el claro todavía quizás un nombre) pro ipsa nobella et spata et ipsa cebaria et roboraverunt... Ego Vermudo si... novella et cebaría es espa [ta]... sic modo.

Cree el editor que con la palabra *nobella* se quiere designar una *terre en jachere*, aunque en rigor *tierra yerma* o en *barbecho* (Bachland) no equivale a *tierra 7/Ueva* (Neuland), sino que indica que se trata de *tierra roturada* (Rottland). -Además es evidente que en este documento aquello que con la palabra *nobella* se designa, se entrega al acreedor en la mano, y esto es prueba de que sería una cosa mueble. --En España se emplea la palabra *novella* para designar una *cría*, y esta significación debería aceptarse como básica, si en el documento n. 40 (p. 350) la expresión *el nobella* no fuera únicamente una conjetura del editor. -Queda, sin embargo, otra solución: como *novello* y *novel/ero* significan en Portugal (Viterbo: *Elucidario* II, 179) y en España (Lluch p. 131, II

En otro lugar, una promesa solemne se fortalece con la entrega que el deudor hace de un sombrero. (1<sup>3</sup>)

3. Según una tercera serie de noticias resulta que en el norte de España se designa con la palabra *marchero* al deudor que necesariamente tiene que presentar un fiador. Aquí es el fiador y no el acreedor quien tiene acción contra el deudor, a tal punto que aquél es quien hace valer la *marca*, o sea que ésta debe quedar en posesión del fiador (1<sup>4</sup>). Y como la tal *marca* sólo puede ser la ser-

---

persolto vobis iilos sotos de noviellas iniuso usque ad l'in. au, quod taillietis ibi ligua signa) una *ramla tierna* pudiera referirse ya la *novella* a una *fe, tuca*.

<sup>3</sup>) *Esp. sagr.* XX, pág. 588, 1137 promissione autem fa. eta capellum cuiusdam comitis accipiens manuque patrini sui geoscullata, capite flexo, illud in confirmationis signum archiepiscopo humiliter prebuit. Aquí el promitente, el Rey, no da su propio sombrero -cosa bastante natural, -sino que en su lugar elige el de algún hombre de su séquito.

<sup>4</sup>) *Boletín XXXVII*, pág. 399, § 236: todo orne, que fuere fiador a otro por clamor que haya dalguno, que faga cumplir fuero et tomare peynnos de marquero e los diere al querrelloso et él (es decir, el *quereloso*) despues sin el fiador por si vendiere el peynno, el (en lugar del *al* de la increíblemente mala edición; por lo demás falta el sujeto), marquero despues non respondera al fiador a la marca, pág. 400, § 242: todo orne, que a su vecino tiene por fiador por omne estraynno (es decir, el que tiene su vecino por fiador de un deudor forastero), et mostrare (el *fiador*) su marquero una vez o dos en la vecindad e por su negligencia no fiziere al querrelloso cumplir su marca, no avra (el fiador) termino por el demandador, ma. fasta termino de 30 dias ha. (el fiador) deudor por su marca; sino, fuere fiador por cumplir fuero. -En el mismo plazo (según Navarra II, 17, 1, 2), debe el fiador responder del deudor forastero, que, en todo caso, con relación al fiador, aparece como marquero; en III, 15, 7, no se considera ya como deudor *fiador marchero*. *Boletín XXXV* 11, p. 400, § 245; Et si alguno fuere fiador e viere su marquero, que agena sus cosas, bien puede le darli, que no agene en toda la valor de la marca; § 247: todo orne, que fuere fiador a otro por algun.a, cosa et tomare peynno del marquero et el demandador dixiere al fiador, que desempare, non puede tenerlo por la voz; § 248: otrosí, si algunos fueren fiadores et sus marqueros fueron muertos o no los pudieren fallar, pueden a sus herederos pendrar, que quiten los fiadores de las &nzas. *Yanguas II*, pág. 308, S. V. marquero (del Fuero de Sobrarbe

ñal de la existencia de la obligación, se llega de nuevo a, la consecuencia de que en un negocio jurídico garantizado con fianza recibe el fiador en la mano el símbolo del contrato. Quizás este pasaje deba interpretarse en el sentido de que se trata de algo perteneciente al equipo militar que se entrega como símbolo del contrato, pero esta suposición es más que ínsicura(15).

II. LA AOTUACION DE LAS PARTES.-Teniendo presente todo lo expuesto, resulta que por parte del deudor se entrega una señal (*marca*) consistente en un bastón, en una espada .o en un sombrero, esto es, en algo pertelleiciente al equipo militar; y estas señales son análogas a los sím-

---

de Tudela 40), e si nuil home (deudor) dotro logar met.e a otro fianza, que sea de la vita contra su ve-cino, e si aquesta fianza muestra iel dedor su umarque.ro e dieoe «cata aqueste, que me puso fianza te quiere te cumplir de dreito, luego, pie a pie, como fuero es», e lo otro non lo y quiero. seguir nin prender dreito e est otro ent fici.ere te-stimonias et despues el marquero sen va de la vlla, non respondra hasta que otra vez lo i muestre en la villa.

15) En España aparece muy a menudo [por ej-emplo E,sp. sagr. XXXV, página 416, 1109]: cavaJleiro si in sua corte aut in suo lecto morierit aut in sua terra, sí habuerit cah:illum, ut det cum in nuntio, et si non habuerit ca.oollum et habuerit lorigam, det eam in nuncio; ,M. Port. leg. I, pág. 370: et totus horno de Nomam, qui arma tenerit do suo seniore et mors illi venerit., alius senior, qui postea fuerit, non demanda.t illa arma, riisi rema.nca.t, ad filios. Cuando un miles perece, tiene lugar una donación por causa de la muerte (nuncius), en forma de un envío de un anua.; no .carece de imp(lrtancia el hecho de que un arma así enviada sea un «nuncius». En Llorente (IY, p. 264), se dice: in Palencia nullus miles arma.tus de senioribus det solidum pro marcio vel aliquid nec eo mortuo uxor eius usque nubat... similiter filiu.s militis ,non det mareium usque. quo peTV'Cniat ad tempus idoneum miliae.-- Evidentemente se trata también aquí de una tal donación que, en verdad -como por lo demás suc-ede a menudo, -no se excluye, pero se transforma .en una no muy grande prestación pt:!. cuniaria. Ahora, realmente, hay que prestar un *marcium*; y esto muy bien podría ser una forma Ja.tina de la *marca*, con lo cual significaría tanto como símbolo, señal. Pero yo temo que Llorente se haya equivocado -cosa que a este gran investigador le ocurre varias veces, -y que no existe *marcium* .en el texto, sino *nuncium*..

bolos que se entregan por causa de la transmisión de raíces, por causa de la celebración del matrimonio y con motivo de la adopción, los cuales también consisten, en todo caso, en algo que pertenece al armamento de los que contratan, o sea que también en tales casos tiene lugar la solemnidad de una investidura.

Pero estas señales no permanecen en poder del acreedor, sino que éste las entrega al fiador, el cual las retiene para con ellas poder hacer valer contra el deudor el derecho de aquél.

Queda con esto establecido contra la opinión de von Amira -por lo menos en cuanto al derecho gótico se refiere y a mi parecer también para todos los derechos germánicos, que el símbolo de la *wadiation* en ningún caso es devuelto inmediatamente por el fiador al acreedor (16).

Y sólo así puede explicarse, por qué en el derecho gótico se llega á designar al ejecutor testamentario con la palabra *fúlldtl.\$sor, fidiator*; pues si bien es cierto que en el ejecutor testamentario falta aquella nota distintiva del fiador godo, que consiste en el hecho de reemplazar al acreedor para por cualquier medio hacer efectiva la prestación del deudor -característica ésta que a continuación se ha estudiado exactamente y que es lo que en mayor grado separa a esta institución gótica del moderno concepto romano, -no lo es menos que también al ejecutor testamentario se le entrega la señal del testador, el *XWo*, el *wadium*, lo cual le permite posesionarse de bienes ajenos, precisamente lo mismo que al fiador la *marca*; y esto es lo que hace que se considere al ejecutor testamentario como a un fiador.

El estudio de la actuación por separado, de cada uno de que intervienen en este negocio jurídico, necesita de nuevo examen que hacemos a continuación.

2. La primera de estas actuaciones que se ofrece a la vista, es la del deudor. Desde el final de la época fran-

---

16) Más exactamente en mi *Einkleidung*, pág. 9, N. 9.



ca se habla en el territorio gótico del norte de los Pirineos de un *iactare festucam* cuando se obliga algún deudor (17).

En el derecho español, se designa ante todo la actuación del deudor en el contrato garantizado con fianza, con la expresión *echar* o *itar*, *fiador*, o *f.e.rme* (18). Claro está que tal expresión no ha de ser interpretada literalmente, puesto que no se puede arrojar, materialmente, al fiador, sino que ha de entenderse en el sentido de que en virtud de la presentación del fiador, debe el deudor lanzar lejos de sí el símbolo con el cual se obliga; y esta particular manera de obrar, se concibe en una forma ulterior de expresión como un *ia.ctare fiadorem*.

Otro testimonio en el cual se habla de un *echar peño*, descubre mucho más cuál hubo de ser la primitiva formación. En efecto, se ve aquí que el símbolo del contrato que ha llegado á ser un objeto de valor se transforma en una *arra* o en un *pignus -cosa* esta que más adelante se examinará detenidamente resultando en consecuencia que el *iactare pignus* usado para designar el acto de lanzar el deudor el símbolo del contrato, es una expresión empleada para toda clase de prenda, incluso para aquellas que por su naturaleza no pueden ser lanzadas. O sea, en conclusión, que la primitiva representación material del acto que con aquellas

---

17) N, 6 anterior.

18) Navarra III, 1, 4: ad aqueyll malfeytor, quel yto fianza: III, 15, 10: qui lo ytó fiador; III, 17, 18: et est fiador (que ha pagado) torne a este, que fiador lo avra echado. Boletín, XXXVII, pig, 378, § 84: de señor, que yta fiador a su mesquino; más adelante: et. si el seynnor de la villa metiere su mesquino fiador, Vigil: Ayuntamiento de Oviedo, pig, 17, 1145: et adugia el auctor, que gete fiador (= Fuero de Avilés, § 41, ed A. Fernándcz, Guerra y Orbe, pág. 133). La observación sentada en su edición por Fernández: Guerra, sobre que el Fuero de Avilés sea una falsificación de la segunda mitad del siglo XIII, es, a mi juicio, infundada, pero no puedo insistir sobre esto más ampliamente. Muñoz, página 548, Perlata 1143: et si nullus horno de villa.a aut foras de villa acceperit ganato aut aliquid habe:oo et domino jactarie fidem et non collegerit eum fides (mi Einkle-idung', página 104, Nr. 68). Navarra III, 1, 3: porque no ha ytado f.e.rme del c'lerpo; IV, 1, 1: que non faga ytar i'ermes destas fiaduras.

palabras se perseguía ha quedado aquí también sobrepasada (19).

Esta forma realista de expresión que pone ante los ojos el acto de desprenderse materialmente de un objeto ha sido empleada muy a menudo por los germanos, particularmente con referencia a la transmisión de inmuebles (20).

2. Con esta actuación del deudor se corresponde la actuación del acreedor. Se ha, mostrado ya, de un modo evidente con respecto a un caso concreto, que es el acreedor quien recibe el símbolo de la obligación; (21) además, el hecho de que la actuación del acreedor se designe con la palabra *colligere*, prueba notoriamente que es él quien debe recoger aquel símbolo cuando el deudor lo arroja materialmente lejos de sí (22).

3. El acreedor entrega después este símbolo al fiador. También esto ha sido expuesto ya con referencia, a un caso concreto (23), sin que sea perceptible otra manifestación más amplia de esta actuación.

4. Pero frente a todo esto, aparece a menudo la ulterior actuación del fiador con un sello muy peculiar.

Está muy difundida la expresión *sobrelevador* aplicada a un fiador y la designación de su actuación con las palabras *kvar sobre cabo*, es decir, elevación del símbolo sobre la propia cabeza del fiador (24): Está aquí el nombre del acreedor en

19) Fuero Viejo III, 5, 1; si el cavallero o escudero o dueña vestituras, armas, bestias o outros *peñas* qualcsquier echare; 111, 5, 2: todo orne o mugier, que echan paños a otra ropa o paños a, vestir a peños.

20) Mi Einkleidung, pág. 61, pág. 104.

21) N. 9.

22) Muñoz, pág. 548 (N. 18).

23) N. 9.

24) M. Port. leg. I. pág. 380, 1152; · 603, 1223: non habeo homine, qui me leve super cabo; Salamanca 106 (Ledesma 55) qui orne levar sobre su cabo. Inéditos do hist. port.; V. pág. 407, V: quem orne levar sobre cabo; pág. H3, VI: quem aos alcaides omem emparar (quien frente a los jueces protege a un hombre) que quisiere prender (al cual los Alcaldes quieren apresar), se o non levar sobre cabo, peyte 20 mar.

*iativus commodi* (25), siendo esta frase muy antigua (28). Sin duda que con ella se quiere expresar, como si fuera la propia persona del deudor, el objeto de la elevación, de modo que una vez más se habla de la persona en lugar del símbolo que la representa en un sentido no material (27).

En otra ocasión, progresando todavía en la misma interpretación, se considera como objeto del *levar* la promesa que el fiador presta (28), tendiéndose a presentar aquí al fiador como a una persona sobre la cual pesa el cumplimiento de una prestación (*super quem sit*, que etc.) (29).

Por último, es en otra fuente notorio, que el fiador eleva sobre sí el *cabo*, esto es, el símbolo de la personalidad del demandado, lo mismo precisamente que este *cabo* se emplea en la transmisión y adquisición de bienes (30).

La palabra *sobre cabare*, tan ampliamente difundida, es neutra. Se emplea también para expresar que el fiador eleva alguna cosa; pero tal palabra, por sí misma, no precisa si el referido fiador eleva un símbolo sobre su *caput* o si lo que eleva es el *caput* del deudor (31).

35) Sobre el *acredor* está en dativo, Véase Teruel 17J (n. 27).

26) El documento más viejo que conozco está en la Colección de privilegios de la corona de Castilla VI (1833), pág. 6, 894: *et est fidiassore Velasco Gomiz... sic leva bit super se Velasco Gomiz.*

27) Véanse todos los pasajes precedentes; además Teruel 167: *si quis debitorem manifestum superlevare volucrit*; Teruel 174: *quicumque latronem etc. iudicij sepelevaverit*; Usagre 30: *qui levat eum super se*; 31: *qui hominem levaverit super se por pignos de 1 moraveti o per bestia, que non metio*; Soria 405: *tambien al sobrelevador coma al sobrelevado (deudor principal)*; Salamanca (Ledesma 48): *si non lo levar sobre si.*

28) Usagre 45: *home (deudor), que salva fe diere*; los (fiadores) *que salva fe levaron*; 55: *los fiadores, que levaren el salvo.*

29) Usagre 29: *dent hominem, super quem sit, que non se alce.*

30) En *M. Port. leg. J*, pág. 837, se dice con respecto a un *supu esto fiador quoe niega serlo: iuret, quia no lo levó su per se per suo capud*. -Este *per suo capud* no es posible que pueda significar allora *sobre su caput*, sino *con su capud*; esto es, el *capud* es aquí el medio a través del cual el fiador ha elevado sobre sí al deudor (hastaa el *acredor*).

31) Llorente IV, pág. 263, 1181, Palencia: *quicumque sobre*

Filológicamente, este *cabo*, sólo puede ser el objeto del *levare*, debiendo ser conoebido como un símbolo cuando se llama al fiador *caplevador* (S2) o *captenedor* (33), términos éstos que expresan que el fiador no sólo eleva el *cabo*, sino

---

cabaverit vel fideiussurum latronem. -Usagre 30: et por esta sobrecabadura non pignoraverit. -Salamanca. 142: orne sobrecabado; 150: quem... fuer sobrecavado; 151: por orne levar sobrecabado; 182: sobrecabar esto orne.

32) foñoz, pág. 535, Daroca 1142: si voluerit dare caplevatorem ille (el homicida) vel dominus domus, pro illo non dirumpatur domus.. si vero fidancias dare noluerit, malefactor sine calumnia capiatur; pág. 542: si quis fuerit caplevator alicuius rei et reus fugerit dato caplevatore, caplevator quærat illum, et det illum ad directum. -En las fuentes posteriores del derecho aragonés, la designación *caplevator* se aplica a una especie determinada do fiador: in Observ. IV de fideius, § 9 (Fueros de Aragón II, pág. 29) se dice: *es de quocumque crimine quis accusatur — habet locum iuris fidantia vel caplevator*; según I, 18, b, II-IY, 1325, el juez no se satisface ya en la demanda criminal, con la ordinaria *fianza de dreyto simplement*, sino que se exigen *caplevadores* o *fianza de dreyto y del homicidio*; según Observ. VI, interpretaciones, § 9 (Fueros de Aragón II, pág. 49, es decisivo para los caplevadores, que: obligant se sub poena certa ad arbitrium iudicis et habent promittel"e, si iudex cognoverit et voluerit, quod pro illa poena dabunt bona desembargata; et tali promissione facta, nisi dent bona desoblígata, capiuntur personæ et retinebuntur; esto es, se trata de un fiador que no sólo obliga sus bienes, sino también su persona. Quizás esta oposición se encuentra ya en Berceo: Vida de Santo Domingo de Silos 745 (Bibl. de autores castellanos, LVII, pág. 63): metieron en recabdo a los calvadores, tomaron los cabliévas e bonos fiadores; Fueros de Aragón II, pág. 96 b, II, 1247: si forte pignoratus dixerit pignoratori, antequam intret iudicium nec levet iudicium «ecce hic offero sufficientem fidantiam de dilecto aut bonum caplevatorem super pignus meum» et pignorator levaverit iudicium cum pignore in corte, est colonia pignoratoris 60 sol. -Todavía se encuentra otro indicio en Obs. IV, de fideius, pág. 18 (Fueros de Aragón II, página 50), cuando por un *debitum manifestum* (aquí por una deuda que consta en documento) se prenda sin más amplia demanda; pero si la legitimidad del documento se impugna, el *iudex dahit pignora c'ipta ad caplevandum durante adveratione et facta adveratione easabit capleuta et restituentur pignora curiae iudicis pignorantis*; o sea que la pignora estaba en primer término, en posesión del juez, y cuando se formulaba tacha de falsedad se entregaba a los *caplevator* hasta.

que también lo retiene en la mano. Queda todavía más robustecida esta conclusión por la palabra *manlev:ldor*, que

que se decidía sobre esta cuestión. Estos *caplevatores*, naturalmente, no podían ser nombrados por la justicia -que sin embargo ningún motivo tenía para entregar las cosas a otro, -sino que debían ser presentados por el demandado. Es decir, que si el demandado afirmaba que no existía ningún título ejecutivo (§ 1. N. 2), presentaba entonces un fiador procesal, un *caplevator*, y a éste, según la regla común, se le daba entre tanto la prenda tomada. El hecho de que sólo la entrega al *caplevator* se considere en sentido estricto como *capleufa*, prueba precisamente de nuevo, que el símbolo <lado por causa de la obligación -que es al mismo tiempo un *pignus*, --viene a la mano del fiador. Por ello gana también la palabra *l'aplevator* la significación de Sequester.

33) Navarra V, 2, 5: et si clamor ovieri de traycion, aquell qui encargan, deve dar fianza por sí et si non puede aver fianza, dev-el sacar el seynor fianza et captenedor. E otrossi. parient prosrmano o otro, que non sea soldado o vasayllo de carnero, deve dar fianza por sí et si non puede haver fianza, dev-el sacar el seynor fianza et captener lo a fuero (esto es, el entrar como fianza, = *captener*) et cumplir dreyto por sí. A estos parientes prosrmanos et vasayllos, que non son soldados, el seynor no es tenido de tlenfender nin de captener. -En otra ocasión en todo el territorio del Sur y del Norte de los Pirineos se refiere *captener*, o en su lugar el más descolorido *cautener* a la conducta de un defensor, -epresentante o protector; Navarra V, 2, 1, qui cauterá o lo defendrá; V, 3, 3: dar cautenedor et vozero Boletín XXXVII, p. 393, § 181: a dar le advogado e captenoor. -«Le libre dels Feyts d' illn Ja.e-me" (Biblioteca Catalana 37, 38) c. 367, pus els aixi seren captenguts de nos. Lo propio ocurría en toda Provenza hasta la frontera francesa; véase, por ejemplo, Girard de Rossilho (ed. Hofmann v. 5686 ac. de F. lo comte captien. --Cuando en Bofarull (Oul. de doc. inéd. de la Corona de Aragón IU, p. 300 y sigs., 1160, página 305 y sig., 1161, se designa a las personas que a otros reemplazan (o defienden) como *ostatici*, *-manlevatores*; *tenedores*, se refiere esto también a los *captenedores* e incluso a los fiadores que al mismo tiempo se ofrecían como rehén. A la misma relación pertenece el *Thianser* (de *tener*) del derecho de Béarn, que notoriamente es igual que el *firma* o el *fiador* (Morlaas, 197, 199, 216-231); este *thianser* es un fiador más rigurosamente ligado que el *fidance* (Bearn 22). Esta designación no tiene nada que ver con la prenda, como Francken, *das französischn Pfandrecht*, p. 33 sostiene; inseguro, Egger, *Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht*. p. 55.

se aplica en general a toda acción de recibir (porque significa, toda elevación de alguna cosa. con la mano) y, por tanto, también al acto de tomar el símbolo (prenda) por parte del fiador (3).

Con el hecho de que las cosas que en el juicio tiene que presentar como prendas el demandado (o que a él le son tomadas) se designen como *peñas c:Wales* (35), y con la expresión *dar recabdo* (36) la promesa acompañada de fianza, se cierra esta enumeración. Representa por lo tanto el *cabo* „precisamente aquello que en el juicio aparece como prenda y que, como se ha mostrado, es, en primer término, el símbolo que el demandado ofrece.

5. De lo hasta aquí dicho resulta, que el fiador eleva sobre su propia cabeza un símbolo; y este símbolo es el *cab<>* del deudor principal, a la persona del cual representa.

Con estos símbolos, -que aparecen lo mismo en las transmisiones de bienes y consisten en una parte del equipo del deudor- se pertrecha el acreedor en primer término; aquí, como allí, tiene lugar una investidura en la forma que queda expuesta.

a') *Manlevar* significa generalmente en España el acto de recibir una cosa, y así se aplica, por ejemplo, para nombrar un préstamo, la guarda o custodia de una cosa. o un secuestro. No es necesario aportar pruebas a este respecto; pero, sin embargo, es evidente que varias veces se designa con la palabra. *manlevator* a un fiador. Así se ve en *Juñoz*, p. 453, Lugo 1177: et de quocumque fuerit appellatus, respondeat per fideiussorium 5 solidorum, si habuerit haereditatem in ipsa villa; et si non habuerit haereditatem det manlevatorem; p. 243, *J:wa* 1187: et si emerint aliquid vel fuerint fideiussores vel manlevatores en die compromissa mercatoribus persolvant; q nod si non fecerint, hereditates eorum impignorentur vel vendatur et illorum corpora tradantur mercatoribus et ideo nullus sit fideiussor vel manlevator. También *Bofarull IV*, p. 300 (§ 3, N. 2).

35) § 2, N. 38.

se) *Usagre 32* (y los textos de él derivados) exige que el nuevo avecinado de recabdo de todos los derechos de concejo, mientras que *Sepulveda 18* (§ 6, N. 50) exige un dar peños con casa, esto es, una *Wadiation*; *Fuero de Zamora* § 65 (*Fueros Leoneses I.* 1916, p. 49), omnes sobrevenientes vayan con recabdo ante illos. *suyz.es.*

El acreedor, entrega después dicho símbolo al fiador ;  
-lo mismo precisamente que el testador entrega el suyo al ejecutor testamentario y lo convierte así en su *cabeza/ero*.

6. Nos han presentado los pasajes descritos, exclusivamente, las relaciones del acreedor y del fiador con el deudor. La última cuestión a investigar es la determinación de la manera como se desenvuelve la relación entre el acreedor y el fiador.

Desde época muy antigua, y a menudo, se designa la actuación del fiador frente al acreedor con las palabras *fiar*, *fúk m dare*, *fidem portare* (37), derivando de aquí los vocablos *fid iator*, *fidanza*. Más adelante se ventilará si en estos términos se encierra una obligación a cumplir y cómo debía cumplirse ; pero entre tanto que llegue a resolverse esta cuestión, puede ya ahora adelantarse una conclusión sobre la forma en que el fiador se enfrenta con el acreedor.

En efecto, según una noticia aragonesa que a este respecto hay que tomar en consideración, aquel que siendo fiador, lo negase tenía que pagar 6 l 3 sol. *pro redempt "onem manus suae* (38). Esta noticia, con arreglo a lo expuesto anteriormente, no puede significar otra cosa, sino que este fiador se había obligado a serlo, sólo mediante la *palmata*, y por lo tanto, conforme a la regla general (19), podía resistir de su obligación contra el pago de una multa.

En otra fuente, se determina que el fiador instituya su propio cuerpo en prenda, por medio de un juramento, o

37) 111. Port.. ch. I, 167, 993: i'idiaduria, que vobis (acreedor) fidiavi ipse (el fiador) Querino (para el deudor); Rrihuega, pign.a 133, I: el fiador con nombre a quien fio et contra a quien; Sepulveda 47: los fiadores, quel fiaron, trayanlo ante los iurados; más adelante: si el fiador dixier, quel non fio. Fuero Viejo III, 6, 2: e si enfiare alguno (fiador) a labrador (deudor). --<I'brla.1 fidem in Usatici 129 (véase en este trabajo, más adelante, la N. 1, § 6).

38) Fueros de Aragón II, p. 108 b, I: quicumque fideiussor negaverit se esse fideiussorem, cum legitime probatum fuerit contra ipsum, solvat pro redemptione manus suae 6 sol. et 4 denarios.

39) § 1, I, 1 b.

sea a través de aquella forma jurídica que era generalmente usada en aquella época para la «Vergeiselung» (•°).

Finalmente, en una tercera noticia se establece que si un fiador obliga sus bienes para responder de su gestión, haga esto ante el juez (1).

Vemos, por tanto, como aparecen unas al lado de otras, diferentes formas de obligarse el fiador, con respecto al acreedor. Esta diversidad está relacionada con los distintos grados de responsabilidad que el fiador acepta. Más adelante se ha de describir exactamente esto, y cómo en ocasiones se diferencian por su función el *fiador* y el *sobre levador* (H").

III. PUBLICIDAD DE LA «WADIATIO»;». -En realidad, la obligación con interposición de un fiador es una investidura, y siendo esto así, hay que conjeturar que también en el derecho español habría de contraerse en una asamblea pública. (2). De hecho, se encuentran huellas que atestiguan semejante supuesto, pues cuando no se deba considerar como tal el que a veces, por una causa particular, se reclame una obligación ante el *concilium* (3), por ejemplo, no deja de tener gran importancia el que en una ocasión

0) Boletín XXXVII, p. 314, § H (véase arriba N. 4, § 3). El pasaje se titula: de fianza de heredat. Pero el texto está concebido así: otrosi todo hombre, que entrare fiador por pan o por vino o por buey o por mueble alguno, meta su pie con su jura e no ha nada. Según el título, no puede referirse este pasaje a una obligación contraída sobre «pan, vino, buey, ni mueble alguno», sino que se trata de un fiador de cosa mueble; aquí, la cosa mueble, el animal o el saco de granos, o el tonel de vino, se da por el deudor (enajenante) como señal de la obligación, y se recibe por el fiador; la frase *no ha nada*, significa que éste no puede aprovecharse de tales cosas. Sobre el juramento como forma del encadenamiento (*Vergeisdung*) véase el § 3, N. 2, 4, 14.

H) Soria. § 401: si el obligare los bienes, que oviere de su patrimonio, en juicio de los alcaldes.

1a) Hinojosa: Documentos para la historia de las instituciones 9-e León y de Castilla (1919) n. 46 § 29 vicinus dare potuerit sobre levador et fiador de mandamiento.

•2) Mi Einkleidung, p. 51 y sig.

3) Por ejemplo Teruel 50.



se determine que el deudor ha de presentar un *fideiussor manifestus*. También es muy significativo -según más adelante se estudiará- que se designe con las palabras *debitor manifestus* al deudor que haya presentado un *fideiussor* (H).

Pero ante todo se hace referencia a esto en el nordeste godo, cuando se designa la promesa afianzada con las palabras *firmare, firman cia, dOf: fermes*.<sup>(45)</sup>, ya que según lo que ha resultado de la descripción de la transmisión de inmuebles, pudieran ser éstos *fermes*, en primer lugar, los miembros de la comunidad de parientes en la cual alguien era recibido. Este concepto del *ferme* se entremezcla más tarde con el del fiador y se refiere a todos los que son llamados a intervenir en la transmisión de inmuebles, mas sólo resulta comprensible el hecho de que pueda llamarse *firmare* al prometer, a la par que se difunde el concepto del *ferme* como fiador, en el caso de que primitivamente, figurasen *ferme*!! interviniendo en la solemnización de una promesa a título de miembros de la comunidad de parientes.

Otra observación confirma esto mismo. Si es cierto lo dicho antes de ahora sobre que la obligae(m con *wa:JW*, se realiza por una investidura del acreedor, la entrega del símbolo de esta investidura al fiador, debe realizar el pago o lo que al pago equivalga de modo que el deudor libertado habrá de ser *investido* a su vez por el acreedor(G); y en efecto, en el derecho español aparece de un modo general un *abonimiento* hecho por el acreedor, cuando éste ha logrado hacer efectivo el crédito contra el fiador, o cuando el fiador se ha hecho pago en los bienes del deudor, o cuando el deudor ha pagado.

En la mayor parte de las fuentes se determina sobre-

---

) Llorente IV, p. 262, Palencia 1181: nec qui dedit fideiussorem. manifestum., si pignus abstulit, vel corpus suum defenderit, vel hereditatem suam vel aliquid suum, non pectet calurnnia.m, página 268: si manifestos dederit fideiussores. Navarra III, 15. 12: et los prendedores den fianza de manifesto. -Lo último véase en § 6, N. 16.

45) § 4, N. 20 y sigs.

46) Mi Einkleidung p. 101 y sig.

Esto, que el acreedor satisfecho en su crédito, presente *fidanzas* (47). Sin embargo, en cierta ocasión se habla de *fermes* (48) en lugar de estas *fidanzas*, aun cuando en un documento se muestra, que más exactamente considerado, se emplean tanto *fermes* como *fiad<Jres* (49).

Sea ello como fuere, se ve que el acreedor ha de prescribir fiadores que, al igual que ocurre con la promesa, que hay que formular juntamente con la demanda -Klaggelobnis, -responden de que aquel que hasta entonces fué acreedor, no interpondrá ninguna reclamación ulteriormente. Mas, al lado de estos fiadores, persisten los *fermes*, y esto prueba que aquí- por causa de la «*rucepti!-at;'o*» del derecho godo -intervienen todavía de un modo directo los *fermes* propiamente dichos.

Para la *wddiation* del derecho gótico-hispano no es esencial su otorgamiento ante una asamblea del común de vecinos, como ocurre en otras partes, pero sí lo es, su celebración ante una asamblea de parientes que en último término debe ser la gente. Por el contrario, cuando en el nombramiento de ejecutor testamentario no se exige su admisión en un tal círculo de personas, significa, esto precisamente que aquí no se establece una, investidura con el efecto de que el investido sea recibido en la referida gente. -En las noticias posteriores la única forma admitida para un acto jurídico al que se quiera dar publicidad es su otorgamiento ante notario. Hay testimonios repetidos que atestiguan que el acto notarial asume enteramente el papel de la *wadiation* C<sup>o</sup>). El notario que según el dere-

47) Navarra III, li., 10 (=Yanguas 1, p. 419 y sig.): quaudo la, fianza reu<lrá o li fara render su aver et el, qui prende, dajra. fianza a su fianza, que peyn.dró, que li abonezca et quel sera manifiesto de todo, quauto peyndró; III, 17, 18: el el otro, qui priso el aver, que a.si lo abonezca el creedor.

48) Navarra III, 12, 11: deli formes con precio. Aquí sin duda se toma la forma de una demanda no *wadierten*; IV, 1, 1: non faga yta.r ferres destas fiadurias -prenga(n) a eylla. ferres de lures fiaduria.s; IV, 1, 2: el esposo prenga ferme de sus fiadurias.

o) Navarra II, 2, 8 (§ 4, N. 22).

so) § 6, N. 24 y sig.

cho romano debe intervenir en todos los actos públicos de la vida jurídica, desplaza las restantes formalidades detrás de las relativas a la redacción del documento.

IV RELACIONES COMUNES. — EJ. hecho de que la obligación hispánica cuando es afianzada, caiga dentro del esquema común de la investidura, hace que se corresponda en punto a su forma con la que en mi opinión es general para la *wadiation* en el derecho germánico.

Yo he intentado demostrar esto en mi *Einkleidung*. Hoy debo sólo añadir que quizás también la palabra, *arramire*, el *arramitio* significa ordinariamente entre los germanos una manera romana de designar de un modo realista el empleo del *bastón*<sup>(51)</sup> y en tal concepto se aplica a la forma principal de la *wadiation* (\*2).

Pero la *stipulativ* romano no se encontrará también dentro del mismo orden de cosas?... El hecho de que en el de-

51) Ordinariamente se considera la palabra *arramire*, en el tronco germánico, como híbrida. Pero entre los romanos se encuentra la palabra compuesta *arrama -de ramus -para* designar la rama. (Así se ve en *MuñO'*: p. 549: *et si (talieret) arbor, qui dat fructus, fuerit per unaque a.rrama 5 sol.*). La traducción de *arramire* con *stabon* (bastón) (Brunner II, p. 367, N. 6), se correspondería muy bien.

2) Hay que recordar aquí también la idea de el *pacta 'vestita* derivado de la Glosa 1 Sin duda pudo también esta frase, en los documentos más antiguos, estar en oposición con la romana «*nudwm pactum*» (1 7, § 4, D. 2, 14: *bis enim casibus ex nudo pacto nascitur actio, sed potest dici vestitum legis auxilio... Sed dicitur ab aliis vestimentis, que habent pacta, ut iam dicam sic. Et dici potest venditio nudum pactum ab aliis vestimentis practerquam a consuetudine*). — Pero sin embargo hay que considerar que en el derecho francés. la *promesse (convenant) vestue* es precisamente la promesa concluida con un símbolo: *Cout. de Bretagne* (ed. Planiol) c. 250 *nulle requeste ne contrat ne nulle promesse n'est responsable, si elle n'est faite par court ou vestue ou jurée ou fiancée; en el Livre des droiz § 131, § 132, al puro convenant se opond la obligation. o la tradition du pris como convenant vestue. Vérum además Ennein: Etudes sur les contrats dans le tres-ancien droit frai;ais p. 10, N. 31. Según esto pudo haber persistido en la población romana. de los siglos XI y XII. todavía como algo común, la idea de que sólo en la obligación *wadiada* aparece una acción directa para exigir su cumplimiento y entonces se habrán entremezclado la *wadiation* y los contratos romanos que no son *pacta nuda*.*

recho romano -al igual que en el germánico se emplee el *bastón* para la adquisición de inmuebles, ofrece, por lo menos, una posibilidad de analogía<sup>(53)</sup>. El que la *stipulatio* quizás se refiera en primer término a la fianza procesal (""), aproxima todavía más a esta institución con la *wadcatwn* germánica.

La expresión *stipulatio*, empleada para designar el acto a que se refiere me parece decisiva. Desde luego que no puede ser tomada en consideración la sencilla etimología de esta palabra que Isidoro ofrece derivándola de *stipu/a* (5s), aun cuando quizás recuerde esta hipótesis, el empleo de una *stipula* en la *wadiation* visigoda. Tampoco es aceptable el racional supuesto de Paulo que equipara *ipulus* con *firmus*, ni la opinión de Varron que la deriva de *stips* (dinero)<sup>(56)</sup>. El bastón, la estaca, se designan con la palabra *stips* (*.stipes*); no será por tanto la *stipulatio*, en realidad, exactamente lo mismo que el *stachamentum* visigodo? El hecho de que en los tiempos históricos se haya perdido esta significación realista al dejar de emplearse el símbolo, no debe sorprendernos -dada la escasa antigüedad de todo el derecho romano que nos ha sido transmitido -puesto que también en la mayor parte de las fuentes germánicas ha dejado de emplearse y ha sido olvidado el símbolo de las antiguas promesas *wadiadas* y garantizadas con fianza. -También sobre otro elemento romano podría arrojar luz lo que hasta aquí llevamos expuesto. Tal ocurre con la palabra *spombio* que parece revelar algún acto religioso<sup>(57)</sup>, cosa esta que se explica con el hecho de que la promesa *wadiada* germánica -como toda investidura, —

53) Sobre el *bruitón* : Girard-v. :Mayr, *Romische Rechtsgeschichte*, p. 131, N. 4, p. 1080, N. 5; A. I. v. Amira Stab, p. 164. Yo recuerdo sobre ello que según Virgilio: Eneida XII v. 206 y sigs. Turnus recibe un cetro por causa de una promesa de paz.; todavía hay que citar aquí la *perca arsmatica* de las tablas eugubinas (VII a 46: *Plant. a Gramatik der orkisch-umbrischen Dialekte II*, página 584).

54) Mitteis, *Romisches Privatrecht I*, p. 267.

55) Etym. V, 24, 30.

56) Girard-v. :Mayr p. 527.

57) Girard-v. :Mayr p. 528.

supone un *firmare* por toda la parentela, esto es un wto de recibimiento en la comunidad familiar, el cual necesariamente, ha debido ser en los tiempos primitivos un acto de culto religioso.

Así precisamente se describe en la terminología griega <sup>lyl>ii.v,</sup> *νυίει* -a mi entender de la manera más simple, -cuando se parte de un símbolo primitivo qU:e d. deudor en propias manos entrega, y el fiador en propias manos entrega, y el fiador en propias manos se hace entregar (58).

2. Lo que todavía debe estudiarse más ampliamente es la relación de la *wadiatwn* con el derecho de prenda. Como es sabido, en una gran parte de los derechos germánicos, es *wadiwm* la designación que se emplea para la prenda, y esta significación ha llegado a ser tan común que hasta se deriva de allí el uso de la palabra *wadiare* en el sentido de preñar, ¿Cómo se compagina esto, con el hecho de que la obligación se contraiga generalmente por medio de una investidura? Dos posibilidades se ofrecen a nuestra consideración. O bien se ha de ver en el *wad;uni*, el primer término, el *objeto* que en d'l como símbolo *Je* *U'rt* investidura, la porción del equipo *.fl'.l r.'aLnHmt•3* es un vestido (*wadiwm*) y que para el acreedor como una prenda le sirve de garantía de que con él obtiene una acción judicial contra todos los bienes del deudor, o bien por el contrario, debe verse ante todo en el *warlium* esta acción judicial del acreedor contra todos los bienes del deudor basada en la investidura. En el primer caso, partiendo de este supuesto de que el *wadium* es una prenda habría que admitir que poco a poco se extendería la aplicación de este vocablo sirviendo para designar toda acción de preñar; aceptando la segunda hipótesis el proceso sería distinto: la palabra, *waiium* que ante todo serviría para designar una acción judicial particular, se habría hecho extensiva más tarde a la acción del acreedor prendario sobre las cosas constituidas en prenda. *illn oLra*

<sup>6B)</sup> Sobre la etimología, Patsch, *Griechisch.es Bürgschaftsrecht*, p. 46 y sig., que sin duda llega a otra interpretación.

ocasión, después de algunas vacilaciones me he decidido yo, por el segundo de estos dos supuestos (59), pero sin embargo. el derecho español muestra que el primero es más acertado ya que bajo el concepto técnico de *bestia* comprende conjuntamente (60) a los símbolos de una investidura y a los animales que se colocan como garantía en la celebración de un contrato y, por otra parte, con la palabra *pignus* se designa no sólo la prenda propiamente dicha, sino también un animal y en general un bien mueble (*Fahrhabe*) (61). -No es esto sólo. La frase *echar peños*, que se refiere, en primer término, al símbolo de la investidura, se emplea también con respecto a toda prenda mobiliaria (62). De modo que se ve claramente que los símbolos de la investidura, se consideran generalmente como formas básicas de la prenda.

De lo expuesto se desprende, naturalmente, una distinción. Sólo se origina un verdadero derecho de prenda. allí donde lo que se entrega como símbolo de la investidura. es de un valor económico positivo; precisamente por eso se explica la preferencia por el empleo de un bastón como símbolo de la investidura. Cuando las partes sólo se proponen conseguir los efectos generales que produce la investidura del acreedor -de los cuales se tratará en la sección final de este estudio -emplean ellas como símbolo un bastón; cuando se persigue un aseguramiento del acreedor, de un modo inmediato y real, el objeto que se emplea como símbolo de la investidura es de un valor positivo y así poco a poco se instituye como tal ganado mayor e inmuebles después que uno y otros se poseen ya individualmente.

Esto explica, finalmente, porqué toda prenda se llama *wadium*.

Presupone, por consiguiente, el derecho español, la existencia de una obligación que de un modo general se garan-

59) *Einkleidung* p. 98, abajo p. 35.

60) § 2, N. 31 y sig.

61) Así en *dar casa con peños*: § 6, N. 50 y sig.

62) Este párrafo en la N. 19.

tiza con fianza, juntamente con un derecho de prenda sobre cosas determinadas, y este último derecho, es aquí tan accesorio como en Roma (68). Pero sin duda, como anteriormente se ha mostrado, no es el tal el único derecho de prenda: cuando se entrega una prenda — lo que es lo mismo en *arra* — en garantía de una promesa no *wadfada*, el derecho al embargo de esta prenda o esta *arra*, es algo principal y no sólo subsidiario (64).

## § 6. Los efectos de la Wadiation

I. EMBARGO CONTRA EL FIADOR, NO CONTRA EL DEUDOR. — **L** Según ha resultado de la descripción de la forma de la obligación *wadiada*, es en ella esencial la interposición de una persona entre el acreedor y el deudor. A este intermediario le designamos con el nombre de fiador arrasando con ello el riesgo de incurrir en una no ignorada indefinición.

La existencia junto al deudor principal de otra persona que se obliga sobre el mismo crédito, que es algo accidental en el derecho moderno y también en el derecho romano — **al** menos tal como le conocemos — constituye en el derecho español — **y** en general en todo derecho germánico, — una relación jurídica necesaria. El fundamento de este fenómeno sobre el cual nunca se ha pensado seriamente podrá ser debidamente destacado al final de este estudio; de momento debe aceptarse el hecho como algo inexplicado y ser descrito según se presenta en casos concretos.

68) Así por ejemplo Fueros de Aragón I, p. 281 b, IV (§ 6, N. 1) y particularmente Boletín XXXVII, p. 381, § 102, donde de un modo enteramente notorio, el embargo de los bienes muebles hecho por el fiador precede al de los inmuebles instituidos al efecto.

64) En caso tal puede verse en la muy vieja fazaña de los Fueros de Aragón II, p. 110 a b (= Navarra VI, 9, 2). Sobre esto he escrito yo en Z. Sav. St. f. Rechtsgesch. Germ. Abt. XL, p. 255.

2. Es decisivo a este respecto, el hecho de que aquí aparece invertida la relación entre las tres personas que intervienen en el contrato si se la compara con lo que ocurre en la concepción romana y en el derecho moderno. El acreedor no procede contra el deudor principal sino contra el fiador y a su vez éste, es quien actúa contra el deudor (1). Resulta evidente con esto que el

---

↳ Navarra. III, 16, 10: revela una prenda extrajudicial del deudor cuando dice que el *fiador si viniere i ienilmr a la heredat daqueyll, qui lo yó fiador*; III, 17, 6: todo fianza es tenido ru demostrar a su creador peynos... et el fiador... va al deudor, que saque los peynos; V, 8, 1: plantea la cuestión de cómo el *logrador* -esto es, aquel que da un préstamo sujeto al pago de un censo — retiene la prenda a él concedida, y habla de su aprovechamiento y de su destrucción. Con este motivo se dice: et si el logrador rompe los peynos, que tiene del fiador del cabdal, emendará de los peynos et demas deve perder el logro. Yanguas I, p. 445: ex quo aliquis pignora verit suaro fidanciam non reddantur pignora. nisi per ipsam fidanciam; et, si debitor reddiderit pignora ad fidanciam, erit libera. Jeros de Aragón I, p. 279 a/b, 121:7: si is, qui misit in pignore ipsam hereditatem, noluerit aut non potuerit soJ. vere creditor pecuniam mutuam termino constituto, qui tenet ipsam hereditatem in pignus, pignoret ipsam fidanciam aut suum debitorem, si forte non babuerit inde fidanciam; -esto es, que aquí se acepta como algo natural que el acreedor, cuando media fianza. se dirige en primer término contra esta fianza y no contra el deudor. -P. 278 b, II, 1247: multotiens accidit, quod aliquis homo accipit pecuniam ab aliquo homine, pro quo solvenda dat ei fidanciam, ut paccet ei pecuniam termino inter eos constituto; et quia debitor non vult persolvere pecuniam debitam termino constituto, fidancia coactus et districtus ab ipso creditore pignorat debitorem et vult reddere pignora creditori, scilicet causam pignoratam; sed creditor illo modo vult recipere illa pignora, sed dicat contra fidanciam «non teneris mihi dare pignus, quod pignora rasti debitori»; super quod dicit forus, quod ipsa fidancia non debet ei dare pignus, quod debitori pignoravit; sed quocumque modo potuerit, debet dare operam, ut faciat paccare creditorem (es decir, que el acreedor puede exigir un pago verdad; no se emplea la prenda para contentarle con una especie de *datio insolutum*; pero aquella acción no es él, sino el fiador quien puede ejercitarla contra el deudor); I, p. 281 b, IV, 1247: cum aliquis miserit in pignus ad alium casas, campos aut aliam hereditatem. cum carta, fidancia.5 et testibus secundum, quod est forus, postquam tenninus fuerit transactus, in quo debet recuperare suam pecuniam ere-



fiador es aquí un intermediario entre el acreedor y el deudor — lo que la jurisprudencia longobarda designa con la palabra *mediator* (2).

Y por eso se explica que en ciertas ocasiones se conceda al fiador frente al acreedor una especie de prórroga, cuando en la persona del deudor surja un impedimen-

ditor, qui eam empresta.vit, si forte debitor noluerit succurrere suis fideiussoribus, quos missit in illo debito, unde creditor pignorat suas fidantias, ut faciant ei paccare suam pecuniam, nrum empresta.vit, ipsae fidantiae debent illud demonstrare ante iusticiam et ante bonos homines, quomodo non vult eis succurrere ille, qui posuit eos fidantias, ut trahat eos de illa fidancia, in qua eos misit et etiam quomodo sunt pro illo pignorati; et hoc facto, ipsae fidantiae secundum forum possunt mittere ipsam hereditatem in manu cursoris publici ad 30 dies et postea vendere illam; I, p. 284 a, I, 1247: fideiussor, qui a creditore pignoratus fuit, transacto termino, quo pecunia debuit solvi eum, qui fideiusor: So-rem illum posuit, similiter pignorabit et creditore reddente fidantiae suum pignus ad preces et iustitiam debitoris secundum forum fideiussor debet reddere similiter debitori suum pignus; nec potest nec debet illud aliquatenus retinere. -Boletín XXXVII, página 381, § 102: tutudo orne, que tobierc hereditat en peinnos fasta termino seyonna. Jado e si el termino pasado nol quisiere pagar su haber, el creedor puede, si quisiere pendrar su fiador, quel faga pagar. E si no oviere ren (el deudor), que venda y la hereditat fasta termino de 300 días; et si nol quisieren, el, que! puso por fiador o sus herederos e demas puede prender a su deudor por su haber; página 399, § 236: todo orne, que fuere fiador a otro por clamor, que haya dalguno, que faga complir fuero e tornare peynnos de marquero e los diere al querrelloso et el despues sin el fiador por si vendiere el peynno, el (en lugar de al) marquero despues non responda al fiador a la marca. -Usatici 129 (cortes de Cataluña I, página 42): si ille, qui plivium fecerit, Jidern, quarn convenerit, portare contempserit, liceat illi, cui mentitus fuerit eum dstringere et obpignorare in treuga et pace per orones dies, ita ut rmoderatum faciat districtum aut competens faciat pignus... Si vero ille, qui plivium fecerit, fidem portaverit et de suo debiturn persolverit, illi, qui eum in plivium miserit, eicer"e noluerit, in duplo ei solvere cogitur totum damnus, quod ei por ipsum plivium evenerit, -Libro de los fueros 133: parte de que el deudor y su mujer presentan a otro como *fiador o (e) deudor*. El acreedor embarga entonces al último; pero éste tiene recurso contra aquéllos y, en efecto, en el pasaje de los recursos contra las mujeres, se describe el que se dirige contra los muebles y el cuerpo de la mujer.

2) *li Einkleidung* p. 22.

to a consecuencia del cual no pueda el fiador exigir el pago del crédito de un modo inmediato (5). A tal punto que una vez, llega a establecerse que el acreedor no podrá proceder contra el fiador mientras el deudor permanezca en el destierro (6).

Se ha mostrado anteriormente que la acción del fiador contra el deudor se hace depender del hecho de la posesión de la *marca* por parte de aquel. También se ha visto que el fiador devuelve en todo caso la *marca* al acreedor después del transcurso de un año y un día, y que según más adelante se habrá de estudiar mejor, --queda libertado el fiador, en la fianza procesal, por el transcurso de un año. --Todo esto significa, sin duda, que en tales casos, es el acreedor quien procede contra el deudor de un modo directo (5).

}rente a lo expuesto está el hecho de que según otras fuentes, el acreedor puede proceder a su arbitrio o contra el deudor principal o contra el fiador (6).

5) Si el deudor está enfermo puede el fiador demandar al acreedor mi. aplazamiento: Navarra III, 15, 23. Lo mismo cuando el deudor está ausente; Teruel 167, 168; Navarra III, 17, 1-; Yanguas I, p. 147; III, p. 313; incidentalmente puede indicarse que en estos pasajes, como también en ciertas ocasiones, se designa al deudor en relación con el fiador, como *auctor* de éste --auctor de su responsabilidad.

4) Navarra III, 17, 15: si yfanzon o villano itare el rey de tierra, deven aver\_plazo lures fiadores ata. que la amor del rey ayan et tornen a tierra.

6) Sobre la aprehensión de la marca véase: § 5, N. 14. --Sobre restitución del símbolo por el fiador al acreedor y actuación de éste después del oormino de un año: § 5, N. 9. --Sobre la eparación del fiador procesal durante un año, véase la - llo.

6) Villanueva XVI, p. 172, Lérida 1228: consuetum est, quod quilibet convenire cum effectu primo fideiussorem vel si vult reum principail.em. -!<'uero real III, 18, 3: si aquel, que tomó fiador por algun acosa, quisiere demandar al deudor, puedalo facer y el deudor no se pueda amparar por decir que fiador tiene del (esto es, que aquí aparece todavía patente un estado de derecho anterior donde el deudor principal podía negar al acreedor el cumplimiento directo de lo prometido por existir un fiador). Otrooi, si quiere demandar al fiador, puedalo facer; ca pues que ambos le son tenudos e obligados, en su poder es, que dema,ml.e

La forma justiniana según la cual se reserva al fiador un *privilegium excussivum* toma carta de naturaleza en las Partidas (7). Pero también por lo demás, se encuentra aquí la distinción entre dos especies de fianza: una en virtud de la cual debe el acreedor proceder en primer término contra el fiador, y otra por la que debe aquél embargar al deudor principal en primer término: en el segundo caso se habla de un *ahonir* del deudor por el fiador, empleándose así una expresión (9) que también aparece con otros significados.

Mas si uno vuelve sobre la regla, primeramente descrita, se observa que el derecho español, comparativamente el común punto de vista del derecho germánico sobre la relación entre fiador y deudor (9). El hecho de que se encuentren también huellas de esto mismo en el

a quaJ. dellos quisiere, fuera. si fiadura fe fecha por alguna postura: en otra manera (=Soria, § 398). -Así se ve en el posterior derecho de Aragón, mientras que el derecho más antiguo (N. 1) exige la previa intervención de demanda contra el fiador; úbs. IV, de fideiuss. § 3 (Fueros de Aragón II, pág. 28): ítem in manu creditoris est agere contra fidantiam vel contra principalem; VI: de gener. priv. § 15 (p. 46): et scias, quod est in optione creditoris, quod distingat primo fideiussorem vel principalem; in Aragonia enim non est privilegium vel beneficium tale, quod prius conveniatur principalis quam fideiussor. — Sobre esto también jL Port. leg. I, p. 60 a, Sortelha 1228: et numquam vendantur bona de fideiussore, antequam vedantur bona debitoris. -Coutumes de Toulouse 7G: creditor ille --potest principalem debitorum vel fideiussorem... convenire.

7) V, 12, 9: en el lugar seyendo aquel, que fuese principal. debdor, primeramente deben demandar a el que pague lo que debe, que non a los, que entraron fiadores por el.

8) Estilo 229: si alguno fia a otro, que esté a derecho y se va el enfiado. este que lo fió, es tenido de lo traher a derecho o de tomar el pleyto por el, si quisiere, y cumplir, quanto fuere juzgado. }-fas si alguno facen abonado el demandado, entonce la sentencia, que fuere dada contra el, dehese entregar en sus bienes del demandado; e si alguna cosa mengua, que no se pillede ent\$gar en sus bienes, debenle entregar en los bienes <leste, que le fizo abonado; mas primeramente se debe començar a facer entrega, segund dicho es en bienes de a quel, a quien fizo abonado. -Otras significaciones de abonado: § 5, N. 47.

9) Mi Einkleidung p. 12 y sig.

derecho griego <sup>(10)</sup>, demuestra que se trata de algo procedente del primitivo derecho ario.

II. EL EMBARGO EXTRAJUDICIAL. - 1. El embargo del acreedor sobre el fiador y del fiador contra el deudor se realiza de una manera arbitraria y no por el camino por lo demás reglamentario y único permitido de la querrela (11). No significa esto, que la querrela se excluya sino únicamente que no es necesaria, rigiendo esto lo mismo para la acción del acreedor contra el fiador (12) que para la de éste contra el deudor <sup>(13)</sup>.

<sup>10)</sup> Part.sch, Ob. cit. págs. 27 y 158.

<sup>11)</sup> § 2.

<sup>12)</sup> Yanguas; I, p. 445; Fueros de Aragón I, p. 279 a/b; I, página 281 b, IV; Boletín XXXVII, p. 381, § 102. Usatici 129 (todoo pueden verse en la . I). Además Yanguas I, 433. Elltella (= III, página 305, S. Sebastián): et si alíquis in domo vicini sui intra.sset. vel pignora t.r&issset per vim, pariet 25 solidos domino domus; et si fldanza fuerit, bene debet pignorare sicut est foro; p. 458: nullus debet pignorare vicinum suum, si fidiator non est. Et si pignorerit vicinum suum, qui non est fidiator, debet calomnian:n 25 .solidis et reddet pignora (sin duda no es enteramente seguro el determinar si estos último-s pasajes se refieren a la prenda del fiador por el acreedor o a la del deudor por el fiador); p. 146: si quis pignorerit aliquam fidanciam fructuum vinearum aut agrom aut locherurn de domo aut de honore, totum emendabit suus auctor (en la impresión se lee incorrectamente *ductor*; sobre *auctor* véase la N. 3); p. 447: si aJ.iquis homo habet fidainzia.m, intlll!J'e debet in sua domo pro pignore; et si ille potest monstrare suail'.ll bastiam vivam de foris non debet intus intrare; p. 448: et si ad suam portam supradictas bestias non monstravcrit, dornum intrare bene pot<EJrit per pignorare; III, p. 312, S. Seba.stian: quicumque fidantiam tenet pro suo avere, querat pignus ad suam fidantia.m; et si fidantia(m) monstraverit sibi pignus mortuum, quod vama.t minus tertiam partem, accipiat illud pignus et hoc de tertio in tertium diem; sed si bestiam vivam dederit, accipiat illum vel antea vel postea; sed si debita plus valuerint 100 solidos, mostret illi caballum vel mulum vel mulam vel equarn vivam; et si suum habere (el crédito del acreedor) valet 100 solidos, mostret illi bestiam, que valet 20 solidos; et si 50, mostret bestiam de 10 solidos. Fueros de Aragón II, p. 97 b, I, 1247: si equus, **eq** mulus, mula aut asinus emissarius alicuius fideiussoris fuerit ab a,liquo, cui fideiusserat, pignoratus, et qui eum posuit, sibi noluerit su,bvenire, iurante fideiussore, qui cum posuit, solvat de a.n.tigariis (desfigura<la.ment.e, por engueris) pro quolibet nocturn 5 arrobas <>rdei.

Una aplicación particularmente notable de este principio la constituye el hecho de que también el hombre que es fiador de su propio señor puede proceder contra éste a la par que se hace responsable, como tal fiador, de las violencias que su señor cometa<sup>(14)</sup>. El embargo, puede evitarse, naturalmente, ofreciendo de manera espontánea una prenda; y así se dice que «toda fianza es tenido a demostrar al su creador peynos» (15).

En otra ocasión se permite la prenda extrajudicial contra el *fide ussor* y el *debitar manifestus* al igual que se presupone que es un tal *dehitor manifestus* aquel que presenta un

---

Boletín XXXVII, p. 450, § 7: todo ome, qui pendrare fuera de la.s heras (7) a 5 solidos, de calonia si non fuere a su fianza. Ined. de hist. port. V, p. 385é III: se aJgun homem... demandar vezino de fiadura e disser esse demandado, «non sey, se soo fiador, se non» devem no apegnorar; es decir, concede que se le pued'e pre dar a uno que es fiador.

15) Navarra III, 15, 10, IU, 17, 6; Fueros de Navarra I, pá-ina. 278 b, II, 124:7, p. 284 a, 4 1247; Boletín XXXVII, p. 390, § 236; Libro de los fueros 133 (todo eu X. 1); además Boletín página. 383, § 124: los herederos del fiador no responden; pero si el fiador ha prenda.do ya al deudor, responden aquéllos, sin embargo, de la entrega de lo prendado al acreedor, (otrosi si alguno fuere fiador por heredad o por otra cosa, non deven los heredeu-os responder; porque se muera el fiador teniendo el peino... sus herederos pechen el peynno de su deudor; p. 400, § 247: todo orne, que fuere fiador a otro por alguna cosa, e tornare peynno de mar- quero et el demandar dixiere al fiador, quel desempara, non puede mas tenerlo por la voz. Fuero viejo III, 6, 5: el fiador que al acreedor ha pagado «deve luego entrarle de los bienes del otro de quanto por el pechó con los daños, que por el rescivió. Iii si negare la; fiaduria e el otro gelo probare, devegelo todo pagar dobrado, quanto el pechó; e de t.al entrega, como esta, devele valer al merino la meitat, quanto en lo del dobro e la ora meitat al querello&»; e si mueble non ovier, <leve prenda.rle el cuerpo por ella>. -:El embargo del deudor principal por el fiador se pone de manifiesto también en Teruel 47 (§ 4, N. 206), donde los *fideiussores* pagan al acreedor con los bienes del deudor ejecuta.do.

1) Boletín XXXVII, p. 378, § 84: et si el seynnor de la; vila metiere su mequino fiador e nol quisiere facer. derecho e. viniel'e a. va.raja sobre la. pendra, el mesquino tornare a su seynnor sQbre la pendra, non ha calonia.

15) avarra III, 17, 6.

*superlevator*. Todo esto nos conduce de nuevo sobre la observación ya hecha de que la deuda *wadiada* se ha de contraer con alguna publicidad. (16).

Hay que destacar también, que es en esta forma como se hace efectiva la promesa procesal- esto es, como se exige la ejecución de lo fallado, --bien por reclamación del fiador. bien por reclamación directa del acreedor cuando aquél haya cesado por el transcurso de año y día.

2. a) Para cerrar el circuito de esta especie de prenda hay que considerar : de un lado, que esta actuación arbitraria no acostumbra a detenerse ante la rasa del deudor (17), como ocurre cuando se trata de un embargo realizado por la autoridad en tanto en cuanto el *encerramiento* no haya llegado a su término (18); de otra parte, que sólo los bienes muebles quedan sujetos a esta prenda extrajudicial, estando los inmuebles excluidos de ella, y pudiendo sólo proceder contra estos el acreedor, cuando ellos son hipotecados y aun entonces sólo por el camino de la querrela (19). Sin duda. se demostrará más tarde, que en

16) Lo primero en Teruel 409: *nemo ipsum pignoret nisi fideiusor fuerit sive debitor manifestus*; lo segundo en Teruel 201: *si forte debitor manifestus aut eius superlevator se fugerit*; además § 5, N. 44.

17) Yanguas I, p. 433 (=III, p. 305); I, p. 417 (ambos .!). Teruel 165: *recepto fideiussore, ut forum precipit, querelosos pignoret in domo sui contemporis cotidie, quousque ei satis faciat, ut est forum.*

18) § 2, N. 78 y sig..

19) Fuero Viejo III, 6, 5: *si no existen bienes muebles se embarga directa=ente el cuerpo del deudor (N. 13). Fueros de Aragón I, p. 96 a, I, 12'17: cum aliquis infans... posuerit illi fidanciam et noluerit ei dare debitum aut trahere ipsum de ipBa fidanciaria, in qua eum posnit, dicit forus, quod si non habet, in quo possit pignorare eum, qui conqueritur, dominus, qui habet dominium in villa... potest mittere clarantem in haereditate ipsius infanzionis, donec solvat conquerenti pecuniam*; L página 281 b, IV, 12J7. Yanguas I, p. 41 y sig.: *si quis miserit fidanciam et dixerit fidancie sue ((Si dampnum inde vobis veniat de ista fidancia, super istam domurn aut super istam haereditatem ¡vos teneatis» -et si fidancia habuerit in cle testes, non poterit illarn domum aut hereditatem mittere ad alium in pignore; -esto significa., sin embargo, que es necesario instituir expresamente una*

otra °dirección, se extiende poco a poco la *wa:diáfJion* también sobre los inmuebles.

b) En una serie de fuentes, la facultad de embargar que tiene el fiador puede ejercitarse contra la persona del deudor, contra su mujer y contra sus hijos ; y esto, en una ocasión, es de tal modo enC<sup>l</sup>-arecido, que incluso el cadáver del deudor puede aprehenderse (2°).

Es indudable que frente ello está en pie el hecho de que según otras fuentes, el fiador de una transmisión de inmuebles, esto es, el fiador que para el caso de evicción se presenta. no puede entregar al deudor en poder del acreedor<sup>1(2°)</sup>, resultando por tanto que en el fiador, la facultad

hipoteca, cuando el fiador -con exclusión de toda otra persona -debe poder retener un inmueble. -Yanguas I, p. 447, 448: a.quí se p<sup>u</sup>te de que se puede prondar arbitrariamente a un fiador en sus bienes muebles; pero el embargo de inmueble.s presupone el ordinario encerramiento. Una tal prenda judicial se obtiene cuan., do según Xavarra III, 15, 10 «*el fiador sí viniere pendrar a la heredad d'iqwylt qui lo y/o findor*», y según Teruel 19, fideiussores de salvo debeant pectare homicidium, intrando primitus totam. radichern dapanati et mobile.

20) }acro viejo III, 6, 5 (X. 13) ; Teruel 168: tamen si superlevator illum debitorem, quem superlevaverat, manifestum habere potuerit, recipiatur in locum superlevatoris et superlevator exeat a captione. Teruel 171 : si vero superlevatorem, antequam pectet debitum debitorem, ut dictum est, invenire vel adducere non potuerit et uxore debitoris et filio manifestos facere potuerit, ut forum precipit, querelusus in loco sui debitoris illos recipiat et in captione teneat. Yanguas I, p. 446, El'tella.: sed si fiducia mittit. suum auctorem (el deudor principal) (se. *in persone*, esto es, ¡en la prisión) non dabit. illi panero. i\l. Port.. leg. I, P. 379, Fresno 1152: si (el fiador) contentorem (al deudor principal) habuerit, mittat illum in manus et sine calumnia et in cepo et exeat sine caludllia.. -Sobre la confiscación del cadáver: avarra III, 17, í : fianza, que ha a peyt.ir per omme muerto, deve el:mpai'arilo del muerte por la dobla. si peyto; et si non lo ha, puede prender el cuerpo fuera de casa o de glesia e tener el cuerpo peyn.drado, que non entre de ius tierra. -Que el cadaver puede ser embargado por la deuda, se encuentra en todos los dominios del derecho medievaj y no se limita sólo al deudor en rmlación con el fiador : así lo muestra la sobresaJieúte investigación de Hinojosa, publicarla en Estudios sobre la historia del derecho español p. 145 y sigs.

21) Usagre 98: et si el otor non oviere, onde pecha.T, el f

de embargar la persona del deudor, no es algo que se desprenda naturalmente de la esencia de la institución misma. Hasta que punto se permite tal aprehensión personal, será más o menos acotado (22). Pero tal como esta facultad aparece, es sin duda una facultad extrajudicial, como lo es la concedida sobre los bienes (23).

3. a) El embargo por causa de la *wadiation*, no se distingue del embargo por causa de los créditos ordinarios, sólo porque en este último se exija intervención de la autoridad pública, -sino también por otras manifestaciones. Ordinariamente, -el embargo que tiene lugar sobre la base del *Si, quillim regis* que se exhibe, puede anularse en todo tiempo por la colocación de una fianza; por el contrario, el embargo hecho por consecuencia de una obligación afianzada, no puede ser detenido por nueva institución de un fiador. Y esto se encuentra muy natural, si uno piensa que el fiador, en primer término, es sólo un intermediario, -: quod pro d. p. h. l. or material soporta toda la responsabilidad, de modo que la entrada, de un nuevo fiador ninguna ventaja para su crédito proporcionaría al acreedor. Tal es lo expresado comúnmente por el proverbio jurídico (2), «fiador sobre fia-

---

dor lo pectet, sus bestias iazicudo. Ei por esto el fiador non metra el depdor en manos al q1ereioso.

22) Véase más adelante X. 72.

23) Fuero viejo III, 6, 5; Yanguas I, p. 4-16, II. Port. lcg. L. página 379 (N. 20). En todas estas fuentes aparece una actuación arbitraria del fiador sin previa demanda, al igual precisamente de lo que se dispone en Navarra HI. 17. 7 sobre el embargo del cadáver. -Se ve esto muy claro en usagre JS (X. 1). -En Teruel 168, 171 pudiera referirse el *manifestum habere* o *manifestos fa cere* a la acción de convencer, de demostrar, y en tal caso presupondría esto la existencia de un juicio; pero filológicamente se puede también interpretar el *manifestum habere... fa cere* como el hecho de suministrar noticias del deudor fígitivo, por su familia -por ejemplo, -y esto es seguramente lo acertado, pues en Teruel 171 se trata realmente de un *convincat eos* (uxorem et filios) por el *supplicator* si *istud* niega la deuda; roas esto está separado del *manifestos facere potuerit*.

24) Xavarra III, 15, 5: maguera si el peyndramiento fuere fecho, que peyndre ombre a su fiador, porque non reciba fiador.



dor non manda recibir el fuero», lo cual resalta en distintas aplicaciones, al menos por lo que se refiere precisamente a *m* promesa procesal. Así por ejemplo, sólo se recibirá una promesa procesal de aquel a quien se tiene como fiador, cuando él niegue en absoluto serlo (26).

b) El principio de que un embargo no puede ser defendido por la prestación de una promesa procesal, se presenta también en la mayor parte de las fuentes posteriores muy transformado.

*quoanto* el aJcalde mandare, non deve avcr colonia; que fiador sobre fiador non manda recibir el fuero; Fueros de Aragón I, página 286 a, 1247: creditor, qui usque ad certum terminum pecuniam super pignora mutuavit, confecto inde cum fidantia et testibus instrumento, si transacto solutionis termino fidantia: m. pignoraverit, ut faciat pecuniam sibi solvi, non potest debitor offerre super fideiussorem fidantiam iuris; sed quod solvat sibi pecuniam mutuatum. -Navarra III, 16, 2 contiene en lo esencial el mismo estado de cosas que el segundo pasaje. Aquí el acreedor puede rehusar la fianza primeramente ofrecida, por *que manifesta cosa cm*. Pero se ha mostrado ya (§ 5, N. 44), que precisamente la vadiation misma se designa como un *manifestum*; y así resulta que el tercer pasaje refleja con otra expresión el mismo pensamiento que constituye la base de los otros.

<sup>25</sup> Fueros de Aragón I, p. 283-84, 1247: quicumque aJii fideiussorem se obligaverit, ut usque ad certum tempus solvat ei pecuniam vel aJiquam haereditatem restituat aut aJiam rem quam cumque et postea offerat. ei. cni est obligatus, fideiussorem iuris nolens pecuniam solvere aut haereditatem restituere, ut promisit, Secundum forum non est talis fidantia inris admittenda, nisi offerendo ipsam negaverit dictam pecuniam se debere, ut ab adversario postulatur. Et si dixerit, se fideiussorem de solvenda pecunia aut haereditate restituenda, modo quo ab actore asseritur, minime posuisse, tunc ei admittitur; I, p. 286 a. I, 1247: creditor, qui usque certum terminum pecuniam super pignore alicui mutuavit, si transacto solutionis termino fidantiam pignoraverit, ut faciat pecuniam sibi solvi, non potest debitor offerre super fideiussorem fidantiam inris, sed quod solvat pecuniam mutuatum. Boletín XXXVII, p. 383, § 117: otrosí todo orne, que fuere fiador, puedel pendrar su deudor et si el prometiere fiador sobre el peynno, no es úmido el fiador de rescibirlo. *E'* si trasnocham en su poder, no ha caJonia ninguna, fueras si diere fiador sobre el peynnno de niego e devel rescebir el fiador e non <leve trasnochar el peynnQ en su poder.

Una serie de las mismas excluye la *fidanzia iuris* en el *debitum manifestum* sin que se explique exactamente lo que bajo este último concepto hay que comprender (26); según ellas el *pignorare* por causa de *debitum manifestum*, esto es la confiscación de la cosa para el pago, no es un puro embargo (27). Es de la mayor importancia que se encuentre el mismo principio en algunas fuentes del siglo\_xn, que han sido ya utilizadas con frecuencia en este estudio (28). -- También en un pasaje más antiguo, al mismo tiempo que no se establece ninguna limitación a la prenda mobiliaria por causa de *deudo manifesto*, se determina, que en la ejecución ordinaria sólo puede embargar el acreedor, primeramente, gaado menor. Coinciden en esta no limitación en

---

26) Fueros de Aragón I, p. 14 a, VI, 1283: item demandan, assi en criminal como en civil, que valga fianca de dreyto contra seynor e contra oficiales e contra todo hombre esceptado el caso manifesto, segund fuero requiere; II, p. 30, § 21: de consuetudine regni super ratione alfardao (una especie de cánon de agua: página 227 a, I) *pignorare non habet fidantia iuris sicut nec in debito manifesto*; IT, p. 49, § 8: ítem que ibi dicitur, quod in omni petitione criminali et civili valet fidantia iuris... excepto debito manifestu; JI, p. 8 a, § 1: et sic testatio vel empara facta pro debito manifesto non solvitur cum fidantia de directo. Sed si non est debitum manifestum absolvitur cum fidantia de directo. -- Aquí también se debe citar el Estatuto de Arran de 1313 § 18 (Privilegis i ordinations de les valls pirenenques I, p. 31): quod quisque poterat pignorare vicinum suum pro debito claro et concessio; et si non concederet debitum quot conveniebat, eum verbo suo coram iudice.

27) Fueros de Aragón II, p. 8, § 8: differentia est tamen íter pignora, que facit curia vel testationem vel emparam; nam non pignorat curia nisi propter debita manifesta. Sed empara vel testatio fit etiam pro debitis non manifestis. -- Véase también Salamanca 233: donde al paso que se prohíbe toda ejecución durante la cuaresma, se dice: «si manifesto fore de 10 a 9 dias!».

28) Vigil: Ayuntamiento de Oviedo p. 10 y sig., 1145 (Avilés § 12): de rancura (Llorente IV, p. 98 ha foído equivocadamente de *radanierta*, enteramente incomprensible), que ha;ya vecino de aJ-tro, que debdo cognoscido non sea, vaya con mayorino et **dee** 11i fiador, et si non dier prenda illo; p. 10 (Avilés § 11): por el debdo conoscido, que aya a dar vezino prenda pignos illo sagione et dialos aJ. quereloso et non le día plazo si non quesierit (§.2, .N. 21).

punto al embargo de una cosa mueble, el embargo por causa de *debitum manifestum* y el embargo por causa, de *wadiation* (29).

En otras fuentes se dice que cuando medie una *carta* (S<sup>o</sup>) no debe aceptarse la presentación de un fiador -aunque, naturalmente, si se quiere se "le puede admitir es1), -puei;; la deuda concluída por documento auténtico se equipara a la *debitf*), *rnani/esta* (32). -Y por esta misma razón -la d equiparación con el *deoitum manifestus* (33) -resulta en parte en documentos antiguos, -que tampoco es neccsario ningún fiador, cuando el deudor haya reconocido, lo la deuda ante la jnsticia (34).

Por último, -muy tempranam ente -se excluye el afianramiento en el *j1Nhcaturm* (35), a hL par que se comprende el *judicaforn* dentro de la órbita de la deuda reconocii-

29) Doletín XXXVII, p. 382, § 111(§ 2, N. 78); además antes. X. 17.

30) Fueros de Aragón II, p. 7, § 19: pro demanda, debito vel iniuria vel alía quacumque re potest quilibet pignorari, si obligatio sit cum carta; et tunc non obstante fidantia de directo remanebit pignus... quia in debito manifestum non recipitur fidantia de directo iu Aragonia; II, p. 9, § 23: ítem nota quod testatío vel emparamentum, a quocumque fuerit petitum, cum carta vel sine carta debet fieri. Et sine carta habet locum fidantia, sed cum carta non; p. 30, § 18: non habet locum fidantia iuris de debito manifestum, utpote de carta.

31) Así Teruel 167: quis debitorem manifestum superlevare voluerit.

32) Fueros de Aragón II, p. 9, § 19: ítem in debito manifestum, ut cum carta vel confessione partís, non admittitur fidantia iuris; página 30, § 18 (N. 31), p. 7, § 19 (N. 31).

33) Fueros de Aragón II, p. 9, § 19 (N. 33); II, p. 49, § 9: quod dicitur de debito manifesto intelligitur, si est delictum cum carta vel partís confessione; Usagre 492: antes que niegue o manifeste (el demandado) diga quereloso, que pide.

34) Fueros de Aragón II, p. 9, § 19 (N. 32): Sobre esto ya en Kavarra III, 16, 2, se excluye la presentación de un fiador porque «cosa manifiesta e nol podia esto negar el deudor et de cognoscido li venia de la deuda».

35) L'ort. leg. 1, p. 168, 121, 3: se aquel, sobre que futt a eyxacuc;om for ia iulga.do em nossa corte, sobre esto nom receba nenhuma cau<;om.

da (36), porque precisamente también en el territorio visigótico, se obliga al demandado a reconocer su deuda mediante promesa *wadiada* (37) para, el caso de su vencimiento en juicio, bien prestando esta promesa antes de la práctica de la prueba —y entonces tiene un carácter condicional, —bien prestándola después de que la prueba le ha ya sido desfavorable.

Si se considera ahora todo esto conjuntamente, se observa que caen dentro de la órbita de la *debíta manifesta* — siendo excluidas por tanto de todo afianzamiento —de un lado, las deudas reconocidas ante la justicia o declaradas por sentencia; de otro lado las concluidas mediante carta.

Pero el concepto de la *dibita manifesta* llega a extenderse tanto que se la debe agrupar conjuntamente con la deuda mediante *wadiation*; y así vemos, que al igual que se excluye un nuevo afianzamiento en una obligación ya afianzada se excluye también la presentación de fiador —fuero de Oviedo-Aviles —en el caso de un *libro reconocido*. Por otra parte, como la ejecución por causa de *wadiation* no se detiene ante ninguna cosa mueble, tampoco se debe detener la ejecución del *debitum manifestum* según lo; f. neros Yi- guerra-Funes, ante el ganado mayor (18).

Resulta por consecuencia claro, que la deuda judicialmente reconocida y el *jwlicatum*, son deudas *wadiadas*, puesto que cuando el demandado comparece ante la justicia lo hace como consecuencia de la promesa de comparecer que ha prestado, y además como ya se ha dicho se garantiza el cumplimiento de la sentencia —al menos con frecuencia por una promesa procesal.

Quedan las deudas contraídas por documento, sobre las cuales hay que hacer constar también, que son las que llegan a ocupar —el lugar de las deudas *wadiadas*. En efecto, se confirma esto, observando las dos especies de estas

---

36) Morlafü; 334 : de todas las conegude<i>, ,que hom es benent en cort mayor ha horo a pagar, en la cort den ca.ver lo medixs.

37) § 2, N. 26.

38) § 2, :N. 78.

deudas que se ofrecen a nuestra consideración, ya que en una. <le ellas se ve cómo el otorgante del documento suspende de éste su *sello*-y con él o su propia imagen *p* una miniatura, esto es un símbolo de investidura -y en las otras el *signum* colocado en el documento contiene algo del equipo militar (39). Y aun cuando es lo cierto que esto todavía. no basta para justificar nuestra afirmación ya que según lo expuesto anteriormente la *wadiation* es un acto que se celebra ante una asamblea, si se tiene presente que según el derecho español más tardío, sólo hacen prueba de un modo general las deudas contraídas por documento público (las otorgadas en documento privado sólo por excepción tienen tal validez recíproca, entre los comerciantes al por mayor y los detallistas) (40) y si se piensa además en que la *icadiation* se solemniza públicamente, se llega a la conclusión, casi necesaria, de que los *notirrii*-establecidos por lo *concilia*-habrán llegado a ser llamados a intervenir en la celebración de estos actos, transformándose así poco a poco los negocios *waciliado*. en negocios notariales. -Sobre la excepción apuntada en virtud de la cual se equiparaban a los públicos los documentos privados otorgados entre comerciantes al por mayor y detallistas, se atestigia en una noticia, del siglo XIV -utilizada hace mucho tiempo pero interpretada, erróneamente -que con tales documentos se podía llegar

39) Pa.rt. III, 18, 114: si alguno face carta... o pone en illa su sello; UI, 20. -Para lo segundo sólo hay que hacer por ahora. la observación de todo punto interesante, de que en la *ru.eda* del monarca español, esto es, en aquel *signum* que él en los documentos muy personales hace poner, se encuentra, precisamente, según las marcas más viejas, una bandera, o sea una parte de las armas o una parte del cuerpo; así se ve en la *Historia general de España* (III, 3): reyes cristianos desde Alonso V. hasta Alonso XI. por Don Jof. Colmeiro p. 56, p. 21; yo insistiré más exactamente en otro lugar sobre este hecho importante para el concepto del *Bandgemol*.

40) Fueros de Aragón II, p. 22, § 10: item licet secundum forum itera privata non faciat fidem in indicio exceptis casibus ibi contentis, inter quos est iste; exceptis etiam societatibus mercatorum, quas etiam de regni consuetudine cum libris et scriptura privata. facta inter mercatores et apothecarios (añta. el verbo).

de una manera inmediata a la ejecución del obligado (1), cosa esta notable ya que en el derecho español ulterior se ha de apoyar toda ejecución privada en un documento público (2).

El propio documento se designa ahora con la palabra *recaudo*, esto es con la expresión que primitivamente se emplea para nombrar el símbolo de una *wadiation* (s) y esto confirma de nuevo que poco a poco se transforman las *wadiationes* públicas, en obligaciones que se contraen ante nota.no.

En Italia se desenvuelve este proceso análogamente. También en este país el instrumento notarial sustituye a la *wadiation* y el juicio ejecutivo de los postglosadores puede decirse que no ha sido una transformación del primitivo derecho romano (3) sino mas bien -como por otra parte ha sucedido con frecuencia -una construcción jurídica romana de un derecho germánico.-Obliga a este supuesto, el hecho de que en España estuviera en pleno

---

41) Así se ve en los documentos de 1396 de Sevilla contenidos en Briegleb, *Geschichte des Exekutivprozesses* I, p.151 y sig.: 'Fzen sus contratos a Christianos y Moros y Judios por ciertas quantias de maxavedis, que se obligavan de les dar y pagar par ellas a. plazos ciertos y so ciertas penas, de lo qual les (los alcaldes de Sevilla) otorgan cartas y recaudos ante vos, los alcaldes de la dicha ciudad, para que fagades excecucion por ellas», que son interpretados por Briegleb I, p. 163 en el sentido de que el deudor presenta un documento ante los alcaldes. Pero *otorgar carta* no significa (como equivocadamente cree Briegleb I, p. 163 N. 8) presentar un documento, sino reclamar un documento, y así no se trata de una. alocución del deudor sino del acreedor, el cual presenta. ante los alcaldes los documentos para exigir una inmediata ejecución, por una obligación que ya largo tiempo (obligavan) har bái tenido lugar. Con esto desaparece toéla pretensión, influencia genovesa, pues el derecho italiano exigiría también entre merca.. deres, un documento público.

<12) Briegleb Ob. cit. p. 176.

<sup>a)</sup> Briegleb I, p. 157 : otorgan cartas y recaudos; Ined. de hist. port. V, p. 438; II : «que possa dar ende recabedo certaa, quando mester for pello tabellion)).-Sobre *recaido* véase e.riba., § 4, N. 30 y sigs., N. 123.

<sup>b)</sup> Esto es el pensamiento básico de Brieglehs I, p. 62 y sigs.

desarrollo el juicio ejecutivo antes de toda posible influencia de la teoría italiana.

Interesa ruwer constar, por último, que según testimonio de una vieja noticia) la autoridad sólo intervenía primitivamente -incluso en el caso de *debdo cognosddo* -para tomar una prenda. cuando procedía una multa por desobediencia: quiere esto decir que la aprehensión de una prenda para la satisfacción directa. del crédito, corría a cargo precisamente del fiador o del acreedor {<sup>5</sup>).

Tan sólo cuando la influencia de la JXLz pública se dejó sentir, ir, intervino también la autoridad en esta última. prenda. Esta influencia de la paz que se opone a toda arbitrariedad, siendo la base de una protección natural de la posesión en la Edad Media, actúa también contra la prenda privada de la deuda, *wculiada*. Pero sus esfuerzos no triunfan siempre. Así, en Cataluña, al paso que una *Coria-Wución de paz y tregua* de 1048 prohíbe toda prenda privada, otra de 1173 la permite (G). En Castilla desde el siglo xu deja de sancionarse en las leyes, pero su validez no desaparece en absoluto, ya que esta prenda privada, generalmente rechazada, se permite sin embargo cuando se haya pactado convencionalmente (1.7).

De todos modos resulta que a partir de entonces, en

---

5) Así el derecho de Oviedo: § 2, N. 21, y N. 28 ¡ quizás también Salamanca 148.

ts) Marca col. 1140 b, I: *itero constitutum est, ut nullus homo pignoret res alterius pro plivio vel pro alio quolibet negotio, quod alicui vel cum aliquo fecerit, quamvis ille solverit (incluso cuando el fiador ha. pagado)*. Cortes de Cataluña I, p. 59, c. 8: *si quis autem fideiussor extiterit, si fidem non portaverit, de suo proprio pignoretur*. -En Lérida se presupone también cerca de la fianza una; prenda judicial: Villanueva XVI, p. 182: *si autem res debitoris vel fideiussoris hic inveniantur, meo debitore illo conquirente, debet iudex eas emparare et tempus competens assignare*.

47) Cortes de los antiguos reinos de Leon y de Oastilla I (1861), p. 40, § 7 (1188) *statui, quod aliquis non pignoret, nisi per iustitias vel alcaides, quos positi sunt ex parte mea* p. 515, c. 31 (Alcalá 1348) *mandamos que ninguno omme no ll sea osado de prender a otro... salvo sylo podiese fazer, por quela otra parte se obligó e le dio poder, quello podiese prender*.

los casos de *debitum manifestum*, -esto es, de *wadiation* — y también, particularmente, por la promesa de cumplimiento de sentencia, sólo cabe exigir la ejecución judicial— cosa esta que primitivamente, únicamente se daba para la ejecución motivada por una multa pública (48).

Mas el hecho de que la *pa.:* pública. prohíba a *renudt*• la prenda privada en las obligaciones fortalecidas con *wadiation*, no conduce a equiparar los efectos de éstas con los de las obligaciones ordinarias ni con las que derivan de delito. Pues mientras a que a la ejecución judicial ordinaria debe preceder la querrela y la sentencia (o declaración de rebeldía), basta en la *uladiation* con dirigirse a la autoridad pública., sin citación de la parte contraria., para que inmediatamente tenga lugar la ejecución judicial (49); y cuando ya se ha comparecido en juicio y se ha prestado una promesa procesal, no se hace necesaria nueva acusación, sino que se puede ejecutar en seguida. -Del proceder arbitrario de la *wa:di,ation* temperado por el derecho de la *pa.z del paí.* resulta la *pa.rata e:cecutio* del derecho común.

### III. ÚBJETOS QUE SE SOMETEN A LOS EFECTOS DE LA WADIATION,

I. *Por parte del deudor. -A).* Los bienes del deudor y la *wadiation*.

a) La actuación del deudor se nos describe: de un lado, presentando un fiador, de otro lado, ofreciendo *tasa con peños C<sup>10</sup>*).

48) Que por causa del *debitum manifestum* debe ahora la justicia ejecutar, lo dice el § 2, N. 43; que primitivamente la justicia incluso por *debdo cognoscido* sólo la *calumnia* recaudaba, lo prueba el mismo párrafo de la N. 45.

49) Enteramente notorio en Fueros de Aragón II, p. 7, § 21: ítem *differentia assignatur cum carta et sine carta.; quia sine carta quis non pignoratur secundum usum regni per iustitias locorum, nisi probato debito; sed cum carta pignoratur incontinenti et sine citatione, per iustitias locorum.* En los pasajes de la N. 26 — que son más modernos — se presupone una iniciación por un funcionario público.

50) Usagre 30: tod ornme, a quien demanden casa con penn.os,



Esta palabra *pOJl.ino* (*pignus*) no significa. otra cosa dentro de la terminología hispánica, que una posesión de cosas muebles (*Mobiliarbeitz*)<sup>(51)</sup>, por lo tanto equivale a lo mismo, -aun cuando contribuye a una mas penetrante aclaración de la materia -el hecho de que en una ocasión aparezca el deudor presentando a un fiador y haciendo entrega al mismo tiempo de su ganado<sup>(52)</sup>.

Esta presentación por parte del deudor de bienes muebles únicamente, se corresponde con el principio sentado de que la facultad de embargar del fiador sólo sobre los

cognorninet 3 vicinos, qui levet eum super se; 33: et quando vinier (el demandado citad.o) a la villa, de casa con peños suo debitori (aquí como ocurre a menudo= acreedor)... E sil demandar casa con peños, ni gola de ; 31: et dele casa con pennos, q lie le esto a derecho (esto es, 1a promesa procesal). Et si non veniere o casa con peios non le diere, pectet moraveti a so contentor. Teruel 50: quicumque aJcaidus esse voluerit... det domum cum pignoribus in concilio, ut compleat in ornibus istum forum et iudex pro concilio ipsam accipiat, ut est forum; 68: et íps-e iudcx superfovatores ambulatorum (el funcionario de cuya obligación se trata) et domos cum pignoribm accipiat... Sepulveda 18: aquel que en Sepulveda quiera aver sus derechos, de casa con peños... e dele en conceio et reciba la el juez ; 248 (en la edición 268): tot omme, que que. rellaJ oviere d'otro, demande l fiadores, qu'el cumpla fuero o l dé casa con peños, si raigado non fuere. Brihuega p. 152: si no, de fiador e casa con peños, que responda a la vez. indad. Soria p. 103 b: montaneros... den cada anno casa con pennos. — o hay que recoger aquí que también al fiador se le exige <JUe Sea por lo :menos, poseedor de *casam con peños*, esto es, hombre acomodado: Teruel 165: si... in via alium habentem domum in villa cum pignoribus invenerit, qui illum superlevare voluerit; 166 : in supere.vatura vero nullus recípiatur alius, nisi ille, qui dornum cum pign0ribus in villa habuerit; Fueros de Aragón II, p. 102 b, II, 1247 : fidantia debet esse habitator et haeres eiusdem loci... et debet habere pignora..

<sup>51)</sup> Por ejemplo: Fueros de Aragón I, p. 280 b, III: forte ille, quem vult pignorare non habet ullam pignoram, sed tantum mruendum.

<sup>62)</sup> Así en el Doletín XXXVII, p. 377, § 71, se encuentra que cuando alguno niega ser fiador y por eso se llega al juicio, el que es demaíndado-según lo arriba dicho (.N. 24 final) -presenta un fiador procesal; esto se expresa así: firmara al quereyloso de niego dandol fianza e darle a su ganado.

muebles del obligado podría recaer <sup>(53)</sup>. Sin que contradiga esto la institución en prenda no sólo de *pennos* o ganados del deudor, sino también de su propia casa, puesto que la pasa está entonces en oposición con los bienes inmuebles (raíces) propiamente dichos <sup>(54)</sup>, ya que este concepto germánico de considerar la casa como un bien mueble -que durante largo tiempo perdura en las fuentes del derecho alemán de la Edad Media -prende también en España a pesar de que aquí desde los tiempos de Roma imperaba el edificio de piedra sobre el de madera.

Para el conjunto de esta concepción es decisivo, el hecho de que la obligación se presente, simplemente, como una donación de todos los bienes muebles, esto es, como un negocio de derecho real.

Sin duda que poco a poco, el derecho del acreedor por *wad-iation* se ha extendido también sobre los inmuebles del deudor; esto, que primeramente exigía la institución particular de inmuebles determinados se considera después como algo que dimana naturalmente de la *wad-iation* sin necesidad de particular determinación. En lo que sigue resultará comprobada esta afirmación por casos concretos en que se aplica esta idea.

b) La, *wadi(ion)* es una transmisión *fiduciaria* de los bienes muebles del deudor (o sea, primitivamente, de los únicos bienes en general) que debe implicar para éste la pérdida de la facultad de enajenarlos, ya que el principio «Hand muss Hand wahren» <sup>(51)</sup> -probablemente más moderno y no de aplicación general-se ha mostrado anteriormente que entre los germanos del Este, lo mismo que entre los germanos del Norte, carecería de valor. -Consecuencia de esto es, que el acreedor podía haber valer su dominio aunque la cosa permaneciese en manos del deudor.

Semejante norma, se ve atestiguada en la práctica repetidamente y de un modo directo. En primer término, se encuentra esta limitación de enajenar impuesta al deudor,

<sup>53)</sup> Arriba N. 19.

<sup>54)</sup> Sepulveda 248 (N. 50).

<sup>115)</sup> § 1, N. 77.

con referencia a todos los bienes —y por tanto también a los muebles —pero condicionada sólo a aquella cantidad de los mismos que basta para cubrir el importe de la deuda (56).

Numerosas noticias presentan esta limitación aplicada precisamente sobre los inmuebles (57); y aun cuando en

56) Fueros de Aragón I, p. 283 b, IV : cum quis fideius:ierit pro aJio et ante terminum debiti videt euro velle vendere bona sua, potjst testare per curiam et iustitiam illius loci, ubi bona sunt, quod non aJienentur; ita quod non possit testare nisi tantum, quan-tum sufficeret ad sdolutionem debiti, pro quo fideiussit. Boletín XXXVII, p. 400, § 245: et si aJguno fuere fiador et viere .su marquero, que agena sus cosas, bien puede le darli, que no a.gene en tode la valor de la marca. -Estilo 243: otrosí en las preguntas, que ficieron los alca.ldes de Burgos al rey, dice, que mandó el rey, que el, que ficiere deuda o fiaduria sobre lo, que ha, que no puede vender ninguna. cosa dello, fasta que aquel, que hobiere la deuda sobre ello, sea pagado. E si alguna cosa vendiere l dello, mandara el rey, que se pueda tornar a ello y que sea entregado en ello; y vendida que ficiere, non vala (hasta a.quí es igual a la Nouvelle 29, III, Alfonso X, en Opúsculos legales del rey Don Alfonso el Sabio 1836, II, p. 197, II). Pero a;sí se juzga, que si este deudor es raygado y valiado en los otros bienes, que fincan, que puede vender de los otros bienes, que vaJa la. vendida, salvo si los bienes, que vendiese, fuesen aeñala,damente obligado a estes deudas.

57) Sava:rra III, 17, 3: de omnes, que entran fianzas a otros omnes en muytes guisas et aqueillos, qui los mettan fianzas, venden o enpeynan lures heredades por amor, que metan lures fianzas en mal lugar, bien pueden vedar las fianzas ad aqueill deudor de no empeynar nin de vender en.tro a que los trayan de fian7.eria o que las den otras fianzas aylli, o son entrados. Boletín XXXVII, página 384, § 12G: otrosi todo orne, que pusiere a otro por fiador et diere su hereditat, a que se tenga por fiaduria por ninguna manera, non puede agendarla fasta que sa.que esta fiaduria sobredicha. Fueros de Aragón I, p. 283 a, III: ita tamen, quod ex quo fuerit data taJis fidantia in tali causa. illa haereditas aliquo modo non possit alienari, quo usque illa causa sit determinatta per iudicium. E-t si alienatur, non valet aJienatio. -Por el.contrario, según los Fueros de Aragón I, p. 175 a, II, se excluye un emOOirgo del acreedor de los *par ens*, sobre los hijos e hijas por los *parens* dotados con inmuebles. Yanguas I, p. 441, E:Stella: et si quis miserit fidanciam et dixerit fidancie sue ««Si dampnum inde v0-bis venerit de ista fidancia, super istem domum aut super istam hereditatem vos tenaa.tis» et si fidancia habuerit inde tesLes, non

dos ocasiones se ve que esta extensión sobre los inmuebles sólo tiene lugar cuando el deudor los ha instituido al lado de los muebles de una manera expresa (5ª), de ordinario, se impone la referida prohibición de enajenar sobre los citados bienes como algo natural, lo cual significa que poco a poco el nexo de la *wadiation*, sin necesidad de previa declaración, se extiende sobre los inmuebles y con él la prohibición de enajenar que de la *wadiation* resultaba.

Esta prohibición de enajenar produce una acción (59) real que faculta para reclamar de un tercero las cosas del deudor: acción que no prescribe por el transcurso de año y día (60). Pero como según diferentes fueros, la limitación a la facultad de enajenar del deudor sólo se extiende hasta aquellos bienes que basten para cubrir su deudor, la incapacidad de un tercero para adquirir bienes de un deudor se transforma en el sentido de que este acreedor responde al acreedor únicamente, por el total de su crédito (61).

---

poterit illam domum aut hereditatem mittere ad alium in pignore, donec illam fidanciam traat. "Et si alter illam hereditatem in pignore accepit, illi non valet. Novelle 24, Alfonso X (Opúsculos legales... etc., etc., II, p. 192): otrosí ha omes, que han comprado heredamiento de christianos o de iudios e tienen cartas de compra e a cabo de tiempo salen otros ornes e muestran cartas de debdos, que dicen, que los deben aquellos, que vendieron los heredades, e que aquestos eran fiadores e debdores con todo quanto, que havien mueble e rayz, dicen, que ellos devien aver aquella herencia, porque ellos eran fiadores, con todo quanto que avien. Et dizen los, que an comprado la herencia <este heredamiento, que vos demandades e somos teñedores afo e día; manda el rey, que despues que la obligacion es fecho de todo, en poder sea daquel que demanda, de demandar aquello, que es despues vendido o enpeña-lo o lo, que fincó; mas si demanda-re lo vendido o lo enpenado, aquel qui lo enpenno o lo vendió, tornese a aquel, quo gelo vendió o gelo enpenno.

<sup>58)</sup> Boletín XXXVII, p. 384, § 126; Yanguas I, p. 141 (N. 57).

<sup>59)</sup> Estilo 243; Fueros de Aragón I, p. 283 a, III; Yanguas I, p. 441, Novella 24 Alfonso X (N. 56, 57).

<sup>60)</sup> Novelle 2-1 Alfonso X (N. 57).

<sup>61)</sup> Estilo 3: si alguno ha demanda contra las bienes de alguno por deuda, que el debe o que pago su deuda e no falla a este deudor e falla a sus bienes en poder de otro, en tal caso,

Precisamente esta acción real que de la *wadiation* dimana consLituye la nota más aguda de oposición entre esta obligaiación *wadiada* y la obligación de los derechos roma.no y eontemporáneo, ya que en éstos últimos 'el acreedor, únicamente puede proceder contra el deudor, sin que se impida a éste el disponer de sus bienes, y en la *wadiütion* los bienes del deudor pasan a. la pertenencia del acreeed!or.

Cuando en las más tardías *obMrvantiae regnis Ar(Zgonwm* (62), se determina que a pesar de haberse contraído una. obligar ción sobre la totalidad de sus bienes, es válida la enajena.- ción hecha después por el deudor así obligado, significa esta doctrina la victoria del derecho romano sobre el puro derecho germánico.

e) Examinemos ahora aquellos pasajes que tratan de casos de concurrence de varios acreedores.

Según uno de estos pasajes, si los acreedores concu- rrentes lo eran por razón de delito se prefería, al que pri- mero se hubiera querellado (63); si sus derechos dimana- ban de diversas obligaciones civiles, el acreedor que lo fuera con anterioridad debía gozar de preferencia.<sup>(64)</sup> En

como este, aquel que tiene los bienes del deudor, es tenido de responder a la demanda; 4: maguer es derecho, que ha poder de toma,r los bienes de su deudor, aquel ha de haber el deudo por el obliga.miento, a que se obligó, rnaguer pasen los bienes a otro en su poder.

62) t de rerum testatione (Jueros de Arngon II, p. 9), § 24: not.a, quod licet omnia bona fuerint obliga.ta in genlere, hoc nou obstante, qui obligavit, potest de ipsis distrahere et alienare, sed si in specin.li, non potest. -Es notable que aquí, como en Estilo 243 la prenda especial origine todavía de un modo general una prohibición de enajenar.

63) Soria 427 (= fuero real III, 20, 5) et si es debdor a dos o mas por omecillo o por furto o per alguna calon.na, el, que pri- mera.miente demandidiere, aquel sea primero entregado, maguer sea tenuto a alguno de los otros.

6-1.) Soria 427 (= fuero real III, 20, 5) quando alguno es debdor pol' emprestero o por vendita o por otra cosa semeia.nte a dos o a ma.s, el primero sea primerarniente entregado, maguer ellotro de- mendidiere ante; edent adelante los otros o elluno segunli fuere primero en los debdos. -En la edición del l4ero real se pretende que esta disposición coincide con la Part. V, B (12 es impreso) Z7;

otros pasajes, esta prioridad del acreedor más antiguo, se determina de un modo absolutamente general, pero la declaración se hace de tal manera que parece que se refiera concretamente a los acreedores en virtud de *carta* (Bó).

A nuestro entender, aquel pasaje que distingue entre la obligación dimanante de delito y la procedente de un negocio jurídico cualquiera, es el más exacto. Aquellos otros que sin distinción sólo hablan de la prelación establecida a favor del acreedor más antiguo, muy bien puede ser que se refieran únicamente a los acreedores que lo fueren por cualquier negocio jurídico de carácter civil o sea concretamente —si es cierto— por obligaciones *contractuales*, ya que el contrato por *carta* produce una acción que se equipara a las dimanantes de delito, y el contrato garantizado con *arra* —así como los demás casos de contrato real— conceden

---

Esto es falso. La Partida, concebida de un modo enteramente romano se refiere sólo a la prerrogativa del acreedor pignoriario más antiguo. En el Fuero de Soria, § 433 (=Fuero real Ul, 20, 12), rige lo mismo también para el caso en que un deudor es apremiado. Pertenece entonces el cuerpo del deudor al primer acusador, pero sus bienes al primer acreedor y sólo las cosas que el deudor lleve consigo recaen poco a poco también en beneficio del primer acreedor.

Gó) Fueros de Aragón II, p. 102 b. II, final 1247: et si plures fuerint creditoris, prioris creditum solvat primitus et extunc per ardinero.-

Esto es todavía mantenido —pero de un modo atenuarlo— hasta en *la* muy tardía *observantiae*: Fueros de Aragón II, p. 7, § 16: item si plures creditores concurrunt contra eundem habentes personales acciones, creditoris prioris tempore prius debet salvi, nisi aliquis eorum habuerit speciale obligationem vel empanamentum; lo mismo en p. 66 b, § I. Es decir que el acreedor que llega al *empañamiento* sin duda puede preceder a otros acreedores anteriores a él. Igualmente sanciona la preferencia del acreedor por carta (*Chirographarum privilegia*) el derecho romanizado de Tortosa; I, 3, 16: qui primer e myllor sera els bens, que sia primer pagat; I, 3, 18: si no basta (el valor de los bienes del deudor) *deben* pagar los primeros acreedores que son *ab carta*. Frente a esto está el derecho romano de Lérida, Villa Nueva XVI, p. 191, IV: in executione autem rei iudicatae primo satis fit es, qui prius est curiae conquestus inter chirographarios creditores.

al acreedor un derecho sobre la cosa que exduye todo otro derecho.

En una ocasión se designa con la palabra *recabdo* (66) a la base del crédito sobre la cual se apoya el primer acreedor que a los otros precede y esto confirma de nuevo que la obligación con *wadiation*, públicamente contraída, se ha transformado en la obligación otorgada por documento notarial.

d) La obligación ordinaria, que propiamente sólo es la dimanante de delito, no liga al heredero—según anteriormente se ha mostrado;—únicamente las cosas del acreedor que hayan venido a poder del heredero del deudor deben ser devueltas por éste y si su restitución natural he devenido imposible, deberá devolverse el valor de las mismas (67). Pero la *wadiation* produce realmente una, transmisión de los bienes muebles del deudor, aunque de momento sigan en su poder, y por lo tanto los herederos de str deben responder exactamente lo mismo que aquél.

Diversos testimonios acreditan esta tesis. De un lado so declara en ocasiones que el fiador puede prender al heredero del *marchero* para obtener el cumplimiento de lo debido por éste (68). Algunas fuentes comunes de Castilla atestiguan que el heredero de un deudor debe sólo responder en el caso de una *debela manijf(')sta* (69), y ya se ha demostrado que este *debitwm mamjife.stum* equivale a la deuda *wmdiada C<sup>o</sup>*). Finalmente, una fuente primitiva dice que el

68) Brihuega p. 11\_1.; **¶** tod omme de Brivega. et toda muger, que debda demandaa:e a otro en Brivega, el, que diere recabdo, que primero fue, su debda se entregue primero et segund deste entreguense los otros.

67) § 1, N. 86.

68) Boletín XXXVII, p. 400, § 248: otrosi sí algunos fueron mneltos o no los pudieron fallar, pueden a sus herederos pendar, que quiten los fiadores de las fiamas e son tenidos de quitar los.

69) Libro de los fueros 97 (y después Fuero viejo V, 2, 3): orne o mugier, que muer e dejan fijos que ereden lo suo de 5 sueldos en arriba. e deve el muerto debda manifesta a otro orne, aquiU a. quien <leve la debda, puede prender qualquier de 10c fijos e coger la debda, si fallare en que.

70) Sobre *debitwm manifestum*, este párrafo X. 26.

hijo heredero responde de las *deuda. verdaderas* del padre (71), lo cual debe significar que no todas las responsabilidades contraídas por el padre deben ser consideradas como débitos verdaderos.

b) *La wadiation y la persona del deudor.* -Se ha visto anteriormente, que según una serie de noticias, un fiador podía embargar también la propia persona del deudor cuando los bienes de éste no bastasen (72); pero debe ser advertido al propio tiempo que tal facultad no debía ser inherente a la institución del fiador en general: ya que se excluye en una forma de fianza muy importante: la fianza como mera garantía de una transmisión de inmuebles (73).

Otra noticia ya estudiada y sobre la cual todavía hay que volver, puso de manifiesto que el fiador, por su parte, sólo respondía con su persona -y aún entonces subsidiariamente -cuando al efecto la hubiera, obligado juntamente con sus bienes (74). Además, alguna vez, se menciona en viejas noticias la institución de un fiador no sólo con respecto a *lms bona* sino también con respecto a los *pes* (75).

Por último, se ha hablado también anteriormente de que en la servidumbre por deuda (*Schuld knechtschaft*) puede interponer una persona entre el acreedor y el deudor, (la cual, real o formalmente, mantiene apresado a aquel que es hecho siervo (76)), y de que se interponen entre los *ostatici* y los acreedores unos *manu'evatores* (77). p:llabra esta última que compruebe igualmente a aquél que como fiador recibe el símbolo del acto jurídico.

71) avarra III, 18, 2.

72) Este párrafo N. 20.

73) Sobre esto véase la N. 21.

74) § 3, N. 3; N. 18.

75) Muñoz p. 231, 1064: et quod nullus ex vobis sedeat captus dando fidanzas de vestro pede Llorente IV, p. 2-62, .Palencia 1187: omnis homo de Palencia, fideiussore dedit pro suo pcede et sua. bonai, non sit preso corpus suum nec sua bona..

76) § 3, N. 8.

77) § 3, N. 2.

78) § 5, N. 34.



Pues bien, tomando en conjunto todo esto, se llega a la conclusión de que con la *wadiation* se ha vinculado también, a menudo, una servidumbre de la persona del deudor, lo cual conduce a que la tal persona pueda ser embargada cuando los bienes no basten para satisfacer el crédito; y así como en la *waaiation* interviene un intermediario; así también el mismo intermediario interviene en la servidumbre por deuda. No es por tanto una consecuencia natural de la *fianza* el embargo por el fiador de la persona del deudor, según ya hemos dicho. Para que tal cosa pudiera ocurrir se había de constituir expresamente la propia persona del deudor (*l'Is pe*) en garantía; pero es muy comprensible que así como poco a poco se extendió la facultad del fiador sobre los bienes inmuebles del deudor, así también por análogo proceso se llegó en muchos fueros a hacer extensiva dicha facultad a la propia persona del obligado sin necesidad de declaración expresa.

2. *El fiador y la wadiation.*-La facultad de proceder contra la propia persona del fiador se ha formado de manera distinta.

a) Es indudable que usualmente se instituyen para responder del cumplimiento de lo pactado los bienes (º) del fiador o su propio cuerpo (ºº). Pero si se observa esto

) Terner 4.9 (falta en Cuenca X V, 6) : et fideiussores de salvo debeant pectare homicidium, intando primitus totam radicem darniti et mobile et similiter totam radicem fideiussorum et mobile.

so) Teruel 49: qua si forte ille homicida affugcrit et iustitiam in corpore non sustinuerit et fideiussores de salvo cum tota eorum radice et mobile, ut scriptum est, homicidium complere non poterint in captione iaceant, donec fame et siti pereant. Teruel 168: si forte ille superlevator dcbitum, vel unde pectet, habere non poterit, iudex ipsum capiat et mittat illum in captioe querelosi. Yanguas I. p. -146, Est. ella: et si aliquis feerit fidancia alicui et erii; inde missus in persone legis pro illa fidancia. Posteriormente aparece para el *fideiussor iuris* la responsabilidad de la deuda como algo natural: Observ. regni Arag. IV de fideiuss. § 19 (1º ueros de Aragón TI, p. 30) : item nota, quod fideiussor contractus simpliciter obligatus non potest capi in persona, si non habet bona; nec etiam tenetur facere cessionem bonorum, sed capiuntur bona eius, si ea creditor ostenderit, nisi foris se constituerit principalem debitorum in instrumento vel nisi se obligasset habere bona. expedí-

más exactamente iSe ve que una tal responsabilidad del fiador no es algo que sea, inherente a la institución misma, sino que, por el contrario, exige una, previa y particular declaración jurídica (81). Con respecto a la responsabilidad corporal, la cosa, es enteramente notoria; pero incluso la propia responsabilidad con los bienes es algo que no siempre signe a la condición de fiador.

En efecto, en noticia de posteriores se distingue entre el *fideiussor simplex* o *simpliliter obligatus* y el *fideiussor* obligado más estrechamente. El primero, nominativamente, es el fiador procesal, el *fideiussor iuris*, y la responsabilidad, en punto a la persona y a los bienes, sólo para el segundo tiene lugar, pudiéndose compelerle así al pago de la deuda.

Por el contrario, el *fideiussor simplex (fideiussor iuris)* puede ser forzado por medio de una prenda, a que obligue al pago al deudor principal, en el caso de que no quiera el propio *fideiussor* anticipar el pago voluntariamente: o

---

ta; tunc enim capitur persona in defectu bonorum; fideiussor autem curiae, qui alias vocatur fideiussor iuris, non capitur in personam in defectu bonorum, sed tenetur cedere bonis suis se praeficitur; et si cedere noluerit, tamen capietur in personam.

s) Fuero viejo III, 6, 2: esto es juero de Castilla, que si un ome (del conjunto se desprende que se trata de un fiador) fia a otro pie por mano o mano por pie; III, 6, 4: que ningund labrador solariego non puede facer fiaduria sobre si nin sobre sus bienes contra ningund ome... sacando debdo en fiado. Estilo 134: es a saber, que el fiador non sera dado por preso por la deuda, que fizo, maguer los sus bienes non cumplall a pagar el leudo, salvo si non se obligó diciendo, que obligata a si e a todos sus bienes. Boletín XXXVII, p. 374, § 44 (arriba § 5, . 40): todo hombre, que entrare fiador por pan o por vino o por buey o por mueble alguno, meta su pie con su jura. -Véanse los pasajes de las *obsenxantiae* de la nota precedente; además IV de gener, privil. § 15 (Fn.croo § de Aragón II, p. 46): sed fideiussor simplex, qui non se constituit debitorem, non compellitur ad solvendum, sed pignorat. ur, donec solvat vel faciat solvi. -La oposición entre la mera condición de fiador y el hecho de responder del cumplimiento de lo debido se expresa también de una manera aguda en el «Libro de los fueros 133, 134» donde el fiador que responde con sus propios bienes se le designa como *fiador e* (o) *deudor*; algo semejante se ve en Bol XXXVII, p. 399, § 239 (y N. H).

sea que aquí, únicamente se trata del aprovechamiento de la acción (*Rehts7rUJCh*) que este fiador tiene contra el deudor, acción que le permite hacer efectivo el crédito por vía violenta y extra judicial<sup>82</sup>.

En la vieja legislación de Aragón, se presenta este fiador ordinario como alguien que se obliga mediante *palmata* al cumplimiento de una promesa) incurren por tanto en caso de mora, en la penalidad general exigible al que quebranta una promesa a través de una *palmata* garantizada<sup>83</sup>.

Ambos testimonios manifiestamente concuerdan: según ellos, el fiador ordinario se obliga mediante *palmata* a recaudar del deudor el crédito y en caso de incumplimiento de esta obligación incurre en una multa que se hace efectiva por medio de una *pignoratio*.

Frente a este *simplex fideiussor*, está el fiador que debe cumplir lo prometido de una manera directa<sup>84</sup>, que se obliga como *princi pali debitor* o como alguien que *se obligasset habere bona expedita* (85).

En muchas fuentes tempranas se dice a este respecto que el fiador se hace *debitus* y esto significa, que responde frente al acreedor en el mismo grado que frente al propio fiador responde el deudor principal<sup>85</sup>. En otra oca-

82) Son decisivos los Fueros de Aragón II, p. 46, § 15 (N. 81): aquí se concede al *fideiussor simplex* la alternativa entre *solvi* y *faciat solvi* resultando claro que esta facultad de elegir no puede tenerla el acreedor, pues éste, naturalmente siempre elegiría el *solvere* directo del fiador y carecería de sentido el distinguir junto al *fideiussor simplex* otro *fideiussor*, el *fideiussor* que debe pagar. — Queda por tanto la elección al fiador quien, sin duda, puede pagar por sí mismo, y entonces no puede ya ser obligarlo por el acreedor a proceder contra el deudor, pero si quiere puede limitarse a esto último con un *pignoratio*.

<sup>83</sup>) § 5, N. 38.

S.) Fueros de Aragón II, p. 46, § 15 (N. 81).

8) Fueros de Aragón II, p. 30, § 19 (N. 80).

<sup>86</sup>) Yanguas I, p. 445: si quis ex fidanciis non habuerit suum auctorem (deudor principal) ad terrorem et vult intrare in placitum et facit se debitor, quod si non potest illud avere, sit duplatum illud avere. Teruel 175: de debitore, qui pro pecunia superlevaverit aut

sión, se destaca como algo particular el hecho de que un fiador obligue sus *bona* <sup>(87)</sup>; esto tiene lugar en punto a la forma, al mismo modo que la *wadiation*, o sea por un pacto otorgado ante una asamblea <sup>(88)</sup>.

Todo esto no significa otra cosa sino que el fiador puede constituirse como un verdadero deudor a través de la *W(J)diation* y entonces responde del cumplimiento de lo pactado con el total de los bienes; a este efecto instituidos. También es algo natural, al menos posteriormente, el hecho de que un tal fiador incurra en la servidumbre por deuda <sup>(89)</sup>.

En cambio, ya lo hemos dicho, el fiador de la otra especie se obliga sólo, mediante *palnata*, a la reclamación del crédito como *fidesor iuris*, es decir, fiador procesal, y sus bienes responden únicamente de la pequeña multa que por vía ejecutiva se le exige al quebranta su promesa <sup>(90)</sup>.

b). Hay que distinguir por lo tanto entre la fianza ordinaria, en la cual el fiador se obliga únicamente a ser un intermediario y solo se procede contra sus bienes pa-

(et) fideiussor vel debitor pecuniae fuerit aut dixerit ante alcales iuratos vel facticios «ego persolvam hanc pecuniam seu debitum» tunc illi alcales dent ei pro sententia vel iudicio, ut illam pecuniam usque ad 9 dies persolvat. quod si non fecerit, pectet illam duplatam. -Además «Libro de los fueros» 133, 134 (N. 81).

87) Fueros de Aragón II, p. 30, § 19 (N. 76) el «se constituir principalmente deudor») y el «se obligare habere bona expedita.» se agrupan confusamente. -El *obligare bona* aparece como algo particular en el Fuero viejo III, 6, 4; y en Estilo 134 (ambos N. 81).

SS) Soria § 401 (§ 5, N. 41); Teruel 175 (N. 86); Tortosa VIII, t. 2; la fermança no tan sola ment es obligat, si los seus bens ha obligats per aquela fenna; a, que fa, aut son hereu e tots los seus bens es obligat e roman; e si non obliga los seus bens, los seus bens, ne son hereu ne els oens no romanen obligats.

89) Fueros de Aragón II, p. 30, § 19 (N. 80).

90) Según el Fuero viejo III, 6, 4 (N. 81) el labrador no puede como fiador ni por *wadiation* obligar sus bienes, ni tampoco ofrecerse en servidumbre por deudas; pero se le permite que *debeo enfia*; yo interpreto esto en el sentido de que se le permite la fianza que descansa en mera promesa con *palmata*.

ra satisfacer el importe de una multa que el incumplimiento de su promesa trae consigo, y aquella otra forték lecida por la servidumbre por deuda y la *wadiation*, manifestándose también la diferencia. entre ambas en la transmisión hereditaria de las responsabilidades que implican, la cual hereditariidad solo tiel.le lugar en el segundo caso según atestiguan las fuentes ele un modo directo (91).

IV. Debe ahora investigarse, cu último término, a que especie de pntación se obligan el deudor y el fiador por causa de la *wadiation*.

1 Sobre la deuda que el deudor debe pagar de un modo directo no a.l acreedor sino al fiador, hay que hacer las siguientes consideraciones.

a) Esta deuda. el.imana siempre de un contrato. Pero el contrato ordinario forta lecido con *palm r,i,ta* o con *arra* produce solo una oblig::wión limitada e indirecta ; si lo prometido no se quiere cumplir, no se aniesga más que el pago de nna, multa o la pérdida del *ar ra* (92) ; no se da ninguna acción direct.<i para exigir el ctmplimiento mismo de lo pactado. Por el contrario, el derecho de prenü.0.

91) Muñoz p. 550, Paralta 1144: et homine, qui intraverit fiador de iudicio de auno in suso non faciat directum; et si fuerit pater fidiator, et tmnsierit, filius non facit directum pro illa fide. M. rort. leg. 1, p. 797: homo qui obierit, non respondeant sui filii neque parentes ipsillil pro nulla fiaduria, quam facit, quando vivus erat; et per sua debita. respoudeant, qui sua bona heredita,te (naturalment hay que leer: *he:reditent*). -Kavarra III, 17, 5: qui que sea. fianza. de dreito, de quoando el alead.e mandare sobre demanda de heredad o de mueble, ent.re tanto antes, que el pleyto sea iurgado por iuyzio, muere aquella fianza, por fuero sua muyllier nin sus creaturas sobre aquella fiaduria non son tenidos de responder: -A.lgo análogo en Fueros de Aragón I, p. 283 a, III, 1217. — Frente a esto, Boletín XXXVII, p. 399, § 239: todo orne, que fuere fiador por alguna heredad de salva e de redra o que faga cumplir a otro algún pariente (fianza de paz) deS1pués de la muerte del fiador los herederos non son tenidos de responder a ninguno, *si deudor non fuere*. -Correspondiendo a lo cual, en Tortosa VIII, 6, 2 (N. 88) se hace responder a los herederos del fiador sólo cuando éste ha obligado sus bienes.

9) § I.

del fiador contra el dador, significa que por lo menos se puede embargar una porción de los bienes de éste para aplicarlos al cumplimiento de lo pactado; más adelante se mostrará que este fiador, regularmente, puede embargarse por el duplo de lo prometido, o sea que la promesa *wadada* origina una acción directa para exigir precisamente la prestación prometida, la cual acción puede consistir en una prenda extraordinaria tomada por el fiador o en una prenda hecha por la autoridad pública, ya que la obligación *waadada* hace nacer un *dehitum manifestum*.

El ofrecimiento de una fianza procesal no puede detener esta acción (93), y este hecho de que por la *wadiation* se fuerza de un modo directo al cumplimiento de la prestación prometida y no quede libre el deudor por el simple pago de una multa convencional o legal, es una característica esencial de esta institución.

\* \* \*

Si se compara esta forma de obligación con las otras expuestas, resulta que en lo referente al hecho de poder ser exigida por la fuerza la deuda dimanante de un contrato, se encuentra el crédito *wadado* en el mismo plano que el crédito nacido de delito. Pero desde otro punto de vista, se separan ambas formas, ya que lo expuesto anteriormente ha mostrado que el cumplimiento del crédito ordinario nacido de delito sólo se alcanza con una forma de ejecución que al acreedor no proporciona ninguna satisfacción directa y que únicamente produce al acusado la situación, sin duda muy penosa, de una primitiva, privación de la paz. Este modo de compeler al cumplimiento de lo debido es muy fuerte, pero tosco y sin inmenso valor para el acreedor. También aquí instituye la *waddation* una forma más culta: se embargan bienes al deudor por el acreedor o por el fiador, extrajudicialmente o más tarde en juicio ejecutivo, y este embargo se aplica al pago del crédito. Más adelante, cuando se trate de la institución del fiador, se

50) Este párrafo II, 3.

describirá más exactamente <sup>(94)</sup> la técnica de este pago. Por ahora basta con apuntar que en la *warliation* el acreedor obtiene el pago a costa de los bienes del deudor.

Es curioso hacer notar, en relación con lo dicho, que en una ocasión aparece empleada semejante manera de ejecución para la obtención del pago, en un caso donde no se trata de una deuda *wadiada*. En efecto, según *el fuero* de Teruel, prenda el acreedor al deudor cotidianamente, no sólo *pro calwnnia*. esto es, para la satisfacción de la multa impuesta por desobediencia, sino *pro pet ilfone*, esto es, por el crédito mismo <sup>(95)</sup>; o sea que la relación se considera como si existiera un deudor *wadiado*.

Para comprender el sentido de esta observación, hay que entrelazarla con esta otra: la de que en los fueros de este grupo aparece el acreedor, en primer término, embargando un *tall-0* o un *bastón*, es decir, tomando exclusivamente aquel símbolo que por causa de la promesa procesal entrega el demandado <sup>(96)</sup>. Y así resulta, por consiguiente, que el hecho de que aparezca un acreedor obteniendo de un modo directo una satisfacción de su crédito cosa que sólo se produce por la entrega de una *wadia*, --dimana aquí del embargo de un símbolo; al igual que en otros derechos germánicos, comparte a menudo la forma del símbolo de la *wadiation*, aquella pequeña prenda <sup>(97)</sup> que se torna en el comienzo de la ejecución judicial. De modo que, en este caso, la satisfacción directa del acreedor en punto a su crédito está vinculada con el empleo de un *bastón* simbólico, aunque no se comprenda todavía cuándo se ha de entregar este bastón.

<sup>94</sup>) Véase la. 1\, IOJ y sigs.

<sup>95</sup>) Teruel 133 (el pasaje falta en Cuenca XVII, 2): sed si forte ille applacitatus ad placitum non venerit, pignurator in domo illius superlevatoris pignoret cotidie in voce sui contemptoris pro petitione et calumnia.

<sup>96</sup>) § 2, N. 99, § 5, N. 4.

<sup>97</sup>) Franken : Das franziisische Pfandrecht, p. 233, N. 3; Eigger, Vennogenschaf tung und Hypothek nach franziisischem Recht, página. 475; y particularmente Planitz, Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht, p. 598 y sigs.

Nos encontramos, según est-0, ante ml "amino para. llegar a la más inmediata satisfacción del acreedor, pero este camino no ha debido entrar en todos los derechos, ya que de lo contrario no tendría sentido el hecho de que todavía en fueros posteriores se persiga el pago del acreedor por el medio indirecto del arresto del deudor (98).

b) La cantidad que el deudor debe pagar se eleva al duplo cuando el fiador lmya pagado por él, así que todo el interés del deudor está en no dejar pagar al fiador, para evitar (99) esta duplicación. Es importante y debe igualmente menciónarse aquí, el hecho de que en ocasiones se imponga también una tal responsabilidad del duplo de la cantidad adeudada al fiador que niegue serlo (100), aunque según una noticia muy primitiva, esto depende de que el fiador se hace *debitar* (101), obligando sus

98) § 2, N. 151.

99) Teruel 170 (Cuenca XIX, 12): si vero imperlevator aJiq uid pro debitore peccaverit, pectet ille debitor, qui in superlevatura. illum miserit, quidquid datum fuerit, dupplatum et hoc totum accipiat superlevator. Boletín XXXVII, p. 377, § 72: si los, que deben algo, negaren a su fiador la deuda o si el fiador paguare por el deudor ne queriendo acerter e fuere provado, doblara la paga al fiador. .\I. l'ort. leg. I, p. 878, § 69 (exactamente § 79): tod orne, que por fiadoria pagar, doble la aquel por qui la peytar.

100) Teruel 173: ta..men sí superlevator superlevaturam negaverit, firmet ei querelusus cum iudíce vel cnm alcaldibus vel cum duobus vicinis, ante quos intrarit superlevator, ut forum precipit et firmando ta.liter superlevator dupplet petitionem; 177: et si snperlevator ad prefixum diem et iudica.tum non paccaverit, pectet petitionem. dupplata.m sive debitrn. Boletín XXXVII, p. 377, § 71: otrosí si aJguno fuere fiador o (leer e) lo nega•e, que uo ille fiador, firmara al quereyloso de niego... Et su fuere provado, doblar la fiaduri. -Vigil; Ayuntamiento de Oviedo, p. 11, 1146 (Avilés § 12): y si vezino a vezino fiadnria negar, colla del fiador a doble a cabo, que si podfer arrancar por iudicio de la villa, que el pecte el dublo.

101) Yangua.s I, p. 445: si quis ex fidanciis non habuerit suum auctorem ad terminum et vult intrare in placitum et facit se clebitor, quod si non paccat illud avere, sít dupplata.m illud avere; si dart: inde fidancia (esto es, en el momento en que el fiador que lw fianza. niebrue, preste promesa præesal) dupplavit totum.



bienes y, por lo tanto, no es aplicable a aquella especie de fianza, que únicamente se garantiza mediante *valanzata*.

Pero el principio de que todo fiador que paga puede resarcirse exigiendo del deudor el duplo de lo pagado, es de aplicación general y, por lo tanto, rige también para el fiador que lo es en caso de *wadiation*; y como según el derecho visigodo se ha de pagar siempre el duplo cuando alguien retenga una cosa ajena sin fundamento jurídico (102), esta duplicación establecida contra el deudor *wadiado* que sea moroso, significará que los bienes de tal deudor (más adelante sólo en la cuantía necesaria para la satisfacción del crédito) pertenecen de derecho al acreedor, lo cual muestra una vez más el carácter real de la acción que a éste se concede. El hecho de que esta responsabilidad del deudor guarde analogía con la *actio deppnisi* sobre el duplo tal y como ella se concede los *sponsates* en el derecho romano (103), no significa nada, pues aun en el supuesto de que el derecho teodosiano válido en España pudiera haber mantenido este pasaje para los hispano-romanos, siempre resulta evidente para nuestro caso, la relación de esta responsabilidad por el duplo del deudor principal o del fiador que como *debitar* se obliga, con las otras manifestaciones de duplicación de la responsabilidad, plaramente germánicas. Esto aparte de que, en la fianza hispánica no se reconoce ninguna huella romana.

2. La responsabilidad que pesa sobre el fiador, se ofrece de manera mucho más complicada. Dos especies de fianza hay que considerar a este respecto: según una de ellas, el fiador no es más que un mediador entre acreedor y deudor; según la otra, obliga el fiador su propia persona o sus bienes, de un modo directo, para garantizar el cumplimiento de lo pactado.

a) Ya se ha dicho que según el más tardío derecho aragonés, el *fiador simplex* no responde de la deuda contraída "Or el deudor principal, ni con su persona, ni con sus

---

102) § 1, N. 46 y sig.  
103) Gáius IH, 127.

bienes; y ya se ha advertido también que el fiador procesal se ha de considerar como un tal *fiador simpliciter*).

La recaudación del crédito cerca del deudor es su única función. Cuando con la *wadi:ition* se liga una servidumbre por deuda, cumple el fiador con la entrega del deudor al acreedor (1<sup>o</sup>). Cuando se trata de una fianza pro e::ial, puede cesar en su función el fiador por la presentación en juicio del deudor (1<sup>ü</sup>).

Es posible, sin duda, que el fiador sobrepase este papel de mero impulsor de la ejecución y se encargue él mismo, voluntariamente, del pago, según se indica repetidamente en las fuentes (w<sup>7</sup>), que dejan a su elección el optar por una u otra cosa; y como en tal caso puede reclamar del deudor reemplazado el duplo de la cantidad desembolsada, supondría este anticipo un buen negocio para el fiador — <:Weptada la solvencia del deudor, -- perfilándose así sus contornos en términos parecidos al avalista del moderno derecho cambiario. Pero aun cuando esto pueda considerarse como una transición a la otra especie de fianza en virtud de la cual se obliga al fiador al pago de

10.i.) Este párrafo en N. 80 y igs.

10.ii) Así se ve en la noticia aragonesa de la N. 82; también en Boletín XXXVII, § 102; el creador puede si quisiere pendrair su fiador, quel faga pagar. — Así precisamente en Navarra III, 17, 2 se agota la obligación del fiador cuando él pague con los bienes del deudor o cuando aprese a éste, si faltan bienes. J. Port. leg. I, p. 878: tod ollie, que fiar a outro e lo pode aver e metec en medio, non responda. Teruel 170: cum superlevator a superlevatur, urn cxire voluerit, ut forum precipit, statim capiatur debitum et a capcione non exeat, donec pectet; 172: ítem \_scien, dum est, quod quicunque a superlevatura data ad fontem Turolii exire voluerit, presentet, contempso rem quem superlevaverat ante querelam; um et iudicem, dicendo «de ista superlevatura ex eo» et sit solutus; aliter non solvatnr. También en E.: tilo 184 N. 3, (N. 19) y 229 (N. 8) el fiador, si quiere, cumple con presentar al demandado, pero puede también entrar voluntariamente en lugar del demandado y entonces cumplir por éste la sentencia caso de que sea condenado.

106) Teruel 172, Estilo 2:29 (N. 105).

10.1) Así Estilo B4, 229; Fueros de Aragón II, p. 46. § 5 (N. 81).

un modo directo, se ha de advertir siempre que en los ejemplos expuestos, el fiador, sin su consentimiento, no puede ser forzado a otra cosa que a perseguir el logro del derecho del acreedor contra los bienes y la persona del deudor.

Claro está que una tal fianza no se transmite hereditariamente <sup>(108)</sup>. Además se encuentra, en punto a la duración temporal de la misma, otra limitación.

Ya se ha hecho mención anteriormente de que el fiador de saneamiento que aparece muchas veces en la enajenación de inmuebles sólo responde durante el plazo de un año y un día —y a veces durante un plazo menor; — se ha mostrado también que al principio rige sólo esta limitación para el fiador (P9), (mientras que el fiador por evicción propiamente dicho responde por un plazo más duradero) y que poco a poco la limitación a un año (o a medio año) llega a ser general, al propio tiempo que se entremezclan *fiadores* y *fiadores*. Pues bien, frente a esto, es una evidente comprobación de todo lo expuesto hasta ahora, el hecho de que también el fiador procesal responde sólo por el plazo de un año <sup>(109)</sup>, cosa ésta que no hay que considerar como la consecuencia de una prescripción general por el transcurso de año y día, de la querrela o del juicio.

Quizás sea mera casualidad, el que sobre la caducidad de la acción dimanante de delito por el transcurso de año y día, no pueda aportar ya para España, ningún documento particular; pero es en todo caso evidente que la acción real

io.;) Anterior 'K. 91.

m9) § 4, N. 52 y sig.

110) Muñoz p. 392, Caparrosa 1102: *Homine de Caparrosa, si intraret fidanza de juicio a<l homine de alfo loeo aut a suo vicino e non pignoraret usque a<l uno anno... de auno a suso non respandat.* -En *Fueros de Aragón I*, p. 283 a, III, 1247 se dice del fiador procesal (arg.: *si causa indept.a quis fideiubeat de alio de parendo inri*) *tamen talis demandator, si st.eterit per annum et diem, quod non prosequatur causam, poste.a non teneatur respondere ipsa fidantia.* -Salamanca 99, 106, 135 recO\loce para los fiadores üe saneamiento una responsabilidad de medio año y un mes; para los fiadores de evicción por inmuebles, tma responsabilidad de un año.

se extingue por un plazo de prescripción mucho más largo <sup>(11)</sup> -30 años, y muchas fuentes muestran -correspondiéndose con el punto de partida de la institución para la acción real, -que en la deuda *wadiada*, primitivamente, perduraba el derecho del acreedor más de 20 años -o sea muy bien 30<sup>(12)</sup>. Y como la obligación del demandado que ha prestado promesa procesal se apoya en una *wadiation*, no será el derecho del acreedor lo que caduque por el transcurso de año y día, y sí únicamente la función del fiador.

Documentos catalanes del año 1129 <sup>(13)</sup> atestiguan todo esto de manera decisiva. Según ellos -en los cuales se descubre con toda claridad una *wadiation*, -el fiador mantiene en su poder el símbolo de la investidura durante un año cumplido, y dentro de este término procede contra el deudor. Transcurrido el año se devuelve el símbolo al acreedor, y entonces es éste quien lo hace valer.

Del conjunto de todo esto resulta que la función del fiador ordinario sólo puede implicar un beneficio para el deudor, sin ninguna ventaja, para el acreedor, puesto que durante el plazo de un año no podrá éste intentar ninguna acción contra los bienes del obligado de un modo directo, sino que para ello tendrá que valerse de un intermediario -el fiador, -.. que ha sido designado por el deudor y es, por lo tanto, persona de su confianza. Pero si dentro de este plazo de un año este mediador no ha pagado por sí mismo ni ha conseguido que el deudor pague, surge inmediatamente para el acreedor por el proceder directamente contra el deudor, sin que esta acción pueda detenerse por la interposición de nueva fianza.

<sup>11)</sup> § 4, N. 47.

<sup>12)</sup> E.n Fueros de Aragón I, p. 28;) a b, se admite para el *debitum in scriptis vel sine scriptis contractum* una prescripción de más de 20 años; la "obligaciones *wadiadas*, en todo caso, son comprendidas bajo esta norma. Pero en Alcalá IX, 2 se establece una posibilidad de 10 años de duración para las deudas por las cuales responden los herederos del deudor, o sea, primitivamente, para las deudas *wadiadas*.

<sup>13)</sup> § 5, N. 9 y sig.

Ha quedado sentado que el fiador venía obligado a conseguir para el acreedor la satisfacción de su crédito, y esta función suya se entendía en el siglo xnr –y posiblemente mucho antes en el sentido de que el fiador no podía conformarse con obtener el embargo de bienes en cantidad igual al importe de lo adeudado, sino que se había de cuidar también de que la suma de referencia llegase realmente a manos del acreedor <sup>(114)</sup>; es decir, que había de promover la venta en pública, subasta, de los bienes embargados.

Cuando por haber caducado la función del fiador, es el propio acreedor quien actúa directamente, no se procede de manera, distinta. Ya se ha visto que no se pueden embargar todos los bienes del deudor, sino sólo una, cantidad que equivale al duplo del *debitum*, esa es la que resulta patente cuando es el propio fiador quien se convierte en *debitor*, sin que entre él y el acreedor se interponga un nuevo fiador (lló), Ahora, también, como entonces, se ve la necesidad de una realización de bienes, de una subasta pública hecha por funcionario competente, y esta subasta, que tiene lugar, por medio de un *cursor publicus* se presenta como una forma de ejecución que no se da en las obligaciones ordinarias –y cuya aplicación aquí, únicamente a través de un rodeo se fuerza, –debiendo ser considerada por lo mismo, como una consecuencia de la *wadiation* <sup>(115)</sup>.

La imagen del fiador que actúa como un mero intermediario, aparece así dibujada precisamente. Es él un hombre de confianza de ambas partes allí donde un deudor ya obligado..., sus bienes mediante *wadiation*, o su propia persona a través de un primitivo encadenamiento. Al deudor lo protege, evitando que el acreedor le embargue sus bienes por cuantía mayor de la que importa la deuda; y esta limitación en punto a la cuantía, se aplica también en la

---

11) Fueros de Aragón I, p. 278 b, II (publicado anteriormente en la N. 1),

116) Este párrafo en N. 101,

116) § 2, N. 166 y sig.

tiempos en que ya se poseen testimonio históricos al caso de que sea el propio acreedor quien embargue directamente porque la función del fiador haya caducado, con lo cual nace una forma especial de ejecución que proporciona al acreedor la satisfacción de su crédito, pero no más, cosa ésta para nosotros, hoy, algo natural, pero que se encuentra en oposición con aquella tosca, privación de la paz del deudor moroso, que imponía a éste un daño desproporcionado, sin que suministrase al acreedor otra satisfacción que la de su necesidad de venganza. Además; supone también esta, forma un progreso con respecto a aquellas otras que sujetaban al pago de un crédito la totalidad de los bienes o la propia persona del obligado, al establecer en punto al primer de estos dos casos que el acreedor no pueda recibir más de lo que importe su crédito.

En lo que se refiere al acreedor, el fiador es un *bastonarius* (117), esto es, el portador de uno de los símbolos con que aquél era investido por virtud de la *waitation*. La entrega que el acreedor hace al fiador de la *marca*, significa que lo instituye en mensajero suyo para que cobre en su nombre, al igual precisamente que el príncipe hace efectivo su derecho por medio de su *bastonarius*; y esto explica el hecho de que no sólo el fiador contra, el deudor, sino también el acreedor contra el fiador posea el derecho de la prenda extrajudicial (118), puesto que en el derecho español, un señor puede embargar a su criado sin necesidad de demanda judicial, todo aquello que éste tenga en su poder como consecuencia de la ejecución de órdenes de aquél (119).

Es indudable que esta consideración no autoriza a deducir otra cosa sino que el acreedor, únicamente podrá proceder arbitrariamente contra el fiador, después que éste haya cobrado del deudor. Sólo cuando el fiador haya obligado sus propios bienes, esto es, se haya hecho *wadiado*, podrá el acreedor a su vez preñar directamente estos bie-

117) § 2, N. 83.

118) Este párrafo II, I.

119) § 2, N. 126.

nes, sin que esta facultad -suya pueda contenerse con la interposición de un segundo fiador. Poco a poco el derecho del simple fiador a anticipar el pago, se convierte en un deber y poco a poco también llega a concederse al acreedor la facultad de prender por ese débito, incluso cuando no haya mediado una particular obligación de bienes por parte del fiador.

Se concibe al fiador primeramente, según reiteradamente se ha dicho, como un intermediario, y por eso resulta muy comprensible que al ejecutor testamentario, que en absoluto de nada responde, pero que ejerce facultades dominicales en nombre de un propietario, se le considere como fiador. Por otra parte, se infiere de designaciones como *rachinburgo* y del empleo de la palabra *byrgca* entre los anglo-sajones, que la idea de un tal fiador es algo común al mundo germánico<sup>(12)</sup>.

También es fácilmente explicable, porque en el derecho español, al igual que en todos los derechos germánicos coinciden necesariamente, la una junto a la otra, la fianza y la *wadiation*. Si uno con un punto de vista moderno, imagina al fiador como una persona que con sus bienes o con su propio cuerpo, responde del cumplimiento de una obligación, no se concibe la regularidad de la conexión apuntada, ya que en los tiempos pasados habría de ser tan difícil por lo menos como hoy lo es, el encontrar un fiador, dado el riesgo grande que en tal caso habría de correr. Pero si uno observa que el fiador, en primer término, no es más que un mediador que se obliga a proceder contra el deudor en nombre del acreedor y que si voluntariamente anticipa una prestación es recompensado con el duplo, se comprende con toda claridad la existencia del impulso general que movió a emplear un fiador juntamente con la *wadiatio*. Precisamente, sólo por la interposición de un fiador quedaba el deudor a salvo de posibles excesos del acreedor, evitando que éste embargase mayor cantidad de bienes de la que bastase para satisfacer su crédito, mien-

---

(12) Illothaire 6 (Liebermann die GBsetze der Angelsachsen I, página 12) emplea *byrgca* por tutor.

tras que por su parte el fiador nada arriesgaba ; y ha sido a través de esta institución como se ha logrado primeramente en el derecho de obligaciones, el principio de la proporcionalidad entre el crédito y la ejecución contra los "bienes del deudor.

b) Frente a esta forma de fianza está aquella otra en la cual se obliga para responder del cumplimiento de lo pactado (121) —o los bienes o la propia persona del fiador. Cuando alguno se ofrecía como *obse8* a este efecto (m), tenía que permanecer en cautiverio hasta que el acreedor fuera pagado; cuando lo que se obligaba era el caudal (123), podía el acreedor tomar los bienes de este fiador por medio de una subasta forzosa, sin que por ello se restringiera en aquél su facultad de coaccionarle con la aprehensión de una prenda, para obligarle a que procediese contra el deudor en demanda del pago de la deuda.

Una cuestión a resolver, es la de averiguar si la interposición de un fiador de esta especie, se habrá hecho primitivamente por medio de una *wadiation* o de una *vergeiselung*.

En algunas de las aplicaciones de esta clase de fianza, se han observado, sin embargo, a este respecto, reglas fijas. Y así se ve que el fiador procesal ordinario no responde ni con su persona ni como *wadiador* con sus bienes, mientras que, por el contrario, responden con sus bienes del cumplimiento de lo prometido, el fiador de ejecución —que en realidad es un '*fiador de coto de bueyes, el*

121) N. 81.

122) Teruel 194.

123) Así por ejemplo Teruel 171; cuando el acreedor es terneroso de que el deudor huya puede exigirle la presentación de un tal superlevator, «quod si ad placituro non solverit vel non venerit, quod superlevator pectet loco debitoris ad placitum 9 diernm omne debitum et etiam cautum alcaldorum». También en los Fueros de Aragón II, p. 49, § 9, el *incartatus* que libremente comparece ante la justicia, puede presentar un caplevator; pero aquí el presentado como tal debe ser alguien que *sub poena certa* obligue sus bienes. Yo conjeturo que la expresión *abonir* (Estilo 229; véase la N. 8 anterior) no significa primitivamente otra cosa que la *wadiation*, es decir, la transmisión formal de los bienes al acreedor.



propio *fiador de coto de bueyes* que interviene en la celebración del matrimonio, y el fiador de nn demandante (<sup>124</sup>), para todos los cuales se establece, por lo tanto, una especie de reponsabilidad duradera en cuanto al tiempo (<sup>125</sup>).-- Los fiadores de los contratos de paz, obligan también generalmente o su propia persomi. o sus bienes (<sup>126</sup>).

La máxima, tan difundida después, según la cual el fiador responde siempre del cumplimiento de lo pactado (<sup>127</sup>), es una transacción posterior cuyos orígenes, en parte, se remontan lejos, y pan cuyo estudio ha.y que tener presente, ante todo, que en el derecho romano --vigente pa.ra.. la población no germánir:a del imperio godo, --sólo se conoce una especie de fianza por virtud de la cual el fiador responde siempre de la deuda; siemfü indiferent.c para nuestro objeto, la averiguación de si la forma recibid.a. en el derecho hispano-romano, había sido la forma Teodosiana --que et:ita.blece una responsabilidad simultánea por el deudor y el fiador, · · o la forma. justiuianeu.- que define como supletoria la responsabilidad del fiador.

Pero esto no basta; queda todavía abierto otro camino que conduce al mismo resultado sin salir de la ruta germánica. Ya hemns dicho antes q1le el fiador que a.ntici-

<sup>124</sup>) § 4, N. 51, 52. -- N. 131. -- N. 9.

<sup>125</sup>) § 4, N. 53.

<sup>126</sup>) § 4, N. 207, N. 209: aquí (§ 3, N. 32) se ve la responsabilidad de *caplevadorrs* que con sus cuerpos se obligan.

<sup>127</sup>) Esto rige en toélos los casos en que el fiador no responde *antes* que el deudor sino junto a él o detrás de él (auiba. N. 5 hasta la ::\). 8). Aquí el fiador es imposible que pueda ser todavía mediador. --*L'or* esto se dice de un modo absolutamente general por el Fuero de Soria (407) --que pertenece a este grupo, --que «a. todas la:- cosas, que es tenuto el deudor, es tenuto el fiador; et aquel, que dió alguno por fiador a otro por redrar o por facar sana la hereditat o por cumplir otra cosa alguna a todas es tenuto el fiadoP. --Sorprende, sin duda, que entre estos ejemplos no se nombre el fiador procesal. --Sobre lo mismo véase también *M. Port. leg I, p. 401, Tomar 1174: quarcumque fiaduriam quisquis fecerit, si eam non compleverit, secundum directam (=directum; así se encuentra también en la traducción portuguesa) eandem petet.*

paba el pago podía exigir del deudor el duplo die lo pagado, y que esta costumbre había de motivar un interés en el fiador de hacer esta anticipación de pago, de una manera absolutamente voluntaria. Pues bien, de esto a exigir al fiador este pago de la deuda como algo obligatorio, no media gran distancia, sobre todo si se advierte que en todo caso podía el acreedor coaccionar al fiador con la aprehensión de una prenda, para que procediese contra los bienes del deudor. Yo creo haber encontrado una huella de tal transición, en un caso en que se ve como se embarga previamente a un fiador, no por la totalidad, pero sí por una parte de la deuda (128).

La idea de un fiador, mero intermediario, es una formación de un derecho primitivo y tosco, y se origina en tiempos en que no existe una ejecución judicial regulada públicamente. Cuanto más se logra esto último, más se va dejando poco a poco aquella función mediadora del fiador, hasta que se llega a un concepto de esta institución que no se diferencia ya de la fianza griega y romana y de la que regula como tal el derecho moderno.

V. Se puede abarcar ahora en su conjunto, el íntimo sentido de la *wadiation*. Lo que se persigue con ella, es el logro de una responsabilidad obligatoria más depurada que la primitiva. Así como primitivamente no deriva de la obligación otra acción que la del exterminio del deudor moroso, con la *wadiation* se procura la satisfacción económica del acreedor.

La *wadiation* eleva la importancia del contrato. Cuando ella no existe el quebrantamiento de un contrato motiva sólo el mismo estado de cosas que origina la

128) Yanguas III, p. 312, S. Sebastian: quicumque fidantiam tenet pro suo habere, querat pignus ad suam fidantiam; et si fidentiam(m) monstraverit pignus mortuum, quod valeat minus tertiam partem, accipiat illud pignus et hoc de tertio in tertium diem; sed si bestiam vivam clederit, accipiat illam vel antea postea; sed si debita plus valuerit 100 solidos, mostret illi caballum vel mullum vel mulam vel equam vivam; et si suum habere valet 100 solidos, mostret illi bestiam, que valeat 20 solidos.

comisión de un delito leve (esto cuando ya se super?i.- la privación de la paz del sistema, de composición). Todo lo más, podrá añadirse a esto una especie de compensación por parte de aquel que no mantiene su promesa. En cambio la *wadiation* hace nacer en el acreedor una acción, para conseguir precisamente una satisfacción por su crédito.

El medio a través del cual se llega a conseguir estos efectos, es una investidura, el acto jurídico más universal del antiguo derecho. La investidura que se aplica a la transmisión de bienes (primeramente de bienes muebles) así como a la celebración del matrimonio y a la adopción, se aplica igualmente para conseguir el aseguramiento de un acreedor. Y el hecho de que en ésta última aplicación se limite su empleo sólo a los bienes muebles, demuestra, de una manera notoria que semejante institución arranca de una época en que todavía no existía la propiedad privada individual sobre los inmuebles; - punto de vista éste que es de la mayor importancia para la reconstrucción de parte del primitivo derecho, por ejemplo del régimen de bienes matrimonial, pero que aquí no puede ser investigado más ampliamente.

En rigor la esencia de la *wadiation* la constituye el hecho de ser una especie de derecho real encaminado a conseguir el cumplimiento de una obligación. El acreedor puede confiscar arbitrariamente los bienes del deudor, porque se le considera como propietario de los mismos. Pero de ordinario no es el propio acreedor quien ejercita en primer término esta acción confiscatori; corre esto a cargo de un fiador que actúa como mediador, y que ha de cuidar precisamente de que no se confisquen al deudor más bienes de aquellos que sean necesarios para el pago de la deuda. Este fiador es, por otra parte, un representante del acreedor, del cual recibe el símbolo de la *wadiation*. Y una consecuencia de esto es, que el acreedor puede proceder arbitrariamente contra el fiador -primero sólo cuando éste haya cobrado del deudor y únicamente por la cantidad cobrada, y más tarde sin esta limitación, —

cuando ya el anticipo del pago de lo debido llega a ser una obligación del fiador.

El hecho de que un fiador no mero intermediario -mucho más cuando su mediación fracasa - no sólo de la pequeña multa que sigue al quebrantamiento de una promesa, sino también del cumplimiento de lo debido con su propia persona o con sus bienes, es algo accidental que necesita de una particular estipulación pero que sin duda posteriormente llega a colocarse en un primer término.

La forma primitiva se mantiene en la promesa procesal del demandado, siendo aquí enteramente comprensible su sentido antes que en ninguna otra de sus manifestaciones. Cuando el demandado ofrece voluntariamente una seguridad al demandante, aparta él de sí la ejecución que sigue a la privación de la paz -tosca forma, toda destrucción, -para dar lugar a una intervención económica contra sus bienes, que no alcanza más allá de lo que importe el crédito debido. Por su parte, el acreedor se asegura así una verdadera y directa satisfacción de su crédito.

Cuando, como a menudo ocurre, el acreedor y la justicia actúan juntamente como *wadiados*, significa esto que el derecho real que el acreedor tiene sobre los bienes del deudor no excluye la posibilidad de que se ejercite otra acción contra los mismos bienes, y quizás por eso al igual que otras veces acontece, la actuación del acreedor por su crédito no obsta a la actuación de la justicia por su multa. Esta ejecución directa por el fiador -o por el acreedor cuando la función de aquél ha caducado, -cede al fin su puesto a la ejecución judicial -bajo la influencia de la ley del país, -que como dejamos dicho ya antes se verifica aplicando para la calumnia.

La imagen de esta institución, tal y como yo la he descrito, se corresponde <sup>(129)</sup> con el sentido de la *w 1diatv* germánica que, de un modo general, he intentado yo in-

<sup>129)</sup> Sobre esto véanse todavía mis consideraciones sobre la noruega *krafa* en mi *Geschworenengericht und Inquisitionsprozess*, página. 324. y sígs.

terpretar<sup>(130)</sup> en mi investigación sobre la investidura, y cuyos resultados confirma. Pero como quiera, que en todo lo descrito hasta ahora, presenta, el derecho gótico hispano la forma más primitiva del derecho germánico y en éste se encuentran con la mayor facilidad sus entronqueamientos con los otros derechos arios, otro tanto ocurre con aquél.

En efecto, el derecho romano ofrece en primer término varias instituciones, que -sin duda que guardan relación con la *wadiation*. Ya se ha expuesto que por el nombre se corresponde con la *wadiation*, la *stipulation*; y esta correspondencia entre una institución y otra, resulta también en punto a su función respectiva, pues si uno se sitúa en aquellos tiempos en que la *mancipatio* era todavía la única forma de compra-venta civil -esto es, la compra-venta al contado (Barkarf) -y los contratos consensuales todavía, <sup>110</sup> se habían logrado. se ve que entonces la *stipulation* era la única forma en que podía exigirse coactivamente el cumplimiento de una promesa. Y así se empleaba por ejemplo para establecer convencionalmente una responsabilidad de evicción, al igual que entre los germanos se empleaba la *wadium*, para conseguir estos efectos. Incluso las divinas especies de fianza que encierra en sí el viejo derecho romano arrancó quizás de un tiempo en que existiría una oposición entre el puro mediador y un fiador que respondiese del cumplimiento de lo pactado. Tal vez el hecho de que en la más vieja forma del *sponsiones* se establezca una limitación temporal de su función (131), al igual que ocurría con la *simplex fideiussio* hispánica, pudiera implicar una relación del *sponsor* con el germánico *meiutor*, aun cuando según las noticias históricas haya desalojado a toda otra forma el tipo del fia-

---

130) Yo quiero todavía indicar brevemente que esta preferencia en los concursos del acreedor cambiario frente a los acreedores ordinarios, generalmente difundida antiguamente y todavía hoy en Francia, depende de que el acreedor cambiario logra -particularmente con respecto a la *executio para lit* -ser equiparado al que lo es por *wadiation*, y éste tiene un derecho real sobre los bienes del deudor.

131) Gaius III 12, 1.

dar que como función inherente a su cargo responde del cumplimiento de aquello que garantiza.

Con respecto al derecho griego <sup>(132)</sup> se ofrece a nuestra consideración el contraste entre [!s:l!"twi:c;- y nu\_i:f,i;- . El primero se corresponde tanto con el fiador del derecho germánico, que el acreedor únicamente sobre él y no sobre el deudor podía ejercitar su facultad de embargar. —Primitivamente sólo al segundo embargaba el acreedor. Mientras que el primero se emplea en el aseguramiento de una responsabilidad por evicción, esto es, en el caso en que el fiador necesariamente tiene que obligar sus bienes propios, aparece primitivamente el segundo como un fiador procesal y su nombre indica que él ha tomado un símbolo <sup>(133)</sup>. De modo que, en conclusión, pudiera pertenecer éste último a la estirpe del puro mediador que, sin duda, al igual que en el derecho romano, llegaría a ser confundido poco a poco con el fiador propiamente dicho <sup>(134)</sup>.

<sup>132)</sup> !aTtsch, Ob. cit. p. 27, P. 3H.

<sup>133)</sup> § 5, N. 64.

<sup>134)</sup> Ello que antecede no me he pronunciado yo sobre lo que el derecho de obligaciones español aporta en punto a la doctrina por el momento imperante entre los germanistas, sobre la deuda y la responsabilidad.

Se ha mostrado ya que en España, lo mismo que en todos los territorios germánicos influenciados por los latinos, puede designarse la palabra *debitor* tanto al acreedor como al deudor (§ G, "N". 50). Además se ve aquí más claramente que en cualquier otra parte, el sistema de la *presión indirecta* que ha conducido al gran Brinz a su idea de la responsabilidad como una oposición entre el concepto de obligatoriedad y el de deuda. Pero lo que el continuador de esta teoría ha sostenido (Lübner Grundzüge des deutschen Privatrechts p. 108) que se ha reputado como un triunfo de la investigación histórico-jurídica, no constituye en verdad ningún acierto, sino que es una nueva confusión en la apreciación de la realidad jurídica, repetida constantemente. En una época de ingeniosidades se aducen conjuntamente el concepto actual de la deuda con el de asociación (Genossenschaft), ejemplo de una vacía fraseología.



## Erratas y correcciones

Pag.	Línea	Dice	Léase
29	ide la nota	nuevo	m-eru
29	3.0) de la Lléta	ent.eraniente firme. no sólo como con- trato previo, sino como contrato prin- cipal	con tuda seguridad, no sólo <del>iii</del> contrato previo, sino un con- trato principal
32	12 de la nota	de los textos cita- dos	expuesto en el texto
33	1 de la nota. 4J,	prendado	prendalo
40	19	conformidad	conforwidad conella
43	15	de lo que ei>	de que lo te...:
	4 de la nota 74	comienio	principio
44	1 de la nota 78	por todo,;	ante todo
65	7	<i>wiguilwm</i>	<i>sigillum</i>
65	9	a por	por
67	39 de la nota	cierta	posible
68	15 de la nota	240-Schafer	240-y de acuerdo con él Schiifer
72	1 de la nota. 24	a s <i>u</i> i3eñor, esto es a	por su Sefior esto es por
94	3	de de	de tanto de
94	:J-4	robada ( <i>8purj'olge</i> )	robada como de 811 teuencia ( <i>8purf olge</i> )
94	:!3	<i>legislati'</i> >	<i>leg-is actio</i>
99	9 de la u ot.a 79	de los <i>Orundholden</i>	(< <i>lrundholden</i> )
100	13	una	me
100	2 de la uota 83	Þ>, 1090	132. V.-Para. lo se- gundo España Sa- grada XXXV pági- na 112, 1090.
11fí	última	Galicien	Galicia
126	20	mueble	inmueble



Pág.	Linea	Dice	
J31	1-2	las prendas tocan directamente en sue.r,t,c al	los bienes prendados recaen directamente en provecho del
134	2 de la nota	de a.cuerdo	en desacuerdo
139	o	extendía	extendiera
156	20	recurso	curso
166	1	de	se
181	5	a.lteracióu del	alteración de loa contornos del
182	23 de la nota 61	reiterada	nueva
194	24	jóvenes	niños
195	5	siguiente	inmediato
196	2ü y 30	<i>ingali</i>	<i>-iugalc</i>
210	5	la novia	1ai'novia tiene lugar
217	9	décimas	quinceava.
228	2 die la nota 18)	suyo, sil	myo, (hruy que ín-tercalat ahora; <i>el en-fermo</i> ) sil
239	3	y	a
252	23	realizar	condicionar
253	19-2:1	gente	<i>gens</i>
258	6	en	una
262	4 de la nota 6	intervención	interposición
270	1	una e.osa mueble	cosas muebles
278	1'5 de la nota 56	Novelle	ley nueva
292	16	concede los	concede a los
300	16	había	haibrá
300	17	por	para.

En las paginas 57, 616, 68 y siguientes aparece impreso repetí-  
lamente *intimidat*:iún por *intimación*.

# ÍNDICE

.Nota editorial	5
Abreviaturas ....	7
Advertencia preliminar	9
PARTE I. -LAS OBLIGACIONES PERMITIVAS	11
§ 1. -El cumplimiento .	11
§ 2. -La fuerza obligatoria ( <i>Gellendwahrung</i> ) de las obligaciones dimanante de delito y de contrato real ....	54
PARTE II. -LA OBLIGACION FORTUITIVA	146
§ 3. - <i>Obstaculum</i> ..	147
§ 4. -La <i>Wadiatio</i> . Ocasos de aplicación	156
§ 5. -Forma de la <i>Wadiatio</i>	236
§ 6. -Los efectos de la <i>Wadiatio</i>	258
Erratas y correcciones	

**Otras publicaciones de la  
Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona**

---

*Sobre los Usages de Barcelona y sus afinidades con las Excepciones legum romanorum*, por Julio Ficker.

*Costumbres de Gerona*, edición preparada por D. Eduardo de Hinojosa: *J. Usages de Gerona*.

*Fuero de Jaca* (última redacción). publicado por José María Ramos y Loscertales.

*Libro de los Fueros de Castilla*. publicado por Galo Sánchez.

*Sobre las Leyes y los Fueros de España*, por el Dr. Francisco de Espinosa. (Extracto de la más antigua historia del derecho español).

**En prensa**

«*Historia del privilegio calalano del privilegio así llamado*» : versión medieval catalana del privilegio así llamado.

**En preparación**

*Documentos para la historia de las instituciones judiciales; de León y de Castilla*, coleccionados por Claudio Sánchez-Albornoz.

**Otras publicaciones de la  
facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona**

---

*Sobre los Usatges de Barcelona y sus afinidades con las Exceptiones legum romanorum*, por Julio Ficker.

*Costumbres de Gerona*, edición preparada por D. Eduardo de Hinojosa: /. *Usatges de Gerona*.

*Fuero de Jaca* (última redacción) , publicado por Joé Ma Ramos y Loscertales.

*Libro de los Fueros de Castiella*, publicado por Galo Sánchez.

*Sobre las Leyes y los Fueros de España*, por el Dr. Francisco de Espinosa. (Extracto de la más antigua historia del derecho español).

**En prensa**

«*Recognoverunt proceres*» : versión medieval catalana del privilegio así llamado.

**En preparación**

*Documentos para la historia de las instituciones judiciales de León y de Castilla*, coleccionados por Claudio Sánchez-Albornoz.