

Édouard Lambert

La tradición romana sobre la sucesión de formas
del testamento ante la historia comparada

Extrait de la *Revista de legislación*, Madrid 1903, pp. 539-553
Traduction : Enrique García Herreros

dato, porque entendió el Gobierno, con razón, que la carestía de la vida en la capital de España hacía necesario ese pequeño aumento; es lo cierto que el clero español no percibe más dotaciones que las señaladas en 1851, y esas rebajadas con el descuento que supone el donativo de que antes hemos hablado, no obstante que en estos cincuenta años transcurridos la vida ha encarecido mucho, y que esto ha justificado que bastantes sueldos de funcionarios civiles hayan sido aumentados, mientras que todavía hay sacerdotes que después de estudiar seis años de latín y humanidades y siete de teología, perciben al año 1450 pesetas líquidas y algunos ochavos con ocasión de t al cual bautizo, funeral ó matrimonio!

(Continuará.)

JOAQUÍN GIRÓN.

LA TRADICIÓN ROMANA

SOBRE LA

SUCESIÓN DE FORMAS DEL TESTAMENTO ANTE LA HISTORIA COMPARADA (*)

I

Conflicto entre los resultados de la tradición romana y los de la historia comparada.—Novedad habitual del testamento y anterioridad de los modos de establecimiento entre vivos del derecho de sucesión.

Los escritores del fin de la República y del Imperio nos presentan el testamento como uno de los productos más antiguos de la civilización romana. Según ellos, había encontrado su consagración á mediados del siglo v, antes de nuestra era, en la legislación decenviral. La ley de las XII Tablas había contenido una disposición, cuyo texto no nos es referido por los autores latinos sino con numerosas variantes—yo acepto provisionalmente la versión más extendida: *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (1)—que ha asegurado al

(*) Traducción de D. Enrique García Herreros.

(1) Regla 5.^a, 3, en las reconstituciones modernas de las XII Tablas. Para la indicación de variantes y enumeración de autores latinos que citan esta disposición: Girard, *Textes* (2, p. 13; *Manuel* (2), p. 782.

jefe de familia una libertad de testar tan ilimitada como la que goza en la época presente el testador inglés. Las afirmaciones de los clásicos presentan sobre este punto (debo reconocerlo) verdadera concordancia; pero, ¿son éstas verosímiles?

Mi atención ha sido llamada sobre lo extraño de esta parte de la tradición romana, por un corto pasaje de una hermosa obra, en la que M. Ettore Pais, avanzando más en el camino abierto por su maestro Mommsen, y en otro tiempo por Niebuhr, ha sometido á una nueva y penetrante crítica todo aquello de la historiografía romana que concierne á los tiempos anteriores al fin de las guerras Púnicas (1). Las investigaciones tan interesantes, á pesar de su carácter frecuentemente hipotético, á las que él ha llegado, procurando reconstituir los métodos de elaboración, los procedimientos de fabricación y de falsificación de lo que él llama la *historia cuasi-canónica* de Roma, le han llevado á confrontar dos de los capítulos de esta *historia sagrada*, que ofrecen el mayor interés para el jurista: la narración de la redacción de las XII Tablas por los decenviros, á mediados del siglo V antes de Jesucristo, y la de la divulgación de las fórmulas de *legis actiones* por el escriba de *Appius Claudius*, Gn. Slavino, al fin del siglo IV.

M. Pais ha creído encontrar aquí un ejemplo de esta doble tendencia, que él revela en la tradición romana; tendencia, de una parte, á anticipar los acontecimientos y atribuirles un origen mucho más antiguo que aquel que tienen en la realidad, y de otra, á recoger simultáneamente las diversas versiones legendarias de un mismo hecho histórico, considerándolas como relaciones de fenómenos distintos, y escalonándolas en el tiempo.

El sabio profesor de la Universidad de Nápoles denuncia

(1) *Storia d'Italia dai tempi più antichi alla fine delle guerre puniche*, 2.ª parte; *Storia di Roma*, Turin, t. 1.º, 1, 1898; 1.º, 2, 1899.

el defecto de veracidad histórica de las dos narraciones en cuestión. Estamos, si hemos de creerle, en presencia de dos leyendas que son desenvueltas alrededor de un mismo núcleo de hechos auténticos. Solamente su decoración pintoresca y poética varía; es el mismo fenómeno social y político el que se desarrolla: á saber, una reacción contra el monopolio pontifical de la ciencia jurídica, un movimiento de secularización de la jurisprudencia y un paso de la fase esotérica á la de vulgarización del derecho. M. Pais procura demostrar, que el único suceso que ha formado el fondo común á las dos leyendas, no es ciertamente anterior á la fecha asignada por los historiadores á la divulgación de las fórmulas de *legis actiones*, es decir, al fin del siglo IV antes de Jesucristo; y que es, al mismo tiempo, poco más reciente, no remontándose más que á principios del siglo III. La pretendida ley de las XII Tablas no será en realidad, como la mayor parte de los Códigos religiosos de la antigüedad, más que una recopilación de la jurisprudencia sacerdotal, que condensa todo el trabajo jurídico del siglo IV, cuyo conocimiento no fué propagado durante largo tiempo, más que por la sola tradición oral, explicando esto las adiciones y retoques que parecen haber sufrido el carácter relativamente moderno de su lenguaje, las contradicciones que se manifiestan entre los clásicos romanos en aquello que concierne á la determinación de su contenido, ó la fijación del tenor de cada una de sus disposiciones (1). En apoyo de esta tesis, que yo no puedo detenerme aquí en analizar y discutir, el autor ha aducido una serie compacta de razonamientos, de los que algunos son tal vez demasiado frágiles, pero en los que hay muchos que provocan serias reflexiones. Se funda, principalmente, sobre consideraciones sacadas de los métodos de formación de la historiografía, del examen de sus referencias y de sus dobles empleos. Pero también invoca accesoriamente algunos argumentos de orden jurídico.

(1) *Storia di Roma*, 1.º, 1, págs. 558-606; 1.º, 2, págs. 546-641.

El principal entre estos últimos, está sacado precisamente de la regla *uti legassit*. La existencia de un concepto tan sabio como el de este acto por causa de muerte, en la sociedad romana del siglo V, es profundamente inverosímil. El solo hecho de que el cuerpo de máximas jurídicas, conocido por los clásicos bajo el nombre de las XII Tablas, proclame la legitimidad del testamento, demuestra bastante que esta recopilación consuetudinaria tiene un origen mucho más reciente que el que se le atribuye generalmente (1). Este argumento es á primera vista fuertemente impresionante.

Cierto, si la máxima *uti legassi* hubiera verdaderamente tenido por objeto, como afirma la tradición romana, consagrar la legitimidad del acto testamentario, tal como lo describen la obra de Gaius y las copilaciones de Justiniano, el historiador tendría el derecho de manifestar alguna sorpresa y alguna desconfianza en vista de los testimonios que atribuyen la introducción de esta regla al siglo V.

En efecto, en ningún otro medio de cultura semejante, el *de cuius* ha estado autorizado á instituir sucesores universales á su elección, sino es á título excepcional, y por medio solamente de actos entre vivos, provistos, desde antes de la muerte del disponente, de efectos inmediatos y definitivos, é invis tiendo al agraciado de un derecho de copropiedad comparable al que tienen los miembros de la familia.

En las civilizaciones arcaicas, en cuanto podemos reconstituir su vida jurídica, la función actual del testamento está muy imperfectamente llenada:

1.º Por instituciones que tienden á producir principalmente sus efectos en la esfera del derecho de familia, y que no crean sino accesoriamente la vocación para suceder, como consecuencia de una transformación realizada en el *status familiae* del agraciado; modos de reclutamiento ficticio de la familia, de los que dos sobre todo son particularmente usuales: la adop-

ción Grecia (1), India (2), Egipto (3), Persia (4), Irlanda (5), Gales (6), China (7), Japón (8), pueblos primitivos de América del Norte (9), Arabia preislámica (10), antigua Hungría (11), Ossètes (12), etc., etc., (13)—; y la fraternidad artificial (14) *adoptio in fratrem* de la Constitución de Diocleciano [cap. VI,

(1) Schulin, *Griechische Testament*, págs. 17 y sigs.—Van Hille, *De testamento jure attico*, págs. 1.º y sigs.—Beauchet, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, 2.º, págs. 19 y sigs.—Daresté, *Plaidoyers civils de Démosthène*, Introducción, p. 31.—Van der Es, *De jure familiarum apud Athenienses*, págs. 76 y siguientes.

(2) Kohler, *Indisches Ehe- und Familienrecht. Zeits. für verg. R. W.*, 1882, 3.º, págs. 408-424.—Krit, *Vierteljahrsschrift für G. und R. W., Neu Folge*, 4.º, p. 19.—Jolly, *Recht und Sitte, passim*.—Daresté, *Etudes d'histoire du droit*, p. 44.—Gibelin, *Etudes sur le droit civil des Hindous*, 1.º, p. 80.—Para la India moderna. Kohler, en *Zeits. für verg. R. W.*, 6.º, págs. 345-346 y 395; 7.º, págs. 218-221; 8.º, págs. 93-103 y 109-112; 10, págs. 132-133.—Mayne, *Hindu Law and usage*, 1883, págs. 91 y sigs.

(3) Revillout, *Contrats de mariage et adoption dans l'Égypte et la Chaldée. Proceedings of the Society of biblical archeology*, 9.º, 1887, p. 167. *Revue égyptologique*, 2.º, p. 187.—Daresté, *Etudes d'histoire du droit*, p. 3.

(4) Daresté, *Etudes d'histoire du droit*, p. 110.

(5) D'Arbois de Jubainville, *Cours de littérature celtique*, 7.º, págs. 250-252.—O'Curry, *On the manners and customs of the ancient Irish*, 3.º, págs. 467 y siguientes.

(6) Walter, *Das alte Wales*, p. 421.

(7) Kohler, *Rechtsvergleichende Studien*, p. 192; y *Zeits. für verg. R. W.*, 5.º, p. 423; 6.º, págs. 369-360 y 377-379.

(8) Weipert, *Japanisches Familien und Erbrecht*, págs. 3 y 136-138.

(9) Kohler, *Zeits. für verg. R. W.*, 12, págs. 390-392.

(10) Kohler, *Zeits. für verg. R. W.*, 8.º, p. 244.—Robertson Smith, *Kiship and marriage in early Arabia*, págs. 45 y sigs.—Sautayra y Cherbonneau, *Droit musulman*, 1.º, p. 396, y para la Kabila: Hanoteaux et Letourneau, *La kabylie et les coutumes kabyles*, 2.º, p. 189.

(11) Daresté, *Etudes d'histoire du droit*, p. 263; para Polonia, p. 190; Grecia, 290; Noruega, 350.

(12) Kowalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, págs. 203 y 220.

(13) Se encontrarán sobre este punto indicaciones más detalladas en Kohler, *Studien ueber die künstliche Verwandtschaft. Zeits. für verg. R. W.*, 5.º, págs. 415-440.—Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 1.º, págs. 103 y siguientes; 2.º, p. 198. *Zeits. für verg. R. W.*, 6.º, págs. 345 y 403; 10, págs. 237-345, y Edwin Sidney Hartland, *The legend Persens*, 2.º, págs. 419 y sigs.—Para el derecho germánico: Stobbe-Lehmann, *Handbuch*, 4.º, 1900, págs. 451 y siguientes.—Brunner, *Grundzüge*, p. 203.

(14) Sobre esta institución de la fraternidad artificial, señalo sobre todo, entre los trabajos de generalización, el estudio citado de Kohler, *Studien ueber die künstliche Verwandtschaft*, y la monografía de Giovanni Tamassia, *L'affrattamento*, Turin, 1886.

(1) *Storia di Roma*, 1.º, 1, p. 574.

24, 7] (1), *fraternitas*, del derecho consuetudinario siro-romano (2), ἀδελφοποιία bizantina (3), *adfratrationes* de las cartas lombardas (4), *Erbverbrudereungen* de la alta nobleza alemana (5), reconocimientos de parentescos musulmanes (6), en los que el papel difiere á este respecto del de las confraternidades eslavas (7) y escandinavas (8).

2.º Por actos destinados á conferir al agraciado, sin modificar su estado de familia, la situación sucesoria del hijo del *de cuius*; es decir, una vocación hereditaria protegida en vida del disponente por las mismas garantías que el derecho de expectativa del heredero de sangre (*Beispruchsrecht*); actos que

(1) Tamassia, 43-57.

(2) Bruns y Sachau, *Syrisch romisches Rechtsbuch*, págs. 114, 144, y el comentario de Bruns, págs. 254 y sigs.—Tamassia, págs. 57 y sigs.—Kohler, *Zeits. für verg. R. W.*, 5.º, p. 437.

(3) Zachariae von Ligenthal, *Geschichte des griechisch römischen Rechts*, 2.ª ed., 1877, § 24, págs. 96 y sigs.—Tamassia, págs. 65-70.—Kohler, ob. cit., p. 437.

(4) Tamassia, *Affratellamento*, págs. 40-43, y *Alienazioni degli immobili e gli eredi secondo gli Antichi diritto germanici...*, p. 213.

(5) Stobbe, *Handbuch*, 5.º, 1885, págs. 277, § 310.—Beseler, *Die Lehre von Erbverträgen*, 2.º, 1, págs. 130 y sigs.

(6) Sobre las formas antiguas de la fraternidad ficticia en las costumbres preislámicas, Roberston Smith, *Kinship and marriage*, págs. 45 y sigs. y 261.—Quatremères, *Les asyles chez les arabes*, en las *Mémoires de l'Académie des inscriptions*, 1842, t. 15, 2.ª parte, págs. 307 y sigs.—Goldziher, *Mohammedanische Studien*, 1.º, págs. 63-69 y 134-137.—Kohler, *Zeits. für verg. R. W.*, 8.º, p. 224.—Sobre las formas modernas del reconocimiento de parentesco: Sautayra y Cherbonneau, *Droit musulman*, 1.º, págs. 335-341.—Zeys, *Traité élémentaire de droit musulman algérien*, 2.º, págs. 30-33.

(7) Ciszewski, *Künstliche Verwandtschaft bei den Südslaven*, Leipzig, 1897.—Kowalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, págs. 213 y 214.—Milenko B. Wesnich, *Die Blutrache bei den Südslaven*, en el *Zeits. für verg. R. W.*, 9.º, págs. 48-49.—Krauss, *Sitte und Brauch der Südslaven*, Viena, 1885, págs. 619 y siguientes.—Démélic, *Le droit coutumier des slaves méridionaux*, 1876, p. 145.—Popovic, *Recht und Gericht in Montenegro*, págs. 45 y sigs.—Tamassia, págs. 70 y siguientes.—Darinsky, *Zeitschrift für verg. R. W.*, 14, págs. 168 y sigs.

(8) Vinogradoff, *Geschlecht und Verwandtschaft im alt norwegischen Rechte*, en el *Zeits. für Social und Wirtschafts geschichte*, 1889, 7.º, págs. 12-13.—Pappenheim, *Die altdänische Schutzzgilden*, 1885, p. 23.—Tamassia, págs. 10 y sigs.—Para los numerosos ejemplos de instituciones análogas (cambio de sangre) que ofrece la etnografía: Kohler, *Künstliche Verwandtschaft*, p. 434.—Post, *Ursprung des Rechts*, p. 45. *Anfänge des Staat und Rechtslebens*, p. 7. *Grundriss*, 1.º, págs. 94 y sigs.—Waltz-Gerland, *Anthropologie*, 6.º, págs. 130 y sigs.

colocan en primer término para la sucesión *ab intestato* á extraños ó parientes que la costumbre no llamaba como forzosos, y que una ley bárbara califica de adopciones como herederos (*affatomias* sálicas y ripuarias), (1), *thinx* lombardo (2), modelos de adopciones de los formularios francos (3), y cartas de *affiliationes* lombardas (4).

3.º Por contratos sucesorios (modelos de *affatomias*, de *ereditariae*); llamamientos á sucesión (5) de *inter donationes*; donaciones mutuas entre esposos (6); fórmulas de la época franca, instituciones contractuales, *Erbvertrag* alemán (7); *Donationes post obitum* y *donationes reservato usufructu* ó *reservata precaria*, de fin de la Edad Media (8); *Wermächtnisvertrag* alemán (9), y los modelos de disposiciones similares

(1) *Lex Salica*, 46, y el primer capítulo adicional, 1.º, 8, § 2.—Boretius, *Capitularia*, 1.º, p. 293, n. 142, c. 8. *Lex Ripuaria*, 48-49.—Idem, 1.º, p. 118, n. 41, c. 8.—Heusler, *Institutionen*, 2.º, págs. 621-626.—Schmidt, *Die affatomie der lex Salica*, Múnich, 1891.—Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 5.º, 1885, § 228, págs. 170 y sigs.—Beseler, *Die Lehre von Erbverträgen*, 1.º, págs. 96 y siguientes.—Halban, *Entstehung des deutschen Immobiliareigentums*, 1894, página 235.—Daresté, *Etudes d'histoire du droit*, p. 406.—Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 862.—Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, 3.º, págs. 32 y sigs.—Auffroy, *Evolution du testament*, págs. 147-159.—R. Caillemet, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, págs. 29-45.

(2) Schupfer, *Thinx e affatomia*, Roma, 1892, extracto de las Memorias de la Academia del Lincei.—Pappenheim, *Launegild und Garethina*, en Gierke, *Untersuchungen*, n. 14, 1882, págs. 45 y sigs.—Val de Lièvre, *Launegild und Wadia*, págs. 34-38.—Palumbo, *Testamento romano e testamento langobardo*, 1892, págs. 250-300.

(3) Rozière, núms. 135-138. Véase también la curiosa noticia de adopción del cartulario de Saint-Sauveur de Rendon, n. 109.

(4) *Codex diplom. Cavensis*, 2.º, 368, p. 210; 400, p. 255; 4.º, 673, p. 236.—Regesto di Farfa, 151, 2.º, 125.—Troja, *Cod. diplom. Lang.*, 3.º, 512; 5.º, 929.—Schupfer, *Thinx e affatomia*, págs. 7, 23 y 28 de la tirada aparte.

(5) Rozière, *Formules*, núms. 123-137.

(6) Rozière, núms. 245-253.

(7) Beseler, *Die Lehre von Erbverträgen*, 1.º, 1885, págs. 1.ª y sigs.—Stobbe, *Handbuch*, 1885, 5.º, págs. 170-195, §§ 298-300.—Von Wyss, en *Zeits. für schweizerisches Recht*, antigua serie, 19, 1875, págs. 68-160.

(8) Huebner, *Die donationes post obitum* (Gierke, *Untersuchungen*, 26), páginas 1.ª y sigs., y la bibliografía por él citada.—Véase Auffroy, *Evolution du testament*, págs. 193 y sigs.

(9) Stobbe, *Handbuch*, 5.º, § 312, págs. 298 y sigs.

del derecho babilonio (1), judío (2), egipcio (3), etc., etc.

4.º Por el empleo de intermediarios de transmisión, investidos, por actos entre vivos, de la propiedad de los bienes de los que el *de cuius* quiere disponer, y encargados de retrasar, sea después de la muerte de este último, sea inmediatamente, á los verdaderos destinatarios (ejecutores testamentarios y ejecutores entre vivos de los principios de la Edad Media cristiana) (4), instituciones análogas del derecho hebraico (5), del bizantino (6), del musulmán (7), y semejantes del derecho Asirio (8) y *mancipatio familiae* romana.

Y 5.º Por último, por liberalidades, referentes solamente á objetos particulares y no al conjunto del patrimonio, que la costumbre permite al jefe de familia ordenar su cumplimiento, después de la muerte, á los herederos de sangre; pero en los que la ejecución no está frecuentemente garantizada más que por obligaciones morales, por un deber de piedad impuesto al heredero. (Primitiva Edad Media cristiana (9), derecho

(1) Kohler, en *Zeits. für verg. R. W.*, 3.º, 1882, págs. 216 217. *Jurist Exkurs zu Feiser's babylonischen Verträgen*, 1890, § 4.—Kohler y Peiser, *Aus dem babylonischen Rechtsleben*, 2.º, 1891, p. 19.

(2) Block, *Mosaisch-talmüdisches Erbrecht*, págs. 43 y sigs.—Rapaport, *Der Talmud und sein Recht*, en *Zeitschrift für verg. R. W.*, 14, 1900, págs. 94 148.

(3) Griffith, *Wills in ancient Egypt*, en *Law quarterly Review*, 14, 1898, páginas 47 y sigs.

(4) Véase sobre este punto el estudio de M. Schultze, en los *Untersuchungen*.—Gierke, *Die langobardische Trenhand und ihre Umbildung zur Testamentvollstreckung*, y sobre todo la remarcable obra de R. Caillemet, *Origines et développement de l'exécution testamentaire*, Lyon, 1901.

(5) Block *Mosaisch, Talmüdisches Erbrecht*, págs. 55 y sigs.—Mordché Rapaport, *Zeitschrift für verg. R. W.*, 14, págs. 102, 115 y 122.

(6) Zachariæ von Luigathal, *Histoire du droit privé gréco-romaine*, traducción francesa.—Lauth, *Nouvelle revue historique du droit*, 1866, 12, págs. 485 y siguientes.

(7) Sachau, *Muhammedanisches Recht nach schaftliches Lehre*, p. 238.—Hamilton Grady, *The Hedaya*, págs. 697 703.—Querry, *Droit musulman*, 1.º, páginas 627 631.—Van den Berg, *Minhádj at Talibin*, 2.º, págs. 279 282.

(8) Oppert et Menat, *Documents juridiques d'Assyrie et la chaldée*, págs. 200 300 y 311-312, etc.—Kohler und Peiser, *Aus dem babylonischen Rechtsleben*, 2.º, págs. 15 y sigs.

(9) Auffroy, *Evolution du testament*, págs. 381 y sigs.

judío (1) y numerosos ejemplos suministrados por la etnografía) (2).

Por varios que sean los procedimientos empleados por las civilizaciones, todavía rudimentarias, para el equivalente de las disposiciones universales *post mortem*, no encontramos en ninguno de ellos el rasgo que caracteriza al testamento, tal como nosotros le hemos tomado del derecho romano clásico: la devolución del patrimonio del *de cuius*, fuera del círculo de la copropiedad familiar, por la sola virtud de una voluntad que, según el dicho de Ulpiano, *ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum*, y que no comienza á producir sus efectos sino después de la desaparición de aquel que lo ha querido.

La dificultad de concebir la atribución de una energía semejante á la voluntad de un muerto, formó en las costumbres de la Europa occidental un obstáculo á la propagación del uso del testamento romano, mucho más durable que la misma copropiedad familiar. La institución de herederos por contrato ó *Ervertrag*, es desenvuelta entre nosotros mucho tiempo antes que la institución de heredero testamentario. En Inglaterra, el testamento que tenía por objeto la *real property*, conservó hasta 1837 importantes vestigios de su naturaleza primitiva de *conveyance*, de operación entre vivos, por lo tanto (3), y actualmente todavía, curiosas supervivencias de las mismas ideas se encuentran en los sistemas jurídicos de la Suiza central, vigentes bajo el imperio de la costumbre (4).

(1) Block, *Mosaichtalmüdisches Erbrecht*, § 88, p. 59.

(2) Kohler, *Zeits. für verg. R. W.*, 3.º, p. 133.—Post, *Grundriss*, 2.º, p. 197.—Banstein, 2.º, p. 179, y las observaciones, algún tanto divergentes, sacadas de fuentes insuficientemente seguras, que el mismo autor presenta en su *Africanische Jurisprudenz*, 2.º, p. 18.

(3) James Williams, *Wills and intestate succession*, p. 11.—Stephen, *Commentaires*, 1886, 1.º, p. 596.—Holdsworth y Wickers, *The law of succession testamentary and intestate*, págs. 5 y 27.—Joshua Williams, *Principles of the law of real property*, 18.ª ed., págs. 73 y 229.—Goodeve, *Modern law of real property*, 4.ª ed., 1897, págs. 328 y 392.—Reginald a Nelson, *The law of property*, Londres y Madras, 1895, págs. 428 y sigs.—Bigelow, *The law of wills*, Boston, 1898, páginas 19-20.

(4) Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*, 2.º, página

La anterioridad del contrato—ó de una manera más general, del acto entre vivos—, en relación con el acto por causa de muerte, como medio para el *de cuius* de hacer pasar su sucesión á los herederos de su elección, el nacimiento tardío del testamento propiamente dicho, su localización en los períodos de cultura ya muy avanzados, aparecen desde hoy día como reglas generales del desenvolvimiento del Derecho.

II

LA TRADICIÓN ROMANA:

SU VALOR Y GRADO DE CREDIBILIDAD.

Si verdaderamente Roma ha conocido desde el siglo v, antes de nuestra era, el acto por causa de muerte y la institución de heredero testamentario, su legislación aparece en la historia natural de los sistemas jurídicos como una especie de monstruo, imposible de clasificar dentro de ninguna de las categorías conocidas. Mas para hacer cesar esta anomalía, para disipar este misterio, no basta el que se rebaje, con M. Pais, la fecha tradicional de las XII Tablas, un siglo y medio. La existencia del concepto moderno de testamento es, poco más ó menos, tan inverosímil á principios del siglo III como á mediados del v. Ella sola, prescindiendo de toda cuestión de fecha, la presencia de la noción refinada y sutil del testamento en una legislación en la que todos los demás elementos tienen un carácter arcaico acusadísimo, contradice los resultados más sólidos de la historia comparada y de la etnología jurídica. Es en otra dirección diferente en la que conviene buscar los medios de restablecer la armonía entre las afirmaciones de la tradición romana y las enseñanzas de la historia comparada; en la negación de estar la verdadera naturaleza del testamento en

nas 260 y sigs.—Lardy, *Législations civiles des cantons suisses en matière de tutelle, etc.*, 1877, págs. 197 199, 263, 275-277 y 284 285.

el acto aprobado primitivamente por la regla *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*, es en la que lo encontraremos.

Es verdad que nos falta para responder á esto una alegación muy formal de la tradición romana; pero esta tradición, ¿presenta las garantías de certidumbre y de autenticidad suficientes para imponérsenos sin examen? Es lícito dudarlo. Los fragmentos demasiado escasos de los primeros monumentos del derecho romano que han llegado hasta nosotros, y notablemente las reconstituciones artificiales y conjeturales de las XII Tablas, no contienen la solución sino para bien pocos problemas. Solamente á partir de los tiempos de Plauto es cuando la literatura latina ó griega nos procuran algunos raros testimonios históricos sobre las instituciones jurídicas de Roma.

Para los siglos anteriores, el historiador está reducido á la dura necesidad de utilizar las reseñas que le suministran autores, de los que los más recientes han aparecido alrededor de cuatro siglos después de la redacción de las XII Tablas; oradores como Cicerón (1), historiadores como Tito Livio ó Dionisio de Halicarnaso, en los que el cuidado del efecto literario está infinitamente más marcado que la preocupación por la crítica de fuentes (2); gramáticos del siglo II ó del siglo III de

(1) Cuq, *Institutions juridiques romaines. L'ancien droit*, Paris, 1891, p. 18.

(2) Ettore Pais, *Storia di Roma*, 1.º, 1898, págs. 78 91; 1.º, 2, 1899, p. 375, nota 1.ª, y p. 695, nota 1.ª.—Mommsen, *Römische Forschungen*, 2.º, 1879, páginas 221 y sigs.—Bernhöft, *Staat und recht der römischen Königszeit in Verhältniss verwandten Rechten*, Stuttgart, 1882, págs. 1 16.—Cuq, loc. cit., p. 17.—De entre estos historiadores, el testimonio que es acogido de ordinario con más confianza por los romanistas, es todavía Tito Livio. Por tanto, los procedimientos de composición de este autor y el grado de credibilidad que merece, no han sido suficientemente puestos de manifiesto por el estudio de Nissem, *Kritische Untersuchungen ueber die Quellen der vierten und fünften Dekade des Livius*, Berlín, 1863, que nos hace asistir al curioso trabajo de transformación al que Tito Livio somete las narraciones de uno de sus guías, Polybio, para imprimirle un aire literario y acomodar la historia al gusto del público romano. El estudio de las fuentes del libro de Tito Livio y los métodos de trabajo de este escritor, han provocado en nuestros días una abundante literatura, de la que se encontrará su enumeración y análisis en Schany, *Geschichte der römischen Literatur*, 2.ª parte, 1.º, Munich, 1899, págs. 259 267, §§ 325 y 326 (*Handbuch der Klassischen Alterthumswissenschaft*, de Iwan von Mueller, 8.º), y en Soltau, *Livius Geschichtswerk: Kompositionen und Quellen*, Leipzig, 1897, p. 9.

nuestra era, como Festus (1), encuéntrase reducidos asimismo á revelar y confrontar las alusiones al pasado jurídico de Roma, esparcidas en las obras de los jurisconsultos clásicos, y á hacer mérito de testimonios de ellos, aun de los juristas que, como Pomponio (2), son frecuentemente sorprendidos en flagrante delito de error histórico, hasta en aquello que concierne á hechos que han pasado en tiempos á él cercanos. En buena lógica se debiera pedir á semejantes documentos, no solamente la revelación del *procesus* de la evolución del derecho romano, tal como está efectivamente desenvuelta durante las fases anteriores al principado, sino solamente la indicación del lado que de este proceso ha sido conocido por los romanos de fines del siglo VII ó del principio del VIII de la fundación, ó por aquellos de los primeros siglos de nuestra era.

Para tomar idea de la fragilidad de las construcciones edificadas con la ayuda de tales materiales, no puede haber prueba más decisiva que el estudio de la rama, muy floreciente en la hora actual, de la literatura europea, que tiene por objeto los orígenes del derecho canónico musulmán, del *fiqh*, y, sobre todo, la historia de las fuentes de este sistema jurídico, ó, mejor, de este conjunto de sistemas jurídicos.

Al lado de obras de tan alto valor científico como las de Goldziher (3), de Schnouck-Hurgronje (4) y de algunos otros

(1) Krueger, *Geschichte der Quellen*, p. 173.—Brissaud, p. 231.—Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2.^a ed., 1893, p. 63, n. 4.^a

(2) Girard, *Compte rendu du livre de Krueger (Geschichte der Quellen)*, en la *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1890, p. 334.—Joers, loc. cit., p. 10.—Cuq, *Institutiones juridiques*, p. 473, n. 2, y los autores citados por él.—Muirhead, *Introduction historique au droit privée de Rome*, traducción francesa de Boucart, págs. 18 y 19.

(3) *Die Zahiriten, ihr Lehrsystem und ihre Geschichte.*—*Beiträge zur Literaturgeschichte der Shi'a und der sunnitischen Polemik.*—*Ueber die Entwicklung des Hadith*, en sus *Muhammedanische Studien*, 2.^o, págs. 1 275, y sus artículos en la *Zeits. der. d. marg. Gessellschaft*, 1896, págs. 465 506, y en la *Zeits. f. verg. R. W.*, 1889, págs. 405 423.

(4) Véanse los dos estudios aparecidos en 1886, uno en la *Indische Gids. (Mohammedaansch recht en regtuwetenschap)*, y otro en la *Rechtsgeleerd Magazijn (De fiqh en de vergelijkende regtuwetenschap)*, diversos capítulos de su *Mekka* y de su *Atjehers*, la larga recensión del libro de Sachau, *Muhammedanisches Recht nach*

orientalistas (1), que describen los acontecimientos jurídicos de los tres primeros siglos de la hegira, en vista del testimonio de los escritores árabes contemporáneos á aquellos acontecimientos, encontramos también producciones de naturaleza completamente diferente, como los libros de Savvas Pachá (2), que expone la concepción en que fundan comúnmente, en nuestros días, los letrados musulmanes los precedentes por los que se ha operado la constitución del *fiqh*.

Mientras que Goldziher y Schnouck Hurgronje reconstruyen la historia de las fuentes del derecho musulmán en vista de los documentos auténticos, Savvas Pachá lo hace de las tradiciones populares que se determinan entre el siglo V y el IX de la hegira (3). La confrontación de las conclusiones obtenidas por estos dos caminos tan diferentes nos enseñan bastante bien cómo la historia llega á ser desfigurada bajo las transformaciones y los embellecimientos que la hacen sufrir la tradición (4).

shafütischer Lehre, en el *Zeits. der. d. marg. Gessell.*, 1890, y sobre todo dos importantes artículos, el del *Bijdragen tot de traal land en volkenkonden van Nederlandsch Indie*, 4.^a serie, 6.^o, págs. 392 491, y el de la *Revue de l'histoire des religions*, 37, 1898, págs. 1 22 y 174 203.

(1) Por ejemplo, los trabajos clásicos de Von Kremer, *Geschichte der herrschenden Ideen des Islams*, págs. 138 y sigs., y *Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen*, 1.^o, págs. 474 504.—Sprenger, Introducción al tercer volumen de *Leben und Lehre des Mohammads*, y sus estudios en el *Journal of the Asiatic Society of Bengal*, 25, 1856, págs. 303 329 y 375 381.—*Zeits. der. d. marg. Gessell.*, 1856, 10, págs. 1 17.—*Zeits. für berg. R. W.*, 1892, 10, págs. 1 31.—Sachau, *Sitzungsberichte*, de la Academia de Ciencias de Viena, *Phil. hist. classe*, 1870, 65, págs. 699 723.—Muir, Introducción á *The life of Mahomet*, y además, *Journal of the American Oriental Society*, 7.^o, 1862, págs. 60-1e2, y *Journal asiatique*, 9.^a serie, 16, 1900, págs. 315 346.—El lector encontrará el análisis del conjunto de estos trabajos de los orientalistas contemporáneos, en la historia de las fuentes del derecho musulmán, en mi libro actualmente en prensa, *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, 1.^a serie, tomo 1.^o, Introducción, *La fonction du droit comparé*, págs. 279 389.

(2) *Etudes sur la théorie du droit musulman*, Paris, 1892; 2.^o, 1898.

(3) Savvas Pachá mismo señala entre las principales fuentes de las que él ha sacado sus reseñas sobre la evolución del derecho durante los tres primeros siglos del islamismo, dos tratados de metodología (*ouçol al fiqh*), de los que uno, el libro de Pezdewi, no se remonta más que al siglo V de la hegira, y el otro, la obra de Mosla Hosrev, correspondiente al siglo I.

(4) Esto es lo que resulta de las recensiones del trabajo de Savvas Pachá,

Para penetrar en el espíritu de las instituciones del antiguo derecho romano, el historiador no dispone, en cuanto se atrinchera en el círculo limitado de la literatura latina, sino de instrumentos semejantes, no á aquellos de que se sirvieron Goldziher y Schnouck-Hurgronje, sino á los que solamente utilizó Savvas Pachá. No puede, pues, de éstos esperarse sino resultados inciertos y precarios.

Las sabias investigaciones de Mr. Ettore Pais nos permiten desde luego precisar nuestros motivos de sospecha acerca de la tradición romana. Con una remarcable seguridad de erudición y un raro vigor de dialéctica, Mr. Pais se dedica, en los dos volúmenes compactos de su *Storia di Roma*, á demostrar que los más antiguos documentos de los que se han servido los historiadores, y particularmente los *Anales de los Pontífices*, no han sido compuestos, sino muy posteriormente, con ayuda de memorias y de genealogías domésticas, novelas históricas inventadas por el orgullo familiar; y que los Pontífices han construido la historia oficial de la Monarquía y de los primeros tiempos de la República acomodándola á sus tendencias políticas y morales, y obedeciendo á un deseo visible de defender sus intereses sacerdotales y de abatir los sentimientos populares (1).

Indudablemente, todas las conclusiones del autor no deberán ser aceptadas como definitivas. Entre los ejemplos de anticipaciones y duplicidades que él señala, muchos son muy discutibles. La tentativa hecha con el fin de destruir, por el simple

dadas por Goldziher, *Byzantinische Zeitschrift*, 1898, 2.º, págs. 317 y sigs., y Schnouck Hurgronje, *Revue de l'histoire des religions*, 37, págs. 201 y sigs. Véase la respuesta de Savvas Pachá á la primera de estas noticias críticas: *Le droit musulman expliqué*, París, 1896.

(1) Para el desenvolvimiento de estas ideas generales, véase: 1.º, 1, págs. 128; en lo que concierne especialmente á los *Annales maximi*, 1.º, 1, págs. 27 y sigs., y para los fastos, 1.º, 2, págs. 643 y sigs.—El autor se propone desde luego volver á tratar y profundizar esta crítica de fuentes en un volumen complementario: *Fasti et Annali, Culti e Leggende dell' antichissima Roma*. Este volumen, aunque anunciado para 1900, no ha aparecido todavía cuando escribo estas líneas.

análisis del contenido de la tradición, el resultado de la leyenda de esta historia, me parece en sí misma un tanto quimérica. Si Goldziher (1) ha podido proseguir con pleno éxito una demostración crítica del mismo género, en lo que concierne á la tradición musulmana, es porque la riqueza relativa de la antigua literatura árabe le suministraba instrumentos precisos de comprobación y medios de contraste material, que faltan en absoluto al romanista.

Pero al menos los trabajos de Mr. Pais han establecido bien claramente que la fecha asignada por la escuela de Mommsen para principiar el período histórico romano, está fijada en un pasado demasiado lejano, y que los tiempos legendarios prosiguen en Roma durante un largo período, extendiéndose hasta los tiempos de las Guerras púnicas, durante el cual no tenemos otras noticias sobre los acontecimientos de la vida del pueblo romano que las suministradas por una especie de historia sagrada, arreglada al gusto popular, grandemente penetrada de leyendas, y á la que no prestaremos, ciertamente, más confianza que á los diversos cuerpos de tradición religiosa, si nuestro sentido crítico no está paralizado por un respeto supersticioso á la antigüedad clásica. Los monumentos de la literatura latina ó griega ó de la romanista obtienen sus reseñas de las instituciones jurídicas de los primeros siglos de la República, no presentando incontrastablemente los caracteres requeridos por la sana crítica histórica para atribuirles el valor de testimonios auténticos. Nos exponremos á innumerables causas de error si utilizamos la tradición romana sin comprobarla. Pero ¿cómo ejercer esta comprobación? Procuraremos verlo en el capítulo siguiente.

(2) *Muhammedanische Studien*, 2.º, págs. 1-275.

EDOUARD LAMBERT.

Profesor de Historia del Derecho y de Derecho civil comparado en la Universidad de Lyon.

(Continuará.)