

LEOPOLDO MARTÍNEZ COSÍO: *Los Caballeros de las Ordenes Militares en México*. México. Editorial Santiago, 1946; 353 págs.

Obra genealógica. Es sólo y estrictamente un catálogo biográfico y genealógico, como nos lo indica el subtítulo que en primera página figura, y que un simple hojeo de su contenido nos lo confirma después. Podemos observar en él la falta de una verdadera introducción, ya que, a pesar de las presentaciones, prólogos e introducciones, puramente literarias, con que comienza el texto, notamos un hueco; es éste, el de una síntesis histórica de la participación en empresas militares o políticas de aquellos Caballeros de Ordenes Militares, que posteriormente Martínez Cosío enumera en su catálogo genealógico. Estos caballeros, que sabemos llegaron a desempeñar tan importantes misiones, y que ni en sus datos biográficos y genealógicos Martínez Cosío detalla. Y, en cambio, sobra todos esos estudios sobre la importancia de la genealogía, etc..., que literariamente podrán estar bien o mal escritos, pero que no representan nada. Leyendo trozos de ellos, nos recuerda algunos artículos de nuestros periódicos, que en estos últimos años les ha dado por tratar de hechos históricos, más o menos literariamente adulterados.

Pero hemos de tener en cuenta que no podemos pedir más de lo que en realidad se proponía el autor, ya que él mismo nos dice que sólo se refiere a "los Caballeros de las Ordenes Militares que nacieron en México o en estas tierras vivieron. No son estos apuntes ni obra maestra ni obra definitiva, sobre todo es sólo una aportación para la historia de nuestras familias". Toma para la publicación de su catálogo como base una lista de los Caballeros de las Ordenes Militares publicada por el marqués de San Francisco en 1902 (*Anales del Museo Nacional*, tomo V, 3.^a época), y consigue una ampliación del mismo.

En resumen: podemos afirmar que, desde nuestro punto de vista históricojurídico, la obra de Martínez Cosío carece de interés y valor, pero es muy posible sea de gran utilidad para los que se dediquen a estudios genealógicos.

J. CERDÁ.

C. W. WESTRUP: *Introduction to early Roman law*. Tres volúmenes. Copenhagen-London, 1934-44.

El profesor de la Universidad de Copenhague C. W. Westrup, especialista en Derecho romano antiguo (1) e investigador de la historia de la organización familiar (2), ha publicado una vasta obra, en tres volúmenes, que lleva por título *Introducción al Derecho romano primitivo*.

1 *Nouvelle Revue Historique*, 1933.

2 *Studi in onore di Aldo Albertoni*. Padua, 1935.

El primer volumen comienza con una introducción, en la que el autor define el matrimonio como la unión duradera entre un hombre y una mujer, sancionada por la costumbre y por la ley. A continuación, Westrup desarrolla la teoría de que el matrimonio es una institución esencialmente legal. No deja de reconocer que normas morales son las que prescriben cómo han de cumplir y ejercer sus respectivos deberes y derechos los esposos, pero... esto no impide, según él, que el matrimonio sea esencialmente una institución legal. Para demostrarlo pone un ejemplo, no muy feliz, en que equipara la relación matrimonial a una relación patrimonial: "Consideraciones de tipo moral—dice—pueden demandar que el acreedor modere su derecho, reconocido por la ley, a exigir con todo rigor que el deudor efectúe el pago, y esto no quita el carácter legal de la relación jurídica."

En esta introducción sostiene, el autor, la imposibilidad de señalar con un alcance o validez general lo que es esencial en la legal substancia del matrimonio, como consecuencia de los cambios religiosos, morales, nacionales, económicos, etc., de las distintas épocas.

A continuación pone de relieve la dificultad del estudio histórico de la organización familiar, regida principalmente por la costumbre, aun en períodos en que el Derecho escrito iba ensanchando su campo de aplicación. El padre, en el Derecho antiguo, es el soberano de la familia: la legislación se detiene ante la puerta del hogar; y durante bastante tiempo, en Roma, lo mismo que en todos los pueblos de origen ario, la familia es un ente autónomo en el que el titular de la *patria potestas* es el legislador *intra-domu* el que resuelve los pleitos familiares, como intérprete de la tradición doméstica (*mores*), transmitida de padres a hijos, y el encargado de declarar el Derecho (*jus dicere*).

Después de la introducción viene un primer libro, que comprende dos capítulos; en el primero, que titula "Hombre y mujer", procura destacar la prioridad del motivo económicosocial, de tener una prole numerosa que multiplique la capacidad de obra en la hacienda agrícola, sobre el motivo erótico. El capítulo termina proponiendo como causa más amplia y preeminente de la unión matrimonial primitiva, que los motivos apuntados, el deseo o la necesidad, de tipo religioso, de perpetuar la raza.

Esto abre las puertas del segundo capítulo, que lleva por título "El culto de los antepasados", y por subtítulo, "Solidaridad de las generaciones".

En este capítulo expone el autor las creencias de los pueblos primitivos en la vida de ultratumba que explican muchos ritos funerarios de los romanos y justifican expresiones tales como *sub terra censebant reliquam vitam agi mortuorum* y *sit tibi terra levis*.

Estudia los elementos sentimentales que intervienen en el culto de los muertos y su evolución, destacando la idea capital en la religión romana de la comunidad formada por los antepasados, difuntos, con la familia viviente, a la que protege, y de la que recibe veneración y honra. Terminando el capítulo con unas páginas dedicadas a estudiar el culto del "Genius", que significa la continuidad de la raza, encarnada en la persona del jefe de la casa; la divinización del poder del paterfamilias; la encarnación sobrehumana de la íntegra personalidad del padre, capaz de ser mantenida a lo largo de las generaciones, en su concreción personal.

El libro segundo se ocupa de la estructura religiosa de la familia, y se divide en cinco capítulos y un epílogo.

El capítulo primero consta de dos partes. La primera lleva por título "La comunidad del culto", y trata las siguientes materias: Prole legítima masculina, Matrimonio *liberorum quaerendorum causa*, Deseo de hijos, La esterilidad en el matrimonio, El matrimonio como deber religioso y El hombre célibe y el celibato.

La simple exposición de estos enunciados ilustra bastante sobre su contenido. Más que por su originalidad, es interesante esta parte del libro por la abundancia de referencias al Derecho comparado. El tema principal es la necesidad religiosa de la descendencia legítima, única capaz de continuar el culto doméstico, y la aversión al celibato de los primeros romanos; aversión que a fines de la República se va convirtiendo, como consecuencia del cambio social que se opera en el mundo romano y del olvido de las viejas creencias, en aversión al matrimonio.

Creemos que Westrup pudiera haber hecho algo más de hincapié en las causas de la crisis de la nupcialidad producida a comienzos del Principado romano y haber analizado los versos 212 al 215 del poema LXI de Cátulo, que no dejan de tener interés, porque en ellos se insiste en la necesidad de la procreación legítima para que la raza no se extinga, y están escritos en un tiempo en que se ha perdido la antigua religiosidad, aparte de que, como hizo notar Warde Fowler, los términos en que se expresa Cátulo en el referido poema contrastan fuertemente con su vida privada. Tampoco hubiera carecido de interés el estudio por Westrup del pasaje de Plauto *Captivi*, IV, 2, 109.

En la segunda parte del capítulo que reseñamos se ocupa el autor de los varios modos de que se valieron los pueblos de la antigüedad para mantener la continuidad de la familia: La práctica del *Niyoga*, a que se refiere el título VI del libro IX del Código de Manu, consistente en que cuando un hombre muere sin hijos, la familia puede decidir que le sea procreado un hijo por su viuda y el hermano o pa-

riente paterno más próximo del difunto (*sapinda*) (3). *La designación de hijas*; es decir, aquella posibilidad, reconocida por el Derecho antiguo al padre, de elegir a una de sus hijas para que le diera un hijo para sí y no para el marido que le hubiese engendrado, y, finalmente, la adopción como medio de perpetuar el culto ancestral (es, en el fondo, la vieja tesis de Gans (4) y Schulin (5), presentada en forma nueva y atrayente).

El capítulo segundo lo dedica Westrup a tratar nuevamente de la función primordial del matrimonio, de la importancia social del mismo, que "obscurece su aspecto de relación personal" y exige el consentimiento de los jefes de las familias interesadas, y sobre todo la absoluta comunidad de vida de los cónyuges, a la que no se opone en modo alguno la superioridad jurídica del paterfamilias, sino que, por el contrario, es en la época de la libertad de la esposa, producida por los cambios morales del siglo II (a. de J. C.), cuando disminuye la autoridad moral y la reputación social de la mujer.

En el capítulo tercero estudia el fenómeno histórico de la poligamia, llegando a la conclusión de que la monogamia, único régimen matrimonial reconocido por los romanos, fué la forma primitiva de matrimonio en los pueblos de lengua aria.

En el capítulo cuarto trata de la fidelidad en el matrimonio, adoptando el punto de vista de no reconocer en la concepción jurídica primitiva del adulterio más que la violación por un tercero de una especie de derecho de propiedad, de que es titular el marido, y no la violación de la fidelidad por parte de la esposa. Noción ésta que Westrup reconoce que sufrió una evolución, para terminar siendo el deber de fidelidad recíproco de los dos esposos (6).

En el capítulo quinto rechaza las fantásticas hipótesis de F. Engels sobre matriarcado, y niega la identificación entre matriarcado y descendencia por línea femenina. Por no alargar excesivamente esta reseña, no nos ocupamos, como sería menester, de las páginas dedicadas a la incapacidad de las hijas para la herencia (págs. 240-249), tema tan íntimamente relacionado con la teoría bonfantiana de la *hereditas*.

Un epílogo sobre la exposición de los hijos pone fin al volumen II.

El segundo volumen comprende una introducción y seis capítulos. En ellos toca temas muy interesantes, algunos de los cuales figuran

3 Además de los textos citados por el autor, vid. *Génesis*, XXXVIII, 8, y *Deuteronomio*, XXV, 5-10.

4 *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, II, págs. 37-74.

5 *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen*, 1882, páginas 50-54.

6 Discrepamos del modo como el autor enfoca el influjo del cristianismo en este punto: "under the influence of Greek philosophy, with Seneca as the intermediary..." (pág. 219).

tratados también en el volumen I. Podemos citar: La indivisión de la familia primitiva, la propiedad del grupo familiar en el Derecho antiguo, *heredium*, los *sui heredes*, como especie de propietarios del patrimonio doméstico *vivo patre*; la desheredación, la inalienabilidad del patrimonio hereditario y la incapacidad de suceder de las hijas en el primitivo Derecho.

El autor comienza el volumen insistiendo en que los pueblos de lengua aria la familia fué fundamentalmente una comunidad de culto; el fin del matrimonio, tener descendencia legítima que pueda perpetuar el culto de los antepasados y, consiguientemente, asegurar la continuidad familiar, y la agrupación de la familia, una necesidad práctica en la fase de la economía agrícola para atender al cultivo de la tierra.

A lo largo de los diferentes capítulos va el autor desarrollando la tesis de que a la unidad religiosa y social de la familia corresponde también una unidad económica. Al lado de ciertos objetos, como por ejemplo, las armas y el equipo personal, que eran considerados como propiedad del individuo, existían otras cosas propiedad de la familia a las cuales tienen derecho los hijos a la muerte del padre.

El paterfamilias, en la organización primitiva, era el administrador de los bienes familiares, carente de toda restricción en sus poderes cuando procurase el uso en interés común de la familia, pero fuertemente limitado por el derecho de los descendientes, no de la autoridad social, porque la familia era eminentemente autónoma. Más tarde, en cambio, cuando a la comunidad familiar substituye la familia individual, el único propietario de los bienes familiares es el padre.

No podemos detenernos en todas las consecuencias de tipo doctrinal que Westrup obtiene de estos principios; simplemente queremos hacer dos indicaciones.

Cuando Bonfante lanzó la tesis de que la sucesión de las primeras épocas fué una sucesión en la soberanía del grupo familiar, entre las muchas objeciones que se le hicieron figuraba una de Perozzi, más tarde reproducida por Arangio-Ruiz (7). La objeción era la siguiente: A la muerte del paterfamilias, la familia se escinde; la perpetuación de ella bajo la dirección del heredero, la existencia de un antiguo grupo agnaticio unitario, no está probada. Bonfante, en el tomo I de sus *Scritti*, contestó con estas palabras (8): "Contra mi tesis no se puede oponer que el Derecho clásico presenta un estado de cosas diverso, en cuanto que a la muerte del paterfamilias la familia, ciertamente, se escinde...; hacer de esta circunstancia una objeción capital y decisiva significa precisamente rehusar el valor de

7. *Le genti e la citta*, págs. 15 y 61.

8. Págs. 232 y 234.

todo testimonio indirecto... Ciertamente, el paterfamilias no puede, en el Derecho clásico, designar un sucesor que ejercite una autoridad compleja, de cualquier naturaleza y de cualquier extensión que sea, sobre toda la casa unitariamente conservada; pero ésta es precisamente mi tesis para el Derecho primitivo, y no se puede, repito, aducir como argumento contra ella que en el Derecho clásico no sea así."

¿Cuál es la posición de Westrup ante este problema? De un lado, reconoce que en el más antiguo Derecho romano no se encuentra mención de privilegio alguno de primogenitura (9); por otra parte, niega la originaria existencia del testamento (10) en Roma, defendiendo una relación de copropiedad entre los *sui heredes*, y, finalmente, admite en toda la evolución histórica del Derecho romano la obtención de la patria *potestas* a la muerte del padre (11).

Creemos que la doctrina de Westrup quedaría muy esclarecida con la teoría de Bonfante, a la que alude, pero con la que no se enfrenta.

La otra indicación que queríamos hacer a propósito de este segundo volumen es que el autor, acertadamente, a nuestro juicio, prescinde de las hipótesis defendidas, entre otros, por De Vischer y Cornil sobre la valoración del *mancipium* como un poder del paterfamilias, volviendo a la vieja teoría del holandés Meerman, si bien creemos que hubiera sido deseable, en una obra sobre Derecho romano primitivo, tratar un poco más a fondo la *mancipatio*.

En el volumen tercero, Westrup trata (libro primero, capítulo primero) de la concepción inicial del Derecho, tocando puntos tan interesantes como *Aequitas*, *Justitia*, *Jus naturale*, etc. En este capítulo, junto a un excelente acopio de fuentes, encontramos una deficiente crítica de interpolaciones, lo que ha llevado al autor a considerar como indiscutiblemente clásica la noción suministrada por Paulo en Dig. 1, 1, 11, *quod semper aequum ac bonum*.

La *ratio naturalis* la interpreta Westrup en el mismo sentido que Cuq y Moniel, como el orden natural de las cosas, aunque sin rechazar rotundamente las interpretaciones de Koschembar-Lyskowski, y mucho menos la de Bonfante.

En el capítulo segundo del mismo libro se pasa al estudio de la formación del Derecho positivo. El pensamiento de Westrup en este punto es el siguiente: "La noción del Derecho no es simplemente la negación de la injusticia...; pero espontáneamente, dada la norma de conducta, instintivamente concebida como realidad social por la colectividad, solamente adquiere existencia palpable, solamente pasa a ser un Derecho positivamente formulado y expresamente reconocido, en el momento que es violada (pág. 75). Ahora bien; la decisión judi-

9 Vol. II, pág. 46.

10 Vol. cit., pág. 120 y ss.

11 Vol. cit., pág. 45.

cial se considera íntimamente ligada a una declaración de voluntad de los dioses" (pág. 83).

En el estudio de las fuentes del Derecho en las primeras épocas siempre se plantea una cuestión importante: la de compaginar el valor de la costumbre con la importancia decisiva de la jurisprudencia pontifical, en cuyo Colegio está el secreto de la ciencia jurídica (12), celosamente guardado.

Pacchioni se inclina a reducir el valor tradicionalmente asignado a la costumbre, mientras que Bonfante propone como solución que las afirmaciones de Pomponio y de Dionisio de que en un principio todo procedía de la potestad regia y que los juicios del Rey eran considerados como leyes, han de entenderse referidas únicamente al Derecho público y al Derecho penal.

Westrup, por su parte, sostiene que antes de las XII Tablas los pontífices, en su papel de árbitros, fijaban la norma consuetudinaria en cada caso discutido, y la norma positiva así nacida adquiría general efecto obligatorio por razón de la sanción moral y religiosa, expresada en la concreta decisión sacerdotal. Los pontífices no es que creen el Derecho; pero como peritos en el *jus sacrum*, eran los únicos capaces de interpretar, de acuerdo con la voluntad de los dioses, el *jus civile*.

Después de las XII Tablas, se hace preciso distinguir entre Derecho escrito y Derecho creado por la interpretación pontifical; es decir, Derecho elaborado por vía científica.

Las palabras de Westrup recuerdan inmediatamente otras de De Martino: "El pretor... ha recibido una venerable herencia al suceder a un eminente órgano sacerdotal, que era el competente para determinar la norma del caso concreto. El Poder del *jus dicere* tiene una afinidad precisa con lo que debió ser el poder de los pontífices: *revelar a las partes, casi como respuesta de la divinidad, la norma del caso particular*" (13).

En el segundo libro del volumen tercero trata de la autonomía y de la comunidad familiar, así como del gobierno de la casa y de la patria potestas primitiva.

Nos interesa destacar de esta parte los párrafos dedicados al verdadero sentido originario de *manus* y *potestas*, según Westrup:

Plenamente de acuerdo en que tanto *manus* como *potestas* han servido para indicar, en un principio, el total poder del padre de

12 Entendida esta expresión en un sentido limitado, porque, como dice FERRINI, antes de las XII Tablas faltaba una base segura y una variedad de casos capaces de suscitar la ciencia del Derecho. (*Storia delle Fonti*, 1, 885, págs. 21 y ss.

13 *La Giurisdizione...*, págs. 43-44. Confr. APARICI DÍAZ, *La bipartición del proceso civil romano*. Sevilla, 1946.

familia sobre personas y cosas. Lo que no vemos tan claro es que *manus* fuese la metafórica expresión de la posesión efectiva de la potestad y de la autoridad en la familia, y *potestas*, la capacidad para el ejercicio del poder mismo (14).

En el libro tercero torna a hablar del *Genius*, del que ya se ocupó en el volumen primero, y tras unas interesantes disquisiciones sobre el culto primitivo, desarrolla la tesis de que los romanos consideraron al padre sobreviviendo en la sangre del hijo; e insiste en sus ideas sobre la finalidad matrimonial de procurar una prole legítima; la ausencia, en un principio, de la sucesión testamentaria; la *continuatio domini*, etc., llegando a sostener que aquí se encuentra la explicación de máximas romanas como la de *Nemo ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest* y *Semel heres semper heres*, así como la teoría del patrimonio hereditario: encarnando la personalidad del difunto en el caso de la herencia yacente.

Es una tentativa laudable la de buscar un sólido fundamento a la regla *nemo ex parte...*, cuyo origen fué atribuído por Thibaut, Brinz, Schmidt y Mommsen, entre otros, a una aplicación del *jus strictum*.

En cambio, a la regla *semel heres semper heres* no creemos que haya que buscarle otra explicación más que la repugnancia de la jurisprudencia romana hacia las condiciones y plazos resolutorios, acentuada en este caso por ser la del difunto una voluntad definitiva y por los radicales efectos jurídicos que produce la confusión de patrimonios.

Finalmente, en cuanto a la herencia yacente, Westrup se apoya en el pasaje de Salvio Juliano Dig., 41, 1, 33, 2, para sostener que un jurista clásico, al resolver un problema práctico, acude a una teoría que se entronca con el viejo principio de la continuidad de la personalidad del *pater* en sus sucesores, y también acoge el autor los textos en los que se dice que la personalidad del muerto queda encarnada y superviviente en el patrimonio en interés del futuro heredero. Desconocemos cuál será el pensamiento de Westrup frente al pasaje Dig., 46, 2, 24, ni cuáles sus argumentos frente a las teorías de Savigny, Brinz, Demelius, Köppen, Bekker Unger, Ferrara, etc., sobre objetivación de la *hereditas iacens*.

En el libro IV, sirviéndose principalmente de doctrinas expuestas en anteriores capítulos de la obra, construye una teoría sobre la propiedad familiar y la *patria potestas*, de la que quizá lo más interesante es la concepción del *pater* en la primitiva familia como administrador de los bienes familiares, limitado en sus funciones por los respectivos derechos de los hijos de la casa, y únicamente capacitado para ejercitar la *potestas*, que como jefe le corresponde, por una

14 Nuestro punto de vista lo exponemos en este mismo volumen del ANUARIO, en el artículo que publicamos sobre el concepto de *pótestas*.

ilimitada *fides*. Situación que posteriormente se transforma en el *solum dominium* de los tiempos históricos.

El tercero y último volumen de la obra de Westrup que reseñamos termina comparando los textos Dig., 28, 2, 11 y Gaius III, 154, sobre la situación y relaciones jurídicas de los hermanos a la muerte del paterfamilias.

Nuestra opinión de conjunto sobre esta obra puede formularse en pocas líneas: Notable abundancia de fuentes jurídicas y extrajurídicas, romanas y no romanas, motivada por el afán comparativista del autor; adhesión al método sociológico, añadiendo al punto de vista religioso otros criterios, sobre todo económicosociales, en la investigación del primitivo Derecho romano, con lo que se sitúa en el terreno metodológico, más cerca de Montesquieu que de Fustel de Coulanges, y algunos puntos de vista audaces y sugestivos, más que seguros y fecundos, en su interpretación doctrinal.

FRANCISCO H. TEJERO.

HERNÁNDEZ TEJERO: *Reglas de Ulpiano*. Texto latino con traducción. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1946 (66 págs.).

Una colección de fuentes jurídicas romanas había sido iniciada por el Instituto Francisco de Vitoria, con la traducción de las Instituciones de Gayo. Con el presente libro, Hernández Tejero viene a continuar la labor iniciada, siguiendo una sistemática muy semejante: traducción (en algunos casos muy afortunada) de términos técnicos, texto bilingüe a doble página y notas, al pie de la página latina, de pasajes paralelos en Gayo, *Fragmenta Vaticana*, *Collatio*, etc., así como del mismo texto que se traduce. La edición carece de notas, si bien se introducen en la traducción algunas explicaciones aclaratorias, que en esta clase de publicaciones facilitan la labor de los estudiantes, pues a éstos está destinada la obra. Creemos, sin embargo, que será también de utilidad para los iniciados.

El texto se basa en la edición de J. Baviera (*Fontes juris romani antejustiniani*. Pars altera² 1940), que, a su vez, sigue el texto de Schulz. No obstante, se introducen palabras en la versión castellana que corresponden a lecciones corregidas por los romanistas mencionados al pie. Esto produce cierta discordancia (que quizá se pudo evitar introduciendo la lección corregida en el mismo texto latino) entre el texto latino y la versión castellana. Así, por ejemplo, en I, 12 (pág. 3), se conserva *Caesaris*, y se traduce "Casio", siguiendo la corrección de Puchta (vid. sobre este pasaje la nota del mismo Hernández Tejero en el *Anuario de Historia del Derecho*, 15 (1944), página 676); en XV, 2 (dos veces), y XV, I (págs. 24 y 25), se conserva