

## LAS FUENTES DE LA DEFINICION DE CODICILO EN SAN ISIDORO DE SEVILLA\*

1. San Isidoro da en *Et.* 5, 24, 14 una extraña definición de codicilo. Esa definición, o tal vez más exactamente descripción, podría ser considerada desde dos puntos de vista: como la expresión del pensamiento de San Isidoro, o como el producto de unas fuentes previas por él utilizadas. Conforme a la actual orientación de los estudios isidorianos, parecería obvio estudiar el tema desde el primer punto de vista: Fontaine ha trazado magistralmente las directrices generales de tipo constructivo que han de seguir los estudios isidorianos, si han de ajustarse a las exigencias científicas actuales; y ha desarrollado ese estudio en varios sectores de la amplísima materia tratada por San Isidoro<sup>1</sup>. Simultáneamente, García-Gallo

---

\* Además de las siglas normalmente empleadas, se utilizan en el presente trabajo las siguientes: BRAH = *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid; CCL = *Corpus Christianorum* (Series latina), Turnhout; CSEL = *Corpus scriptorum ecclesiasticorum latinorum*, Wien; *Et.* = (Isidori Hispalensis) *Etymologiarum seu Originum libri XX* ed. WM Lindsay, Oxford, 1911; *Herm.* = *Hermes* (Zeitschrift für klassische Philologie), Leipzig; *Is.* = *Isidoriana* (Estudios sobre San Isidoro de Sevilla en el XIV centenario de su nacimiento), León 1961; JRS = *The Journal of Roman Studies*, London; MGH = *Monumenta Germaniae historica*, Hannover; MI = *Miscellanea isidoriana*, Roma 1936; NA = *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, Hannover; PG = *Patrologiae cursus completus* ed. JP Migne (Series graeca); PL = *Patrologiae cursus completus* ed. JP Migne (Series latina); RDCan. = *Revue de Droit canonique*, Strasbourg; RE = *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (Pauly-Wissowa), Stuttgart; RGLJ = *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid; RhMus. = *Rheinisches Museum für Philologie*, Bonn; TLL = *Thesaurus linguae latinae*, Leipzig.

1. J. FONTAINE *Isidore de Séville et la culture classique dans l'Espagne wisigothique* París 1959, 16-19; *Problèmes de méthode dans l'étude des sources isidorienues* Is. 115-130.

ha marcado con pleno acierto esa misma orientación constructiva en lo que se refiere al aspecto jurídico de la obra de San Isidoro<sup>2</sup>. El elegir como objeto de este trabajo precisamente el estudio de las fuentes del pasaje isidoriano, no implica en manera alguna disconformidad con la nueva orientación, sino que obedece fundamentalmente a la conveniencia de complementar los presupuestos ineludibles para esa nueva orientación. *Et.* es una obra que, según su mismo autor, tiende primordialmente a reproducir textos de autores anteriores<sup>3</sup>. Por ello ha de precisarse, en la medida de lo posible, la individualidad o, al menos, el carácter de las obras jurídicas utilizadas por San Isidoro, para poder valorar su criterio selectivo, las modificaciones introducidas por él en las fuentes utilizadas y la construcción por él realizada con materiales procedentes de otras obras.

Por otra parte, el conocimiento de las fuentes jurídicas utilizadas por una persona como San Isidoro, que si bien no fué jurista, fué un hombre de inmensa cultura y de excepcional influencia en su época y en la posteridad, tiene en sí mismo un indudable interés para la historia del derecho romano tardío y del derecho español. Ese estudio de las fuentes jurídicas utilizadas por San Isidoro dista mucho de haber llegado a soluciones definitivas. Los estudios de conjunto de Dirksen<sup>4</sup> y de Kübler<sup>5</sup> y las páginas que al tema dedicó Conrat<sup>6</sup>, establecieron sólidamente ya al final del siglo pasado, que San Isidoro utilizó uno o varios manuales jurídicos postclásicos<sup>7</sup>. Pero aun después de esos estu-

2. A. GARCÍA-GALLO *San Isidoro jurista* Is. 133-141.

3. San Isidoro dedicó la primera edición de *Et.* al Rey Sisebuto e hizo constar expresamente en su carta dedicatoria la tendencia de la obra: ISID. *Ep.* 6 (ed. LINDSAY) *opus de origine quarundam rerum ex veteris lectionis recordatione collectum*. Sobre la autenticidad de esa carta: E. ANSPACH *Isidori Hispalensis institutionum disciplinae RhMus.* 67 (1912) 561-562 n. 2; J. A. DE ALDAMA *Indicaciones sobre la cronología de las obras de San Isidoro* MI 62.

4. H. E. DIRKSEN *Über die durch Isidor von Sevilla benutzten Quellen des römischen Rechts* Hinterlassene Schriften, Leipzig 1871, 185-200.

5. B. KÜBLER *Isidorusstudien Herm.* 25 (1890) 496-526.

6. M. CONRAT *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter* Leipzig 1891, 150-153.

7. En el mismo sentido: J. GAUDEMET *La doctrine des sources du droit*

dios, se ha seguido discutiendo con frecuencia la relación de San Isidoro con la compilación justiniana; queda por precisar en muchos puntos el grado de mediatez con que San Isidoro utilizó algunas obras clásicas y postclásicas conocidas<sup>8</sup>; y se ha avanzado relativamente poco en la caracterización del manual o manuales postclásicos, que ciertamente utilizó. El presente trabajo busca únicamente precisar en la medida de lo posible las fuentes de *Et.* 5, 24, 14. El pasaje no tiene en sí una particular relevancia; pero puede ser considerado como típico, ya que en él se plantean varias de las cuestiones aludidas.

2. El pasaje sobre el codicilo se halla en el libro quinto de *Et.*, dedicado en sus 27 primeros títulos a conceptos jurídicos; y dentro de ese libro, en el título 24 bajo la rúbrica *De instrumentis legalibus*. El contexto inmediato está constituido por una serie de definiciones y descripciones de procedencia heterogénea: patristica<sup>9</sup>, literaria<sup>10</sup> y jurídica<sup>11</sup>.

El pasaje isidoriano presenta en diversos puntos innegables

---

*dans le Décret de Gratien RDCan.* 1 (1951) 14-24; A. D'ORS *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano* Salamanca 1943, 82-83; *Un punto de vista para la historia del derecho consuetudinario en Roma* RGLJ 179 (1946) 511; *En torno a la definición isidoriana del ius gentium* (en *Derecho de gentes y organización internacional* 1 Santiago 1956, 15).

8. M. L. W. LAISTNER *Dediticci: The source of Isidore Et. 9, 4, 49-50* JRS 11 (1921) 267-268 ha demostrado la existencia de una fuente intermedia entre las Instituciones de Gayo y San Isidoro al menos para un pasaje. Espero tratar el tema con detención en un estudio sobre los textos gayanos de San Isidoro de próxima aparición.

9. Es cierto el origen patristico de los siguientes pasajes: *Et.* 5, 24, 2 // *LACT. Div. Inst.* 4, 20, 2 (CSEL 19, 364); *Et.* 5, 24, 3 // *AUG. Ps.* 82, 6 (PL 37, 1052); *Et.* 5, 24, 4 // *HIER. Ep.* 8, 1 (CSEL 54, 31-32).

10. De muy probable origen literario son *Et.* 5, 24, 18, 19 etc. El origen literario es cierto en *Et.* 5, 24, 25-26 // *SERV. Georg.* 1, 31. Sobre este último texto isidoriano: R. BIDAGOR *Sobre la naturaleza del matrimonio en San Isidoro de Sevilla* MI 285.

11. Es sumamente probable el origen jurídico de *Et.* 5, 24, 5-11, 17 etc. Sobre las fuentes de esos pasajes: M. CONRAT *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechtes im frühen Mittelalter* Leipzig 1891, 151-152; R. KÜBLER *Isidorusstudien Herm.* 25 (1890) 509-510. El origen jurídico es cierto en *Et.* 5, 24, 13 // *Gai.* 2, 104; *Et.* 5, 24, 15-16 // *Gai.* 2, 164-170.

semejanzas con un texto de *Inst.* Para mayor facilidad en la confrontación reproduzco paralelamente ambos textos. Al mismo tiempo para facilitar el análisis del texto isidoriano lo divido en fragmentos que no aparecen en las ediciones.

*Inst.* 2, 25

pr. Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petit per fideicommissum ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius impleisset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant, et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit. Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat quin codicilli iure optimo admitterentur...

3. Codicillos autem etiam plures quis facere potest et nullam sollemnitatem ordinationis desiderant.

ISID. *Et.* 5, 24, 14

[a] Codicillum, ut veteres aiunt, sine dubio ab auctore dictum, qui hoc scripturae genus instituit. [b] Est autem scriptura nullan indigena sollemnitatem verborum, sed solam testatoris voluntatem qualicumque scripturae significatione expressam. [c] Cuius beneficio voluntatibus defunctorum constat esse subventum propter legalium verborum difficultatem aut certe propter necessitatem adhibendorum sollemnium, [d] ita ut qui scribit titulum eiusdem scripturae codicillum vocet. [e] Sicut autem codicillus fit vice testamenti, ita epistola vice codicillorum.

Las analogías entre ambos textos llevaron a Séjourné<sup>12</sup> y Zic-

12. P. SÉJOURNÉ *Le dernier Père de l'église Saint Isidore de Séville* Paris 1929, 63.

gler<sup>13</sup> a afirmar la dependencia directa de *Et.* respecto a *Inst.* Guarino, tras un detenido estudio de ambos textos, llegó a la conclusión de que San Isidoro había utilizado una fuente muy parecida, si no idéntica, a *Inst.*<sup>14</sup>. Concretamente, Guarino ha puesto de relieve las siguientes analogías entre ambos textos: *voluntatem eius implesset // voluntatibus defunctorum constat esse subventum; utilissimum et necessarium... esse propter magnas peregrinationes // propter legalium verborum difficultatem aut certe propter necessitatem adhibendorum sollemnium*<sup>15</sup>. A esos paralelos señalados por Guarino hay que añadir: *nullam solemnitatem ordinationis desiderant // nullam indigens solemnitatem verborum.*

Todas estas analogías son evidentes. Más aún, las profundas discrepancias de fondo entre ambos textos, apreciables inmediatamente por simple lectura, no son en una obra como *Et.* indicio de independencia: con gran frecuencia San Isidoro, al utilizar un texto, modifica profundamente su contenido, al mismo tiempo que mantiene sus rasgos característicos de léxico y estilo<sup>16</sup>. Sin embargo, falta en el texto de *Et.* ahora estudiado, el indicio más seguro de dependencia, que es precisamente el mantenimiento de las características de léxico y estilo de la fuente utilizada. Por

13. A. K. ZIEGLER *Bulletin of the Riccobono Seminar of Roman Law in America* BIDR 43 (1935) 336.

14. A. GUARINO *Isidoro di Siviglia e l'origine dei codicilli* SDHI 10 (1944) 318-321.

15. A. GUARINO *o. c.* SDHI 10 (1944) 320-321.

16. La confrontación de textos de *Et.* con los de sus fuentes revela continuamente ese fenómeno. Véase un ejemplo típico: AUG. *Civ.* 19, 16 (CCL 48, 683) *Quocirca etsi habuerunt servos iuste patres nostri sic administrabant domesticam pacem ut secundum haec temporalia bona filiorum sortem a servorum condicione distinguere: ad Deum autem colendum, in quo aeterna bona speranda sunt, omnibus domus suae membris pari dilectione consulerent. Quod naturalis ordo ita praescribit ut nomen patrisfamilias hinc exortum sit et tam late vulgatum ut etiam inique dominantes hoc se gaudeant appellari. Qui autem veri patresfamilias sunt omnibus in familia tamquam filiis ad colendum et promerendum Deum consulunt... // ISID. *Et.* 9, 5, 6 *Paterfamilias autem dictus quod omnibus in familia sua positus servis tamquam pater filiis patria dilectione consulit; servorum condicionem a filiorum affectu non discernit sed quasi unum membrum amplectit. Hinc enim exortum est nomen patrisfamilias. Qui autem inique dominatur in servis hoc se nomine nequaquam se reputent appellari.**

otra parte, hay en *Et.*, como se verá, una serie de locuciones e ideas muy caracterizadas, que difícilmente pueden ser atribuidas a San Isidoro y que carecen de paralelo en *Inst.* Además es perfectamente posible que en dos descripciones elementales del concepto de codicilo aparezcan coincidencias, sin que ello implique necesariamente la dependencia de una respecto de la otra. Como además esas coincidencias son en *Et.* tan grandes o mayores respecto a diversos textos jurídicos postclásicos, queda abierto el problema sobre las fuentes del texto isidoriano. Su solución exige un análisis detallado del mismo.

3. Desde el punto de vista redaccional, el pasaje isidoriano está constituido por una serie de fragmentos más o menos vinculados entre sí. La extraña explicación etimológica del término *codicillum* en el fragmento [a] no está internamente vinculada ni por su forma ni por su contenido con el siguiente fragmento. Esa falta de vinculación, aunque de por sí no es un indicio positivo de que [a] y [b] procedan de diversa fuente, permite la conclusión negativa de que no es seguro que ambos fragmentos procedan de la misma fuente. El fragmento [b] es una descripción de la naturaleza del codicilo hecha desde el punto de vista formal: se centra en la no exigencia de forma solemne. La descripción queda complementada inmediatamente por el fragmento [c] que expone la finalidad simplificadora del codicilo. La conexión entre [c] y [d] es totalmente forzada, ya que la exigencia mínima de forma para el codicilo expresada en [d], sólo tiene el sentido consecutivo exigido por su forma gramatical, respecto de [b] y no respecto de [c]. El último fragmento [e] establece una ecuación entre los conceptos de testamento y codicilo y los de codicilo y epístola. Desde un punto de vista puramente formal, no hay indicio ninguno para determinar si su vinculación con el fragmento anterior [d] es primaria o secundaria.

Hay, sin embargo, un indicio de orden gramatical de que el fragmento [e] procede de fuente distinta de la de [a]: mientras en [a] se emplea la forma neutra singular *codicillum*<sup>17</sup> casi desu-

17. Gramaticalmente *codicillum* no puede ser considerado como un acusativo singular con función de sujeto de una oración de infinitivo del tipo

sada<sup>18</sup>, [e] utiliza indistintamente el masculino plural *codicilli*, conforme a la terminología jurídica usual y en la época clásica única<sup>19</sup>, y el masculino singular *codicillus* muy usado junto a la forma singular en la época postclásica<sup>20</sup>. Los fragmentos [a] y [e] proceden, por tanto, probablemente de distinta fuente. En cuanto al fragmento [d] donde se menciona el término en acusativo singular, no puede precisarse si mantiene la forma neutra de [a] o la masculina de [e].

Del análisis puramente formal del pasaje isidoriano puede, por tanto, deducirse con probabilidad que, por una parte, los fragmentos [a] y [e] proceden de distinta fuente, y por otra, que el fragmento [c] procede de fuente diversa, o al menos de un pasaje no contiguo de la misma fuente que la del fragmento [c].

4. Por lo que se refiere al contenido, el fragmento [a] explica el origen del término *codicillum* por el nombre de la persona que introdujo la institución. La expresión *codicillum... ab auctore dictum qui hoc scripturae genus instituit* no admite otra explicación que la de que en la mente de San Isidoro el inventor del co-

---

*veteres aiunt codicillum dictum*. La partícula *ut* que precede a *veteres aiunt* hace de esta frase una oración adverbial de modo. *Codicillum* ha de ser considerado, por tanto, como nominativo singular, según la forma típica de expresarse de San Isidoro, que omite con frecuencia el *est* copulativo. Sólo en *Et.* 5, 24 aparecen estos casos: 1. *Voluntas generale nomen*; 2. *Testamentum vocatum quia...*; 16. *Cretio autem appellata quasi...*; 17. *Fideicommissum dictum ut...*; 18. *et dictum pactum...*; 20. *Mandatum dictum quod...* En la tradición manuscrita registrada por Lindsay no aparece variante ninguna que pudiese inducir a aceptar que el nominativo *codicillum* proceda de error de copia.

18. TLL 3, 1408 aduce un solo pasaje latino de la forma singular neutra y considera dudoso que, aun en este texto, se emplee la forma neutra: CJ 1, 2, 13 (455) *testamento vel codicillo suo quod tamen alia omni iuris ratione munitum sit*.

19. *Dig.* 50, 16, 148 (GAI. *Leg. Iul. et Pap.*) *semper plurativo numero profertur sicut et pugilares et codicilli*. La noticia de Gayo queda confirmada por los pasajes aducidos en TLL 3, 1408 y VIR 1, 766.

20. A. GUARINO *Pauli de iure codicillorum liber singularis* ZSS 62 (1942) 247 n 112. En San Isidoro el empleo de la forma plural dentro de la misma frase puede explicarse como reminiscencia en él o en su fuente

dicilo fué un supuesto Codicillus<sup>21</sup>. La construcción *dictus quia* o *dictus a* en *Et.* introduce sin excepción una explicación de carácter etimológico<sup>22</sup>. Los esfuerzos de Guarino para probar que San Isidoro no relaciona el término codicilo con un nombre de persona, sino que trata únicamente de referir el origen de la institución jurídica del codicilo a un hecho histórico<sup>23</sup>, no son convincentes. Es difícil explicar de dónde pudo pasar a *Et.* esa extraña etimología. Para San Isidoro era bien conocida la significación originaria de la palabra *codicilli* y su relación con *codex*<sup>24</sup>. Tampoco puede atribuirse esa ignorancia a la eventual fuente de *Et.* Es, por tanto, probable que lo que en San Isidoro es una explicación etimológica del término *codicillum*, fuese originariamente en su fuente una narración del origen del codicilo como institución jurídica, referida a un episodio como ocurre en *Inst.*<sup>25</sup>. Es imposible determinar quién fué el autor de la trasposición tan poco afortunada de la explicación histórica en explicación etimológica. *Et.* o su fuente hace referencia a que esa explicación pro-

---

de las palabras *vix codicillorum* de la cláusula codicilar a la que, como se verá, alude probablemente el fragmento [d].

21. B. BIONDI *Successione testamentaria. Donazioni* Milano 1943, 615 n 1.

22. Sólo dentro del título aquí estudiado recurre la locución siempre con el mismo sentido en *Et.* 5, 24, 2. 17 a. 17 b. 18. 20. 24. 25. 27. 29. 30.

23. A. GUARINO o. c. SDHI 10 (1944) 317-319.

24. ISID. *Et.* 6, 13, 1 *Codex multorum librorum est; liber unius voluminis. Et dictus codex per translationem a codicibus arborum seu vitium, quas caudex, quod ex se multitudinem librorum quasi ramorum continet.* Sobre este texto y sus precedentes en la literatura latina: T. BIRT *Das antike Buchwesen* Berlín 1882, 95-97. La fuente de *Et.* 5, 24, 4 era todavía más explícita por lo que se refiere al término *codicilli*: HIER. *Ep.* 8, 1 (CSEL 54, 31-32) *rudēs illi Italiae homines quos cascos Ennius appellat... ante chartae et membranarum usum aut in dedolatis ex ligno codicillis aut in corticibus arborum multa epistolarum adloquia missitabant... // ISID. Et.* 5, 24, 4 *Taibulae testamenti ideo appellatae sunt quia ante chartae et membranarum usum in dolatis tabulis non solum testamenta sed etiam epistolarum alloquia scribebantur...* Sobre este texto en el que San Isidoro tenía bien claro el sentido originario del término *codicilli*: E. ARNS *La technique du livre d'après Saint Jérôme* París 1953, 29 n 2.

25. Acertada valoración histórico-jurídica de la noticia de *Inst.* en B. BIONDI *Successione testamentaria* 289-291 con bibliografía.



cede de fuentes anteriores: *ut veteres aiunt*—sin que se pueda precisar quiénes son esos *veteres* y si en ellos se había producido ya la trasposición. Por otra parte, *Inst.* y *Et.* son los dos únicos exponentes hoy conocidos de la explicación histórica del término *codicilli*<sup>26</sup>. La diferencia de contenido entre sus textos es demasiado grande para poder atribuir a San Isidoro la trasposición al campo etimológico del episodio de Léntulo narrado en *Inst.* Más bien habría que pensar que tanto *Inst.* como *Et.* reproducen dos momentos distintos de la evolución de una narración, en San Isidoro ya totalmente desnaturalizada. La fuente de *Inst.* 2, 25, 1-3 es ciertamente Marciano, como aparece por su paralelo con *Dig.* 29, 7, 6, 1-2, procedente de las Instituciones de dicho autor. Más difícil es determinar la fuente de *Inst.* 2, 25 pr. donde aparece el episodio de Léntulo. Ferrini, apoyado en razones formales, excluye la procedencia gayana y, en fuerza de la conexión existente con los fragmentos siguientes, estima como probable el origen marciano<sup>27</sup>. Guarino, sin rechazar del todo la hipótesis de Ferrini, duda de la fuerza de su argumentación y estima que en todo caso la fuente de *Inst.* fué simplificada en la época postclásica hasta presentar el origen de los codicilos como institución jurídica reducido el episodio de Léntulo tal como aparece en *Inst.*<sup>28</sup>. Posiblemente San Isidoro utilizó una fuente en la que aparecía esa misma historia en forma aún más reducida, de forma que, o por la omisión del nombre de Léntulo, o por lo sucinto de su redacción, diese pie a la mala inteligencia de que fue objeto en *Et.* La referencia expresa a los *veteres* no aclara nada la cuestión, ya que menciones de ese estilo aparecen con frecuencia tanto en los juristas<sup>29</sup> como en otros autores<sup>30</sup>.

26. En el material recogido en TLL 3, 1408-1409 no aparece ningún precedente de *Inst.* ni de *Et.*

27. C. FERRINI *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano Opere* 2, Milano 1929, 377.

28. A. GUARINO o. c. SDHI 10 (1944) 319-323.

29. Referencia de los pasajes en VIR 5, 1329-1330. Estudio estadístico-formal de esas referencias en varios juristas clásicos en las *tabulae laudatoriae* de A. M. HONORÉ *Gaius* Oxford 1962, 131-174.

30. Sobre el origen retórico de esa forma vaga de citar: J. FONTAINE *Isidore* 598; 751.

5. La idea que sobre la naturaleza del codicilo aparece en el texto isidoriano es que el codicilo es un documento escrito para cuya validez no se requiere ninguna fórmula solemne, sino solamente que exprese la voluntad del otorgante (*testator*) [b], y que éste haga notar expresamente que se trata de un codicilo [d]. Su finalidad según *Et.* es facilitar la expresión válida de la última voluntad al eliminar la necesidad para su validez de emplear complicadas fórmulas o revestirlo de determinada solemnidad [c]. Según San Isidoro, el codicilo se emplea en lugar del testamento y de la misma manera, la epístola en lugar del codicilo [e]. La idea central es, por tanto, que el codicilo es una simplificación del testamento, al haber sido despojado éste de los requisitos formales que le eran inherentes. En orden a determinar las fuentes del texto isidoriano, son interesantes estos dos datos: por un lado, la confusión entre testamento y codicilo; por otro, la no exigencia de requisitos formales para la validez del codicilo. El derecho clásico no exigía ningún requisito formal para la redacción del codicilo; pero restringía su contenido únicamente a los fideicomisos, si el codicilo no estaba confirmado por el testamento, y a toda clase de disposiciones de última voluntad con excepción de la institución de heredero, caso de tratarse de *codicilli testamento confirmati*<sup>31</sup>. En todo caso, la distinción clásica entre testamento, en el que era esencial la institución de heredero, y codicilo era tajante<sup>32</sup>. En la época postclásica se produjo una gradual aproximación entre los conceptos de testamento y codicilo: la doctrina y la legislación consideraron al codicilo, aun no confirmado por testamento, como una forma autónoma apta para toda clase de disposiciones de última voluntad excepto la institución de heredero, y en consecuencia exigieron para el codicilo la presencia del mismo número de testigos que para el testamento<sup>33</sup>. Ninguna de estas dos concepciones del codicilo es la reflejada en el texto isidoriano. Más bien aparecen en él concepciones del derecho vulgar occidental.

31. M. KASER *Das römische Privatrecht* 1, München 1955, 579-580.

32. F. SCHULZ *Classical Roman Law* Oxford 1951, 239.

33. B. BIONDI *Successione testamentaria* 623-624; A. GUARINO, *o. c.* ZSS 62 (1942) 212; 233-238; A. D'ORS *El Testamentum Porcelli* RIDA 2 (1955) 228.

que por una parte apenas distinguió entre codicilo y testamento y en la práctica llegó a admitir la institución de heredero en los codicilos<sup>34</sup>, y por otra parte, en el siglo VI, llegó a calificar de *testamentum* a disposiciones de última voluntad que no contenían institución de heredero<sup>35</sup>.

Para valorar estos datos hay que tener en cuenta el fin de *Et*. San Isidoro no pretendió en *Et*. 5 hacer una exposición del derecho vivido en su tiempo, y ni siquiera entraba en su plan hacer desaparecer lo anacrónico de muchas de las instituciones que definía basado en sus fuentes. Por ello es poco probable que, en el pasaje ahora estudiado, se deba atribuir a San Isidoro una radical adaptación de las fuentes utilizadas al derecho vivido en su época. Los rasgos claramente vulgares que aparecen en la descripción del codicilo han de atribuirse, por tanto, fundamentalmente, a la fuente utilizada.

Esta conclusión queda confirmada por razones de orden terminológico y estilístico. La frase *scriptura nullam indigens sollemnitatem verborum sed solam testatoris voluntatem qualicumque scripturae significatione expressam* tiene un marcado tinte retórico ajeno a los clásicos y propio del estilo ampuloso de la cancillería imperial postclásica y de los autores de las *interpretationes*, contagiados por el estilo de las constituciones que parafraseaban<sup>36</sup>. En concreto, en las constituciones imperiales posteriores a Diocleciano

---

34. IT 4, 4, 1 *Si quis non fecerit testamentum sed vice testamenti fecerit codicillum in quo codicillo legitima heredis institutio teneatur...* Sobre este texto: A. D'ORS *o. c.* RIDA 2 (1955) 228; M. KASER *Das römische Privatrecht* 2, München 1959, 354. CT. 4, 4, 1 (326 ?) en su estado actual no habla para nada de la institución de heredero en el codicilo; posiblemente, esa constitución fue retocada por los compiladores de CT y en su forma original debió de referirse a la necesidad de testigos para la validez de un codicilo que, a falta de testamento, contuviese una institución de heredero: S. SOLLAZZI *Ancora glossemi e interpolazioni nel CT* SDHI 13-14 (1947-1948) 212.

35. P. MAREA *Estudos de direito visigótico* Coimbra 1948, 110-114.

36. Sobre el tema: P. KRÜGER *Histoire des sources du droit romain* (Trad. M. Brissaud) Paris 1894, 367; F. SCHULZ *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* Weimar 1961, 415; E. VOLTERRA *Quelques remarques sur le style des constitutions de Constantin* *Mélanges Henry Lévy-Bruhl*, París 1959, 325-330; R. H. HONIG *Humanitas und Rhetorik in spätrömischen Kaisergesetzen* Göttingen 1960, 39-61.

y en sus *interpretaciones*, y precisamente en pasajes que se refieren a la simplificación de forma de los documentos, abundan frases de forma parecida. Pueden servir de ejemplo los siguientes textos:

CT 2, 24, 1 (321 [327]) Quod vero ad huiusmodi spectat scripturas, in quibus talis defunctorum fuisse mens invenitur ut de testamento intellegatur tantummodo cogitatum, etsi repugnare ius videatur, eiusmodi quoque conscriptiones inter suos dumtaxat heredes valere oportet, quemadmodum valent scripturae simpliciter incoatae, quas nulla solemnitate adnuncula defendunt, solis nixae radicibus voluntatis... Quam ob rem... si ab utilitate verborum vel solemnitate iuris inanis scriptura esse dicatur, considerari specialiter voluntatem placet et obsecundari protinus, cum res dividuntur.

CT 8, 13, 4 (339) sine eiusdem cretionis necessitate delatas sibi qualicumque successionis genere facultates.

CJ 5, 9, 9 (339) Ut verborum inaniam excludamus captiones, ita haec observari decernimus ut apud quemlibet iudicem vel etiam apud duumviros qualicumque testatio amplectendae hereditatis ostendatur...

CT 4, 1, 1 (426) legitima successio... qualicumque contenta aditae vel adeundae hereditatis indicio.

CT 3, 13, 4 (428) Ad exactionem dotis... qualiacumque sufficere verba censemus.

NVal 21, 1 (446) pr... divus avunculus noster testamentorum compendia generali lege complexus formulam iuris antiqui et inanem verborum conquisitionem non necessariam iudicavit... 3... cum... cunctisque iam liceat quoquomodo et quibuscumque verbis ultimum dictare iudicium, sicut eorum principum statuta declarant qui removerunt sanctionibus suis meliore prudentia vetusti iuris ambages. 4 Idcirco minutiis priscae consuetudinis et obscuritate submota solam defunctorum convenit inspicere voluntatem.

CJ 8, 37, 10 (472) stipulationes etiamsi non solemnibus vel directis sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae...

IT 3, 5, 13 qualicumque cum die et tempore scriptura sufficet.

Algo parecido ocurre con la frase inicial de [c] *cuius beneficio voluntatibus defunctorum constat esse subventum*: la forma pasiva *subveniri* con dativo aparece con gran frecuencia en los clásicos en el sentido de proteger jurídicamente, sobre todo, por medio de

*restitutio in integrum* o de *exceptio*<sup>37</sup>. Algunos pasajes clásicos utilizan una expresión fundamentalmente idéntica a la de *Et.*, pero más sencilla en su formulación<sup>38</sup>. En cambio, en las exposiciones de motivos de las constituciones imperiales postclásicas y en sus *interpretationes*, se emplean formulaciones terminológica y estilísticamente parecidas a la de *Et.* He aquí algunos ejemplos:

CT 2, 16, 1 = CJ 2, 27, 2 (326) *minoribus sanctionum praesidio cautum esse non dubium est.*

CT 10, 8, 3 (326) *his... beneficio lenitatis nostrae extrinsecus debeat subveniri.*

CT 11, 31, 2 (365) *his iuris beneficio subveniunt.*

CT 5, 15, 20 = CJ 11, 65, 4, 1 (366) *ut et de officii insolentia constat... et his possit esse consultum.*

CT 2, 16, 3 = CJ 2, 21, 8 (414) *minoribus et mulieribus constat esse consultum.*

NT 16 pr (439) *gratum duximus deficientium quoque voluntatibus subvenire, ut pro suo quisque testetur arbitrio ut in potestate sua suam habeant voluntatem.*

IT 2, 16, 3 *Minoribus mulieribus... subvenitur.*

IT 2, 16, 1 *In annis minoribus constitutis multum legibus constat esse prospectum.*

IT 3, 5, 3 *quamquam et feminis... lex subveniri noluerit, tamen specialiter voluit esse consultum.*

IT 4, 4, 5 *Placuit voluntatem defunctorum ea ratione servari.*

IT 4, 22, 1 *absentibus iubeamus esse consultum.*

INVal 35, 200 *remota ambiguitate hac lege constat esse praeceptum.*

A la vista de esta serie de textos puede admitirse con probabilidad que el fragmento [c] es de origen jurídico y presenta caracte-

37. VIR 5, 730-731 registra 80 pasajes de los que 51 proceden de Ulpiano. Sobre el significado: A. BERGER *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* Philadelphia 1953, 722.

38. *Dig.* 16, 1, 2, 1 (ULP. Ed. 29) *senatusconsultum quo plenissime feminis omnibus subventum est*; 27, 7, 8, 1 (PAUL. Resp. 9) *constitutionibus subventum est ignorantiae heredum*; 36, 1, 1, 4 (ULP. Fidcm. 3) *Senatus subventum voluit heredibus*; 40, 5, 26, 1 (ULP. Fidcm. 5) *Apparet enim subventum fideicommissis libertatibus*; 40, 5, 26 7 (ULP. Fidcm. 5) *Subventum libertatibus est senatusconsulto*; 40, 5, 30, 10 (ULP. Fidcm. 5) *libertati fideicommissae per senatusconsultum subventum est*; 49, 1, 1, 3 (ULP. Appell. 1) *errori eius subventum est rescripto.*

terísticas de terminología y estilo típicas de las constituciones imperiales postclásicas o de su *interpretatio*.

Concretamente hay una constitución imperial en *CJ* 6, 23, 15, en la que aparecen ideas y locuciones análogas a las de los fragmentos isidorianos [b] y [c]. A pesar de la fecha con que aparece datada en *CJ*, la constitución aludida formó probablemente parte de una amplia constitución de Constantino de 31 de enero de 320, de la que se recogen otros fragmentos con diversas fechas en *CT* y *CJ*<sup>39</sup>. En esa constitución se suprimió la necesidad de emplear determinadas formas para la institución de heredero<sup>40</sup> y para los legados y fideicomisos<sup>41</sup>, haciendo depender la calidad de heredero, legatario o fideicomisario únicamente de la voluntad del otorgante, no de la fórmula empleada en la designación<sup>42</sup>. Por otra parte, según una sólida hipótesis de Krüger, es muy posible que esa constitución de Constantino sea idéntica a la *superior lex* aludida en *IT* 4, 4, 1<sup>43</sup>. Esa *superior lex*, hoy desaparecida, hubo de ser anterior al año 326 (fecha de *CT* 4, 4, 1)<sup>44</sup> y en ella debió de tratarse de la invalidez de la institución de heredero en un codicilo posterior al testamento, en la que la persona instituida fuese distinta de la instituida en el testamento. De ser esto así, tendríamos en la cons-

39. *CT* 3, 2, 1; 4, 12, 3; 8, 16, 1; 11, 7, 3; *CJ* 6, 9, 9; 6, 23, 15; 6, 37, 21. Sobre la unidad originaria de estas constituciones: T. MOMMSEN *Prolegomena in Theodosianum* CCXIV-CCXV; P. JÖRS-W. KUNKEL *Römisches Privatrecht*<sup>2</sup> Berlin-Göttingen 1949, 322 n 3; M. KASER *Das römische Privatrecht* 2, 350 n 1.

40. *CJ* 6, 23, 15.

41. *CJ* 6, 37, 21.

42. B. BIONDI *Sucessione testamentaria* 187.

43. *IT* 4, 4, 1 *Nam secundum superiorem legem si condito testamento post factum fuerit codicillum et in eo alium quam in testamento fecerat heredem voluerit nominare, in eo codicillo heredis institutio non valebit.*

44. La referida *superior lex* no aparece en lo que hoy se conserva de *CT*, que para los seis primeros libros sólo representa algo menos de la mitad de la extensión originaria: T. MOMMSEN *Prolegomena in Theodosianum* XXXVIII; J. GAUDEMET *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV et V siècles* Paris 1957, 49. Se puede, por tanto, suponer con probabilidad la existencia en la forma originaria de *CT* 4, 4 de una constitución anterior a *CT* 4, 4, 1. Así lo hace G. HAENEL *Codex Theodosianus* Bonn 1842, 360 n a; 364 n o. P. KRÜGER *Codex Theodosianus* Berlín 1923, 123 da un paso más e identifica esa constitución con *CJ* 6, 23, 15 (320).

titución de Constantino de 31 de enero de 320 una serie de ideas que reaparecen en *Et.*: atención primordial a la voluntad del otorgante, confusión entre testamento y codicilo al admitirse la posibilidad de la institución de heredero en el codicilo, eliminación de la necesidad de fórmulas solemnes tanto en el testamento como en el codicilo. En todo caso, la farragosa constitución, sea o no de Constantino, y admita o no la posibilidad de la institución de heredero en el codicilo, ofrece muchos puntos de contacto en sus ideas y en su expresión con el texto isidoriano:

*CJ* 6, 23, 15

pr. Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit... 1... quibuslibet confecta sententiis quolibet loquendi modo formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio nec necessaria sint momenta verborum quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. 2. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit sollemnium verborum necessitas ut qui facultates proprias cupiunt ordinare in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem.

ISID *Et* 5, 24, 4 [c-d]

Est autem scriptura nullam indigens sollemnitate verborum sed solam testatoris voluntatem qualicumque scripturae significatione expressam. Cuius beneficio voluntibus defunctorum constat esse subventum propter legalium verborum difficultatem aut certe propter necessitatem adhibendorum sollemnium.

La semejanza entre ambos textos no es de tal género que induzca a admitir una dependencia directa. Sin embargo, las numerosas coincidencias de contenido estilo y léxico quedarían perfectamente explicadas suponiendo esa dependencia a través de la *interpretatio* perdida de esa constitución, caso de haber figurado ésta en *CT* según la hipótesis de Krüger antes mencionada<sup>45</sup>.

En consecuencia, respecto a los fragmentos [b] y [c], puede

45. F. WIEACKER *Lateinische Kommentare zum Codex Theodosianus* Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel, Leipzig 1931, 260-268; *Recht und Gesellschaft in der Spätantike* Stuttgart 1964, 119-120 ha demostrado el origen previsigótico de IT y su procedencia heterogénea de diversos tipos de comentarios a CT. En el mismo sentido L. WENGER *Die Quellen des römischen Rechts* Wien 1953, 563 n 50; J. GAUDEMET *La formation du droit séculier* 95.

afirmarse con certeza su coincidencia de ideas, estilo y terminología con las constituciones postclásicas y sus *interpretationes*, y con alguna probabilidad su relación con *CJ* 6, 23, 15 tal vez a través de una *interpretatio* hoy perdida.

6. Desde el punto de vista redaccional, el fragmento [d] *ita ut qui scribit titulum eiusdem scripturae codicillum vocet* está vinculado secundariamente, como ya se ha visto, con [c], ya que [d] internamente no está unido a [c] en la forma consecutiva que gramaticalmente postula *ita ut*. Ello indica o que procede de distinta fuente, o, más probablemente, que une secundariamente de manera forzada dos frases distintas de la misma fuente, separadas en ella.

El empleo del término *titulus* en el sentido de denominación de una categoría jurídica, puede ser un leve indicio del carácter postclásico de la fuente utilizada<sup>46</sup>. Lo mismo puede decirse del singular *codicillus*, como se ha señalado antes. Su contenido refleja una extraña concepción del codicilo. En los fragmentos anteriores ha sido presentado éste como un documento análogo al testamento, pero sin los requisitos de forma inherentes a éste. Ahora se exige, como único requisito, que el otorgante dé al documento el *titulus* de codicilo. La primera idea procede probablemente, como ya se ha visto, de la atribución al codicilo de las simplificaciones de forma introducidas para el testamento en la legislación postclásica. La segunda, al exigir para la validez del codicilo su designación expresa como tal, se aparta también de las concepciones clásicas y refleja probablemente, aunque mediante una profunda trasposición de ideas, concepciones típicamente postclásicas.

Una constitución de Arcadio y Honorio y su *interpretatio* reflejan probablemente la problemática postclásica a la que se refiere el fragmento [d]:

*CT* 4, 4, 3pr = *CJ* 6, 23, 17 (396 ?) *Testamentum non ideo infirmari debet quod diversis hoc deficiens nominibus appellavit...*

*IT* 4, 4, 3 *Si moriens cum scribit aut dictat chartulam testamenti praetermiserit forsitan ut vocabulum poneret aut civilis... aut praetorii iuris...*

46. A. D'ORS *Titulus* AHDE 25 (1953) 500-501.



Ambos textos se refieren a la repercusión que pueda tener para la validez de un testamento la discordancia entre la calificación expresa (*nomen, vocabulum*) de civil o pretorio dada al testamento por el otorgante, y la realidad del número de testigos. El planteamiento es típicamente postclásico. La forma solemne del testamento ha sido ya eliminada. La bipartición postclásica *testamentum iuris civilis - testamentum iuris praetorii* se fundamenta únicamente en el número de testigos y tiene un alcance práctico reducido, dada la convergencia de los sistemas civil y honorario<sup>47</sup>. La constitución elimina el último resto de formalismo, al determinar que la discordancia entre la calificación expresa del testamento como civil o pretorio y la realidad del número de testigos, no implica la nulidad del testamento. Al establecer esto, la constitución de Arcadio y Honorio revela un dato de interés para la determinación de la fuente del texto isidoriano: en pleno siglo IV, aún después de eliminados los requisitos de forma del testamento, existió una problemática centrada en la relevancia del *nomen* o *vocabulum* utilizado por el otorgante para calificar su testamento. En el fragmento isidoriano ahora estudiado aparece esa misma problemática referida al codicilo.

La designación expresa del documento como codicilo consignada en el texto isidoriano, recoge probablemente una referencia de la fuente utilizada a la cláusula codicilar. Esta se incluía frecuentemente en el testamento, para que si éste resultase inválido como testamento, surtiese al menos efecto como codicilo<sup>48</sup>. Ulpiano menciona el frecuente uso de la cláusula en su época<sup>49</sup>. En la época postclásica, a pesar de la aproximación de forma entre testamento y codicilo, la cláusula se seguía utilizando con frecuencia<sup>50</sup>. La

47. M. KASER *Das römische Privatrecht* 2, 342-343; G. G. ARCHI *Testamentum civile, Testamentum praetorium* Studi in onore di U. E. Paoli, Firenze 1956, 15-16.

48. B. BIONDI *Successione testamentaria* 627; M. KASER *Das römische Privatrecht* 1, 580; 2, 355.

49. *Dig.* 29, 1, 3 (ULP. Sab. 2) *plerique pagani solent cum testamentum faciunt adicere velle hoc etiam vice codicillorum valere*. El término *paganus* tiene el sentido de ciudadano, en oposición a *miles*: VIR 4, 475, 29.

50. Para la zona oriental: R. TAUBENSCHLAG *The Law of Greco-Roman Egypt*<sup>2</sup> Warszawa 1955, 199 n 35 al que hay que añadir: GREG. NAZ. *Test.*

práctica notarial romana la había estilizado con ligeras variantes en la siguiente fórmula: *quod testamentum meum si quo casu iure civili vel praetorio valere non poterit, vice codicillorum valere illud volo*. La cláusula sigue apareciendo en testamentos occidentales posteriores a la desaparición del Imperio de Occidente<sup>51</sup> y concretamente en España en la época visigoda, aún en disposiciones de última voluntad calificadas de *testamentum* que no contienen institución de heredero<sup>52</sup>.

En la práctica del derecho vulgar —mucho más en la época postclásica en la que se seguía utilizando la cláusula codicilar— venía ésta casi a reducirse a una fórmula de estilo sin sentido, dada la confusión vulgar de testamento y codicilo. En la teoría y en la legislación postclásicas tuvo, sin embargo, a pesar de la aproximación de ambos conceptos, su razón de ser, ya que los efectos jurídicos del testamento y del codicilo siguieron siendo distintos<sup>53</sup>. De ahí que en una constitución del año 424 se vuelva a tratar el tema de la cláusula codicilar:

(año 382) (PG 37, 393); POxy. 2283 (año 595). Sobre la autenticidad y la fecha del testamento de San Gregorio Nacianceno: L. MITTEIS *Reichsrecht und Volksrecht* Leipzig 1891, 183; H. KRELLER *Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der Gracco-aegyptischen Papyrusurkunden* Leipzig 1919, 332 n. 20. Sobre POxy. 2283: H. J. WOLFF *ZSS* 71 (1954) 396-397. Sobre el uso de la cláusula en Occidente cf las notas siguientes.

51. P. MARINI 74, II, 4-5 (= Tjäder 4-5 B, II, 4-5); 74, III, 6-7 (= Tjäder 4-5 B, III, 6-7); 74, IV 5-6 (= Tjäder 4-5 B, IV, 5-6); 74, V, 8-9 (= Tjäder 4-5 B, V, 9-10); 74, VII, 6-7 (= Tjäder 4-5 B, VII, 6-7); 74 A, 12-13 (= Tjäder 4-5 A, 12-13). Los dos papiros contienen el acta oficial de legitimación de los protocolos de apertura de seis testamentos fechados en Ravena en la segunda mitad le siglo v y en el siglo vi (G. MARINI *I papiri diplomatici* Roma 1805, 248; J. O. TJÄDER *Die nichtliterarischen lateinischen Papyri Italiens aus der Zeit 445-700* 1 Lund 1955, 200-201). La cláusula aparece también en el testamento de San Cesáreo de Arlés (principio del siglo vi) (PL 67, 1139), en el de Vicente Obispo de Huesca (año 576) (ed. F. FITA *Patrologia visigótica* BRAH 49 [1906] 155) y en varios testamentos de los años 542, 571, 758 recogidos por F. C. v. SAVIGNY *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* 2<sup>o</sup> Heidelberg 1834, 108-110.

52. *FormVis.* 21 (MGHLeg. 5, 585, 18-19); 22 (MGHLeg. 5, 586, 18-19) Sobre el derecho contenido en *Form Vis*: K. ZEUMER *Geschichte de westgothischen Gesetzgebung* NA 23 (1898) 479-480.

53. B. BIONDI *Successione testamentaria* 626.

CT 4, 4, 7 pr = CJ 6, 36, 8, 1 (424) si testator faciens testamentum in eodem pro codicillis id valere complexus sit...

La constitución se refiere a un documento que fuese válido como testamento y como codicilo y establece la disyuntiva entre una y otra forma para quien reclama los bienes hereditarios. Para que se realizase tal supuesto y también para que el pretendido testamento, que no valiese como tal, pudiese valer al menos como codicilo, seguía siendo necesaria en el siglo V una cláusula codicilar expresa<sup>54</sup>, ya que la admisión de una cláusula codicilar tácita sólo se dio probablemente en las escuelas orientales<sup>55</sup>. La frase de *Et.* reproduce probablemente una referencia de la fuente utilizada a la necesidad de una cláusula codicilar expresa para que el testamento pueda valer en su caso como codicilo. Dada la brevedad del fragmento [d] y los claros indicios de que la frase en él reproducida está arrancada del contexto originario de su fuente, no puede precisarse el sentido exacto que en ella tenía. Con todo, los indicios de carácter lexicográfico antes señalados (*titulus*, singular *codicillus*) apuntan hacia el carácter postclásico de esa fuente. Lo mismo parece indicar el hecho de que la cláusula quede calificada como *titulus* del documento, lo que llevaría a un planteamiento jurídico ya en la fuente de San Isidoro, análogo al de *CT* 4, 4, 3 e *IT* 4, 4, 3 antes examinados. En conclusión, puede deducirse con cierta probabilidad que la fuente del fragmento [d] es postclásica: posiblemente un inciso de la misma fuente de que proceden [b] y [c] arrancado de su contexto original.

7. El último fragmento [e] de San Isidoro afirma que entre epístola y codicilo se da la misma relación que entre codicilo y testamento. Por su contenido el fragmento puede ser atribuido con cierta probabilidad a una fuente postclásica.

En la terminología de los clásicos aparecen alguna vez los términos *fideicommissaria epistula* o sencillamente *epistula*<sup>56</sup> en el

54. M. KASER *Das römische Privatrecht* 2, 355.

55. F. PRINGSHEIM *Animus in Roman Law* Gesammelte Abhandlungen 1, Heidelberg 1961, 330-333.

56. *Dig.* 32, 37, 3 (SCAEV. *Dig.* 18) *pater decedens epistulam fideicommissariam ad filium suum scripsit... Quacsitum est... an ex epistula fideicomi-*

sentido de codicilo<sup>57</sup>. En esa época, en la que no existía ningún requisito formal para la validez del codicilo, era frecuente que éste revistiese la forma externa de una *epistula*<sup>58</sup>. Más aún, en plena época clásica se suscitó la cuestión sobre el valor jurídico de una *epistula* que, sin contener claramente una declaración de voluntad, expresase vagamente los deseos de su autor sobre el destino de su patrimonio después de su muerte, cuestión que quedó resuelta negativamente<sup>59</sup>. Indudablemente, la contraposición isidoriana codicilo-epístola no responde a esa problemática clásica, ya que entre los clásicos no se da una contraposición entre codicilo y epístola, sino una discriminación entre epístola con una clara declaración de voluntad *mortis causa*, que por tanto era codicilo y epístola de contenido vago, que por no implicar una verdadera declaración de voluntad, no podía ser considerada como codicilo.

El texto isidoriano refleja más bien una dualidad de términos que apunta en algunos textos postclásicos, en los que se mencionan simultáneamente los términos *codicilli* y *epistula*. A esa dualidad de términos se han dado diversas explicaciones: Seeck ve en las *epistulae* las disposiciones de última voluntad análogas al codicilo, a las que faltaría el requisito del número de testigos exigido para el codicilo en la época postclásica; mientras *codicilli* designaría solamente a aquellos en que se cumpliese este requisito<sup>60</sup>. Kaser estima que *epistula* designa en estos textos a los codicilos que sólo contuviesen fideicomisos, mientras *codicilli* designaría a los codicilos

---

*ssa et libertatem praestare debeat...; 31, 75 pr. (Pap. Resp. 6) Miles ad sororem epistulam... scripsit... Fideicommissum debere sorori constitit; 35, 1, 38 (PAUL. Lb. sing. cod.) Si ita scripsero "quantum codicillis Titio legavero" licet codicillis legatum explicetur tamen ex testamento valet... nam et apud veteres legata talia fuere "quantum ei per epistulam scripsero"; 36, 1, 77 (SCAEV. Dig. 18) Epistulam ad heredem suum in haec verba scripsit...*

57. H. HEUMANN - E. SECKEL *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>o</sup> Jena 1907, 172.

58. B. BIONDI *Successione testamentaria* 622. Sobre la forma de la *epistula*: H. BRUNNER *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden* Berlín 1880, 52; L. MITTEIS *Römisches Privatrecht* Leipzig 1908, 292-293.

59. *Dig. 29, 7, 17 (PAUL. Sent. 3) = PS 3, 5A Litterae quibus hereditas promittitur vel animi affectus exprimitur. vim codicillorum non optinent,*

60. O. SEECK *Codicilli* 4 RE 4/1, 178.

del derecho vulgar equiparados al testamento, con el número de testigos requerido y con institución de heredero<sup>61</sup>. En otros autores, al comentar alguna de las constituciones imperiales en que aparece la dualidad de términos, parece presentarse a ambos términos como sinónimos<sup>62</sup>. De hecho los textos en que aparece la dualidad de términos distan mucho de ser claros. La variedad de partículas (*aut, et, seu, sive*) con que se vinculan ambos términos, impide precisar si en los textos se expresa una sinonimia o una verdadera dualidad de conceptos. Por otra parte, la cancellería imperial, precisamente en los años en que están fechadas las constituciones imperiales que aquí interesan, muestra una acusada falta de precisión en la designación de las diversas especies de documentos<sup>63</sup>. Los textos en cuestión son los siguientes:

a) *CJ 6, 22, 7 (371) Cum heredes instituuntur Imperator seu Augusta ius commune cum ceteris habeatur, quod et in codicillis vel fideicommissariis epistulis iure scriptis observandum est.*

Desde el punto de vista gramatical, la partícula *vel* indicaría normal, aunque no necesariamente, más bien una sinonimia que una diferenciación<sup>64</sup>. La calificación *iure scriptae* dada a las *epistulae* hace difícil ver en ellas documentos en los que faltase algún requisito legal, por ejemplo, el número de testigos requeridos para el codicilo. La minuciosidad de la casa imperial en lo referente a la adquisición de bienes *mortis causa*, patente diez años más tarde en *CT 4, 4, 2*<sup>65</sup>, parece confirmar esta apreciación.

b) *CJ 6, 32, 4 (379) Codicillos seu scripturam quolibet tenore formatam ea oportebit observatione in publicum proferri, qua testamenta panduntur.*

61. M. KASER *Das römische Privatrecht* 2, 354 n 6.

62. J. CUIACIUS *Observationes et emendationes Opera* 3, Napoli 1732, 118, B. BIONDI *Successione testamentaria* 623; G. G. ARCHI *La prova nel diritto del Basso-Impero Iura* 12 (1961) 13.

63. L. MITTEIS *Römisches Privatrecht* 292; G. G. ARCHI *o. c. Iura* 12 (1961) 16-18.

64. Sobre el sentido originario de *vel*, en que apenas aparece el matiz disyuntivo, y su pronta evolución hasta ser empleado indistintamente en el sentido de *aut*: R. KÜHNER - C. STEGMANN *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache 2/2<sup>o</sup>* Hannover 1914, 107-110.

65. Sobre el tema: O. SEECK *Codicilli 4 RE* 4/1, 178-179.

Aunque la constitución no menciona el término *epistula*, la *scriptura quolibet tenore formata* mencionada junto al testamento y al codicilo en un contexto en el que se prescriben para tales *scripturae* y para los codicilos las mismas formalidades de apertura que para los testamentos<sup>66</sup>, podría ser considerada como documento de disposición de última voluntad en el que faltasen los requisitos legales exigidos tanto para el testamento como para el codicilo. Si bien la partícula *seu* propia, aunque no necesariamente, indica una sinonimia<sup>67</sup>, difícilmente puede creerse que ambos conceptos (*codicilli* y *scriptura quolibet tenore formata*) sean presentados en este texto como sinónimos.

c) CT 4, 4, 2 (389) pr Quae codicillis aut epistulis nobis necessitudinibusve nostris relinquuntur, non admittimus: sit ille usus inter privatos ratus. Et sane hoc loco praebemus licentiam ut civiliter sive criminaliter, ut actor elegerit, super prolata epistula requiratur et incumbat probatio ei primitus qui scripturam obtulerit. Ceterum, quod ad nos nostrosque adinet, codicillos et epistulas eo refutamus, ut ex illis etiamsi veras esse quaestionum series adprobarit, quidquid nobis relictum nostrisve constiterit, ad liberos defuncti, vel, si hi non sint ad proximum quemque iudicii nostri humanitate pertineat. 1. Testamenti vero scripturam legitimam vel nuncupationem, quae in nomen nostrum forte processerit, iure capiemus, nec in ea re distare ius nostrum a privatis heredibus profitemur.

CJ 9, 22, 24, al reproducir parcialmente esta constitución, sustituye precisamente las palabras *super prolata epistula* por *super prolatis codicillis vel aliis instrumentis*; y al colocarla en el título *Ad legem Corneliam de falsis* y despojarla de toda otra referencia específica a disposiciones de última voluntad, da a los términos *vel alia instrumenta* un sentido amplio que no puede restringirse al tipo de epístola fideicomisaria aquí tratado. En el texto transmitido por CT la vinculación gramatical (*codicillis aut epistulis; codi-*

66. Sobre las formalidades de apertura: L. WENGER *Signum* RE 2A/2, 2399-2408.

67. En *seu* el matiz disyuntivo es mínimo y con frecuencia se emplea para unir dos conceptos sinónimos: R. KÜHNER - C. STEGMANN *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache* 2/2<sup>2</sup> 434-439.

*cillos et epistulas*) indica más bien una diferenciación de conceptos que una sinonimia<sup>68</sup>. Lo mismo parece indicar el traspaso del *onus probandi* únicamente a quien aduce una *epistula*, sin mención en ese párrafo de los *codicilli*<sup>69</sup>: en este punto se ha querido ver una discriminación en el tratamiento procesal de *epistulae* y *codicilli*<sup>70</sup>. La referencia que hace Símaco el mismo año 389<sup>71</sup> a esta constitución no proporciona ningún dato preciso:

SYMM. Ep. 2, 13, 1 (MGHAuctAnt. 6/1, 46, 19-22) Verum haec recens sanctio de fideicommissis et codicillorum commodis ab optimo principe in aeternum repudiatis tantum claritudine agreditur lucem superiorum quantum augustius est regenti sibi quam subditis modum ponere.

Por una parte, falta en la carta de Símaco toda referencia a las inovaciones procesales de la constitución. Por otra, los términos *de fideicommissis et codicillorum commodis* son excesivamente vagos para permitir precisar exactamente la relación que en la constitución aludida existía entre *codicilli* y *epistulae*.

d) IT 4, 4, 2 Si quis moriens principi vel propinquis vel amicis eius aliquid per codicillum aut per epistulam crediderit relinquendum, pietatis intuitu id praecipit non valere: sed si quid tali modo privatis fuerit derelictum et de talibus chartulis orta fuerit fortasse contentio, in iudicis discussione consistat utrum possit scriptura prolata iure consistere. Ceterum principi vel eius proximis quidquid testamento aut nuncupatione dimittitur, hoc sibi legibus valere permittit.

---

68. En *ant* el sentido originario fue fuertemente disyuntivo; pero pronto se empleó también en un sentido en el que la contraposición quedó fuertemente debilitada: R. KÜHNER - C. STEGMANN *o. c.* 2/2<sup>2</sup> 100-103.

69. Sobre la regulación del *onus probandi* en la legislación postclásica: E. LEVY *Beweislast im klassischen Recht Iura* 3 (1952) 172-177; G. G. ARCHI *o. c. Iura* 12 (1961) 4-14, que, sin embargo, al tratar de esta constitución, no ve en ella una diversidad de tratamiento procesal para la *epistula* y para los *codicilli*.

70. O. SEECK *Codicilli* 4 RE 4/1, 178.

71. A. STEINWENTER *Die Briefe des Q. A. Symmachus als Rechtsquelle ZSS* 74 (1957) 11.

La *interpretatio* mantiene en el primer párrafo la dualidad de términos separados por *aut* como en la constitución modelo, y omite en cambio el segundo pasaje de la constitución en que aparecía la misma dualidad. Al parafrasear la disposición procesal de la constitución, sustituye *super prolata epistula* por *de talibus chartulis*, con lo que no recoge la pretendida discriminación de la constitución en el tratamiento procesal de *codicilli* y *epistulae*.

En consecuencia, resulta prácticamente imposible deducir de los textos aducidos el sentido técnico del término *epistulae* en el campo del derecho sucesorio, si es que alguna vez lo tuvo. En cambio, esos textos ponen de manifiesto el empleo del término *epistula* para designar documentos con disposiciones de última voluntad, estrechamente relacionados con el codicilo. En alguno de los escasos testamentos conservados del siglo VI, se utiliza el término *epistola* como sinónimo de testamento<sup>72</sup>; y en varios formularios de los siglos VII y VIII *epistola* es la designación para diversas disposiciones de última voluntad<sup>73</sup> en un ambiente en el que los conceptos técnicos romanos de testamento y codicilo habían desaparecido y las concepciones vulgares y germánicas se habían abierto paso en el derecho sucesorio<sup>74</sup>. En la fuente utilizada por San Isidoro se empleaba probablemente *epistola* en ese sentido vulgar. Es imposible precisar hasta qué punto se establecía ya en esa fuente una distinción neta y expresa entre *epistola* y codicilo. Lo que sí puede afirmarse con fuerte probabilidad es el carácter vulgar y tardío de esa fuente.

8. En el momento de valorar los resultados del precedente análisis, hay que reconocer que sus conclusiones son escasas en número y de limitado alcance. Sin embargo, pueden aportar algún

72. CAES. AREL. *Test.* (PL 67, 1139) *Et ideo iuxta hanc epistolam quam manus nostrae subscriptione roboravimus, cuique diem et consulem adiecimus, Deo dispensante, hoc testamentum meum condidi.*

73. *FormMarc.* 2, 38 (*MGHLeg.* 5, 98, 3) *epistola... testamenti*; *FormTur.* 22 (*MGHLeg.* 5, 147) *Epistola qualiter nepotes in loco filiorum instituuntur*; *CartSen.* 45 (*MGHLeg.* 5, 205, 21) *epistola hereditaria.*

74. P. MEREÁ *Estudios de derecho visigótico* 105-107; H. CONRAD *Deutsche Rechtsgeschichte* 1, Karlsruhe 1954, 216-218; A. d'ORS *El Código de Eurico (Estudios visigóticos 2)* Roma-Madrid 1960, 235-237.



dato de interés a la solución del problema general de las fuentes jurídicas de San Isidoro.

a) El texto isidoriano no procede directamente de *Inst.* La conclusión, aunque particular y negativa, tiene cierta importancia, ya que *Et.* 5, 24, 14 es uno de los textos que no raras veces ha sido aducido como prueba de la tesis que afirma la dependencia directa de San Isidoro respecto a la compilación justiniana.

b) Posiblemente la sección [a] recoge datos de la historia sobre el origen de los *codicilos*, que también aparece en *Inst.* 2, 25 pr. Caso de darse un origen común para ambos textos, el estado en que los datos de esa fuente remota común aparecen en *Et.*, probaría que su tradición en la línea de derivación isidoriana habría sido larga y mediata, ya que la transformación de la historia de Léntulo en explicación etimológica difícilmente puede ser atribuida a San Isidoro y al mismo tiempo presupondría profundas transformaciones intermedias. Todo ello vendría a confirmar la tesis de que San Isidoro, aun en el campo jurídico, utilizó manuales jurídicos o gramáticos ampliamente reelaborados.

c) Las secciones [b], [c], [d], [e], proceden con toda probabilidad de una fuente jurídica postclásica. Faltan datos para la identificación exacta de esa fuente; pero en orden a su caracterización, existen sólidos fundamentos para considerarla estrechamente relacionada con las constituciones imperiales de los siglos iv y v o con sus *interpretationes*.

d) El hecho de que ninguna constitución de *CJ* pueda ser considerada como fuente inmediata de esas secciones [b]-[e] excluye de nuevo la dependencia directa de este pasaje de *Et.* respecto a la compilación justiniana. Por otra parte, las marcadas semejanzas con *CJ* 6, 23, 15 y el hecho probable de que esta constitución apareciese en *CT*, llevan a pensar, aunque con un coeficiente de probabilidad muy reducido, en una relación muy cercana del texto isidoriano respecto a un pasaje perdido de *IT*.

e) Aunque los leves indicios en que se fundamenta la conclusión anterior no fuesen válidos, las marcadas analogías de las secciones [b]-[e] con diversas constituciones imperiales y con sus

*interpretationes* y el carácter claramente vulgar de las concepciones jurídicas del texto isidoriano, constituyen un doble dato de interés para la caracterización de su fuente, toda vez que ambos rasgos son muy marcados y ninguno de ellos puede ser atribuido a San Isidoro al menos en su totalidad.

JUAN DE CHURRUCA, S. J.