

MEMORIA presentada ante la Facultad de Leyes de la Universidad de Chile por DON RAFAEL FERNANDEZ CONCHA, para obtener el grado de licenciado en dicha Facultad.

SOBRE LA FACULTAD DE TESTAR I EL ART. 1345 DEL PROYECTO DE
CÓDIGO CIVIL.

Señores :

La marcha progresiva de la civilizacion, el perfeccionamiento i ensanche de las relaciones juridicas de la vida del hombre, han ocasionado en las naciones modernas la formacion de nuevos códigos. Tal es la época de Chile, época de trabajo en todas las ramas de su lejislacion. Dejando a un lado el derecho público i ciñéndome al privado, creo basta una ojeada reflexiva sobre sus lugares i su contenido para ver la necesidad de una codificacion en materia civil, criminal i procesal. La presente dispersion del derecho en un sin número de lugares; la falta de precision i claridad en su contesto; la etereojeneidad de las leyes que contiene cada uno; la inutilidad, impertinencia o desuso de muchas; la contradiccion entre algunas; lo absurdo de tantas, ya absolutamente, ya con relacion al grado de civilizacion que alcanzamos; el vacio en ciertas materias; todas estas causas concurriendo a la vez hacen de nuestras leyes una masa mas vasta, mas heteroejenea i defectuosa que la que presentaba la lejislacion romana ántes de Justiniano; masa acumulada en el espacio de algunos siglos, desde que principi6 la dominacion goda en la peninsula Ibérica hasta el dia de nuestra emancipacion política, i desde ent6nces hasta el año corriente. El juez, el abogado, el litigante, toda la sociedad espera la codificacion: en ella se piensa i se trabaja.— Ya ha visto la luz pública el Proyecto de Código civil; i muchos i cualesquiera que sean sus defectos, siquiera es un ensayo, una base para trabajos secundarios, si bien de importancia i suma necesidad en toda obra de esta clase. No me propongo ocupar la atencion de vosotros examinándolo en su todo: me propongo meramente analizar en toda le estension de mis ideas la reforma que introduce en materia de lejítima, esto es, de aquella cuota de los bienes de un difunto que la lei asigna a determinadas personas.

Sobre esta parte, el derecho escrito presenta mucha variedad en las disposiciones que consigna, ya se comparen lejislaciones de distintos pueblos, ya se circunscriba la vista a distintas épocas en la lejislacion de cada uno; hecho este que es efecto i causa a la vez de las cuestiones que ofrece la filosofia de la lejítima, de alta trascendencia para la sociedad, de dificultades s6rias para el que quiere descubrir la verdadera causa eficiente de algunos fenómenos del corazon i de la historia del derecho.

En la lejislacion mas antigua de los romanos, abrazaba la lejítima la totalidad de la herencia. Las leyes de las Doce Tablas la innovaron, estableciendo una disposicion diametral: *Pater familia uti legassit. . . , ita jus esto*. En el derecho novisimo se regulaba atendiendo al número de lejítimarios: si estos pasaban de cuatro era la mitad; sino, el tercio.

El código de las Partidas, trasunto del derecho romano, adoptó esta última disposición. Vinieron las leyes de Toro a reformarla, fijando los dos tercios por legítima de los ascendientes; de la descendencia en comun los cuatro quintos; de cada descendiente la parte que le tocara sucediendo *ab intestato* deducido el tercio i el quinto.

Si se da una ojeada sobre los demas pueblos, se vé que por lo jeneral reconocen la legítima, aunque no la determinan igualmente. Empero, países hai tan adelantados i respetables por sus instituciones, como Inglaterra i Estados Unidos, que no la admiten: sus códigos consignan el principio de las Doce Tablas.

Finalmente, publicistas ha habido en estos últimos tiempos, miembros de una escuela a que la humanidad debe ideas grandes, fecundas, i trabajos de importancia, quienes han predicado la abolicion de la herencia.

Todas estas disposiciones o ideas varias se resuelven en tres: 1.^a abolicion de la herencia; 2.^a facultad omnimoda de testar; 3.^a facultad de testar restrinjida mediante el establecimiento de legítima. El Proyecto consigna esta última. Yo me propongo examinar si es preferible a las otras; i como en la regulacion de la porcion legítima, modifica el derecho vijente, reduciéndola a la mitad de la herencia, me propongo así mismo discutir si es aceptable esta reforma.

Para venir a las entrañas de la cuestion, debo preliminarmente sentar un principio, porque su negacion aniquila la discordia de las ideas inutilizando todo debate. Necesitamos saber hasta dónde se estienden las facultades de la lei sobre la materia que va a ocuparnos: si le es dable abolir la herencia quitando juntamente con el derecho de testar, el derecho de heredar la propiedad; si le es dable restrinjir la facultad de testar mediante la institucion de legítima. En una palabra, quiero saber si la sucesion, testada o intestada, es de derecho natural, o de derecho escrito. Si lo primero, se establece el principio de las Doce Tablas; i en este supuesto, la abolicion de la herencia i la restriccion de la facultad de testar son un ataque a los derechos que da la naturaleza al hombre. Porque es evidente que si la testamentifaccion es de derecho natural, el lejislador no puede destruirla en el todo o en parte; la destruye en el todo, aboliendo la propiedad hereditaria; la destruye en parte, instituyendo legítima forzosa. De manera que las cuestiones cuyo desarrollo forma mi propósito, no son en lógica aceptables sino en el mero supuesto de ser la testamentifaccion una creacion del derecho escrito. Tal es la cuestion que paso a tratar como preliminar obligado de mi discurso.

Cuando nos despojamos de toda la ilusion que produce la contemplacion incesante del respeto sagrado que prestan las leyes a las últimas voluntades; cuando, libre la mente, vamos a la esencia de las cosas, vemos con claridad que la testamentifaccion, si bien consulta el orden social, no es un dictado de la naturaleza. La propiedad, es cierto, es anterior a la lei; pero, tanto por su causa eficiente como por su causa final, se limita al tiempo de la existencia en todos los derechos que implica. Destinados por la Providencia los bienes de la tierra al mantenimiento i goces de los vivos, no es natural que en su transmision i en su condicion social, si me es licito espresarme así, estén sujetos a la voluntad de los muertos. Mientras vive, puede el hombre disponer de ellos a su talante sin mas restricciones que aquellas que exige el fin de la sociedad; mas no está en el orden de la naturaleza que conserve esa facultad, cuando ya no es, cuando resuelto en los elementos que le componen, ha entrado i confundido en el mundo de la inercia. Si la propiedad se funda en la relacion necesaria i perpétua en que nuestro ser fisico nos pone con los bienes del mundo, i en la armonia de esta relacion entre todos los seres humanos mediante la ocupacion i el trabajo; es inconcuso que aquella o los derechos que importa, espiran conjuntamente con ese vínculo o relacion. Que esto i demostrando lo que no necesita demostracion

dirá el que no haya visto dónde voi a parar; que estoi diciendo una cosa tan sencilla como esta: los muertos no tienen derechos ni voluntades. I sin embargo, tal es la manera con que concluye la cuestion, con esa respuesta tan sencilla; i al contemplar sencillez tanta, cautiva la existencia de la disputa, i todavía mas la argumentacion con que se la ha alimentado. Efectivamente, si testar es ordenar lo que ha de hacerse de nuestros bienes despues de la muerte; por tal acto se hace disposicion de cosa no propia, puesto que se dispone para un tiempo en que se deja de ser dueño. La muerte, límite fatal de todas las facultades humanas, viene a ser un principio de accion en el testador; lo cual es absurdo en el orden de la naturaleza. La muerte rompe, pues, los vinculos de la propiedad; sin la intervencion de la lei civil, los bienes del difunto serian cosa *nullius*, pertenecerian al primer ocupante, volviendo de esta manera la incertidumbre, el azar i otros graves males que la lei ha desterrado renovando los vinculos de la propiedad al ordenar i arreglar su trasmision: la sucesion, pues, testada o intestada, es creacion de la lei civil, que le ha dado vida, forma i aplicacion.

A fin de sentar mas sólidamente esta conclusion, voi a hacerme cargo de las alegaciones que en adverso deduce Vinnio, el sabio comentador de la Instituta. Comienza por negar que el testador dispone de cosa no suya. «Esta asercion, dice, es falsa. El testador dispone i ordena su voluntad, no sobre cosa ajena sino sobre propia, puesto que lo hace en una época en que todavía es dueño: no importa que suspenda la ejecucion hasta el tiempo de su muerte. Es lo mismo que si alguno diera a otro todas sus cosas bajo condicion de retener durante su vida el uso i posesion de las mismas. En sí el testamento no es mas que una enajenacion para el caso de muerte, ántes de esta revocable, reteniendo entretanto el derecho de poseer i usufructuar. Por la misma razon que es de derecho comun la sucesion legitima de los parientes del difunto, es del mismo derecho disponer de nuestros bienes por últimas voluntades. Porque no es justo que los bienes del difunto se trasmitan sencillamente a sus parientes, sino en defecto de última voluntad de aquél que fué dueño. La lei de las Doce Tablas, siguió, pues, en la trasmision de la propiedad el orden de la naturaleza.» Esta es toda la defensa de Vinnio. En mi concepto, sufre un paralojismo verdadero, desconoce en cierta manera la cuestion, olvida en parte las nociones rudimentales del derecho.

Su primera alegacion es que el testador dispone de cosa suya, siendo que lo hace en un tiempo en que es dueño, suspendiendo sí el cumplimiento de su voluntad. Empero, ¿quién ha podido negar que el testador dispone siendo dueño, esto es, estando vivo? Muerto, ¿cómo habia de disponer? Lo alegado es cosa sustancialmente diversa, se dice que una disposicion testamentaria es póstuma, no presente, que para tener lugar se requiere la muerte del que la hizo, es decir, la pérdida del derecho de propiedad, su causa eficiente. Un ejemplo pondrá en claro esta diferencia. En la constitucion primitiva de la pretura romana, los majistrados que la ejercian, tuvieron facultad de dictar las seglas para el ejercicio de sus funciones judiciales; i como esta facultad, legislativa en cierta manera, duraba por solo un año, pasado este, las reglas emanadas del pretor perdian su imperio. Supóngase que uno de estos pretores hubiera promulgado ciertas leyes, suspendiendo su ejecucion hasta el tiempo en que dejara de serlo. Pregunto ¿llegado este dia, hubiéraselas prestado la mas pequeña atencion? Evidentemente no; i sin embargo las dictó cuando tenia facultad para ello. Igualmente el testador, aunque ordena su voluntad siendo aun dueño, como reserva su ejecucion para el tiempo en que no lo sea, aquella independientemente de la lei civil carece de todo valor. Cosa idéntica pasaria en todo caso en que dispusiésemos algo, suspendiendo su ejecucion para el tiempo en que espirase el derecho supuesto. Por ejemplo, yo le digo a Pedro: te regalo, o te doi en arrendamiento mi

casa; pero suspendo el cumplimiento de mi voluntad hasta el día en que la venda, o pierda de otra manera. Absurdo, evidente absurdo.

Vinnio continúa, «Es lo mismo que si alguno diera a otro todos sus bienes bajo condicion de retener durante su vida el uso i posesion de los mismos. En si el testamento no es otra cosa que una enajenacion para el caso de muerte, ántes de esta revocable, reteniendo entre tanto el derecho de poseer i usufructuar.» Llevado Vinnio de una falsa distincion entre la propiedad i el dominio, deja la cuestion sin resolverla, o la resuelve con ella misma. ¿Quién podrá concebir esa enajenacion en que el testador, o se reserva lo mismo que da, o da lo que no tiene? Fácil es verlo. Propiedad es la facultad de gozar esclusivamente de las ventajas de una cosa; la cual no importa mas, como medios de este fin, que los derechos de poseer, de administrar, de vindicar, de enajenar. El testador en la hipótesis de Vinnio se reserva todos estos derechos, i sin embargo enajena la propiedad, que consiste en esos mismos derechos reservados. Yo tengo un campo, mi propiedad consiste en los derecho de poseerlo, de administrarlo, de enajenarlo, de vindicarlo, en una palabra, en la facultad de gozar esclusivamente de sus ventajas. Al testar, en la hipótesis de Vinnio, me reservo sobre mi campo todos estos derechos, i enajeno su propiedad en ese mismo acto. Empero, ¿por ventura esta propiedad que se dice enajenada, importa para mí otra cosa que esos derechos reservados? El testador se reserva pues lo mismo que da. Absurdo.—Lo que el testador enajena en realidad de verdad es esa misma propiedad que se le niega, es decir, la facultad de gozar despues de la vida suya, de las ventajas que le pertenecen solo entre tanto vive. La propiedad, tanto por su fin, cual es usufructuar con esclusion de los demas, como por sus medios, cuales son los derechos indicados, concluye con nuestra vida; i si doi esta propiedad, o lo que es equivalente, las cosas en que consiste, las doi, digo, para despues de mi vida, doi derechos que no tengo. En último resultado, Vinnio ha puesto en toda claridad que el testador dispone de cosa no suya, aunque ordene su voluntad en tiempo en que es dueño todavia.

Al considerar bajo esta fase el razonamiento de Vinnio, contestaré la opinion de algunos que, comprendiendo en la propiedad el derecho de destruir la cosa, derivan de él el fundamento de la testamentifaccion. El testador dicen, pudo aniquilar sus bienes; i privar asi a todos de su goce aun en el tiempo en que ya no existiese él. I si tenia esta facultad, pudo renunciarla a favor de cierta persona; i de esta manera en vez de privar a todos del goce dicho, lo hizo con excepcion de uno o varios; porque quien puede lo mas, puede lo ménos. Argumento falso, tanto en su materia como en su forma.—Esa estension tan ilimitada del derecho de propiedad es absurda. El que destruye sus bienes, es culpable ante Dios i la sociedad. Si el derecho escrito no consigna este crimen en todas las maneras en que puede cometerse, porque la razon i bien individual son garantía bastante, no ha dejado de reconocerlo cuando castiga i pone coto a la prodigalidad. Mas, aun dando tal facultad al dueño de una cosa, como al testar no existe en acto sino en potencia, no despoja a las últimas voluntades de su condicion póstuma; lo cual forma la sólida materia de nuestro razonamiento.

Seguiré en la impugnacion comenzada. Vinnio, es de notar, olvidó la diferencia esencial entre las disposiciones testamentarias i las enajenaciones entre vivos. En estas últimas interviene el enajenante i alguna otra persona; en aquellas solo uno, el testador. Diferencia que suministra una contestacion tan categórica como la precedente. Toda enajenacion implica el concurso simultáneo de dos voluntades, dando una, aceptando otra. Yo hago una donacion, la estiendo, si se quiere, por escritura pública; mas, entretanto no concurra la voluntad del donatario, éste no adquiere derecho, ni yo contraigo obligacion. Abstrayendo ahora la intervencion de la lei en

el testamento, i aplicando el principio recordado, resulta que la enajenacion que aquel importa en concepto de Vinnio, no existe en realidad. Euhorabuena, sea el testamento una donacion; como la aceptacion requerida de parte del beneficiado no interviene sino despues de morir el que la hizo, esto es, despues de perder la facultad de dar i enajenar de todo modo, i ser ya sus bienes cosa nullius, la donacion sujeta no ha existido jamas. I tanta verdad es esta conclusion, que el derecho finje, ficcion que pugna con la naturaleza pero lójica sobre manera, ser una misma la época de la aceptacion de la herencia con la del otorgamiento de las voluntades supremas i la de la muerte del testador.

Llevemos mas adelante nuestras concesiones. Exista en realidad la enajenacion supuesta por Vinnio; i si no se quiere pugnar con los principios jurídicos, hágase para este efecto concurrir al heredero en el testamento. En rigor de derecho, ¿qué importaria para éste enajenacion semejante? En manera alguna el derecho *in re*, llamado herencia, que constituye toda la sucesion, sea testada, sea intestada, Lo demostraré.

La herencia, o el patrimonio de un difunto, se divide en dos partes: bienes corporales i derechos ad personam, obligaciones. En la hipótesis, bajo la cual voy a raciocinar, esta universalidad de cosas se trasmite mediante una enajenacion del testador a su heredero. A esta enajenacion por supuesto han de aplicarse los principios jurídicos universales; pues léjos de ser meras creaciones de la lei civil, descansan en el orden natural distinguiéndose por su necesidad lójica.

Comenzando por los bienes corporales que puede contener el patrimonio del difunto, sencillamente manifestaré que la enajenacion supuesta importa para el heredero un título derisorio. Considerando que el derecho natural no reconoce mas modo de adquirir que la ocupacion, el civil ha escrito: título sin tradicion no confiere dominio. Yo celebro, por ejemplo, un contrato de compra-venta; empero, si no media la tradicion tengo solo título, no dominio, un derecho *ad rem*, no *in re*. De aquí es que si, entretanto únicamente me asiste el título, el vendedor de la cosa la enajena i hace tradicion a otro, mi título no basta a realizar la adquisicion a que se refiere. De la misma manera, esta nueva enajenacion que nos ocupa, llamada testamento, importaria para el heredero nada mas que un título antes de la tradicion. Empero, esta no tiene lugar durante la vida del testador que se reserva el uso i posesion de sus cosas hasta el último suspiro. El testador ha muerto, los bienes que deja, ¿de quién son en el momento presente? Absolutamente del heredero; pues el título que le confiere la enajenacion otorgada en favor suyo no importa de por sí solo el dominio. Luego, pues, tales bienes son *res nullius*. ¿Qué accion podria deducir el heredero contra el primer ocupante? Ninguna; la que importa su título, no es real.

Pasando ahora a la trasmision de los derechos personales i obligaciones del muerto, si se le da por fundamento la enajenacion supuesta, no conduce esta a un resultado mas positivo que el visto respecto de los derechos reales. Como todas las personas son distintas en la naturaleza, debo al raciocinar bajo la hipótesis presente, hacer abstraccion de aquella ficcion del derecho civil, en cuya virtud el heredero se considera la misma persona del difunto, dándose a i contra aquel las acciones que se dan a i contra este. Siendo pues el testador i su heredero dos personas distintas, debo raciocinar bajo este principio: el que contrae, contrae para sí solamente. Este principio se traduce en este otro: toda transferencia de un derecho personal i de una obligacion requiere el concurso de la voluntad de aquel en favor o en contra de quien está constituido el derecho u obligacion. Yo, por ejemplo, tengo en arrendamiento una casa de la pertenencia de Pedro; en virtud del principio recordado, no puedo transferir a un tercero mis derechos i obligaciones de conductor;

sino mediante el consentimiento del locador. Igualmente, si he dado o recibido en mutuo cierta cantidad de dinero, no puedo transferir a un tercero, mi acreencia o mi deuda sino mediando la voluntad del deudor en el primer caso, del acreedor en el segundo. Sin esta novacion de contrato mediante la voluntad de las partes que intervinieron primitivamente, la transferencia que supongo es nula de todo punto. He aquí lo que pasaria, haciendo abstraccion de la continuacion de la persona jurídica del difunto finjada por el derecho civil i esplicándola como Vinnio por la virtud de una enajenacion. Asi en el primer ejemplo de los puestos, muerto el conductor, su heredero no podria sostenerse en el arrendamiento ni hacer alegacion alguna al dueño que no contrajo con él. De la misma manera en el segundo ejemplo, el heredero no tendria accion contra los acreedores del difunto; ni estos en su caso podrian dirijirse, ni contra los bienes del difunto; porque su accion no es real; ni contra la persona del heredero, porque este no ha contraido con ellos.

Concluyamos. Por medio de una falsa esplicacion del testamento, Vinnio nos ha conducido a una discusion que da por resultado que el único i verdadero fundamento del derecho in re llamado herencia, es una ficcion: la continuacion de la persona jurídica del difunto en el que se llama heredero, la identidad de dos personas. Ficcion en pugna abierta con la naturaleza, en cuya virtud el hombre ausente del mundo continúa en el ejercicio de sus derechos i en el desempeño de sus obligaciones.

En coadyuacion de todo esto recordaré las mismas restricciones de esta representacion creada por el derecho civil. Cuando el heredero teme que le perjudique, pueda limitarla al valor de los bienes que dejó el difunto. En segundo lugar, está limitada por la misma lei a los derechos i obligaciones que alcanzaron a radicar en el muerto. Así es que, si Pedro estando vivo hubiera tenido derecho a una herencia o a otro beneficio, o contraido una obligacion como la de alimentar a un hermano caido recién en pobreza, tal obligacion i tal derecho no se transmiten a su heredero; sino fuera así, la persona difunta no desapareceria de entre los vivos jamas. Restringiendo la representacion en este caso, la lei se ha conformado con el orden de la naturaleza, que dice: nadie muerto puede adquirir derechos ni obligaciones. —Lo dicho hasta aquí conduce solo a la demostracion de mi tesis. Empero, observaré de paso la sabiduria de la lei civil al introducir esta representacion de la persona jurídica del difunto. El hombre se halla en relacion perpétua con los seres semejantes suyos; i su ausencia repentina produciria graves males en el orden social. No seria dable que los derechos del que fallece se entregasen a la rebatiña de los vivos; no seria justo que sus obligaciones quedasen insolutas burlando los derechos perfectos del acreedor. Convenia pues hacer que la desaparicion del hombre no se sintiese en el orden social; i a este fin estableció la lei que el individuo que viajara del tiempo a la eternidad, dejase reemplazada su persona jurídica, para lo cual le permite designar i en ciertas veces ella misma designa, los individuos en quienes se ha de verificar esta transmigracion; la que debe durar hasta que deje en buena paz a todos aquellos cuyos actos concurrieren con los suyos formando un vínculo de derecho.

Vinnio, dice por último, que siendo de derecho comun la sucesion legitima de los derechos del difunto, lo es con mas razon la facultad de testar. La materia de este argumento es falsa. La sucesion, sea testada, sea intestada, es una creacion de la lei civil; i siendo así la deduccion que saca Vinnio de ser la segunda de derecho natural, es tan inaceptable como este antecedente.

De todas sus premisas, concluye Vinnio, que el principio de las Doce Tablas es la lei de la naturaleza. Yo debo sentar una conclusion contraria: la sociedad está en sus atribuciones consultando al ordenar la sucesion nó un derecho del individuo sino su mejor organizacion. He llegado por consiguiente al exámen de las cuestiones que propongo en el principio de mi discurso.

He dicho que es una necesidad social que el hombre al morir físicamente deje reemplazada su persona jurídica. Empero ¿quién debe ser este representante? Unos quieren que la sociedad misma; otros, que los individuos designados por el difunto, i cuando solo esta designacion falte, los llamados por la lei suponiendo o interpretando la voluntad de aquel; otros, que los ascendientes o descendientes del muerto con prescindencia de los deseos de este. Quieren los primeros la abolicion de la herencia; los segundos, la facultad omnimoda de testar; los últimos, la institucion de legitima.

Comenzando por la primera doctrina, espondré i contestaré breve las razones en que la fundan sus autores. Tales se proponen que la propiedad no se trasmita por accidente, debiendo ser en todo caso el fruto del trabajo cuyo estímulo es el fin que llevó la sociedad al consagrarla; que mediante la propiedad hereditaria no se aumenten las desigualdades humanas, haciendo que un hijo perezoso e incapaz, porque ha heredado la fortuna levantada por la actividad i talento de su padre, viva en holganza, al paso que a su lado hombres capaces i laboriosos caminan tristes bajo el peso de miseria profunda; que jamas la riqueza de un padre cause en los hijos ansiedad por ver el fin de sus dias.—La consecuencia inmediata de esta teoria, vista i aceptada con escándalo del corazon, es la relajacion de la familia; pues al quitar la propiedad hereditaria se rompe uno de sus mas poderosos vinculos, esa comunidad de miras; de intereses, ese condominio, esa ciudad verdadera, que hace de la familia un centro de afecciones formando el bien del individuo, i de la sociedad la armonía fundamental.—En segundo lugar, la prohibicion del lejislador seria burlada casi siempre. ¿A quién que tuviera hijos u otros seres queridos faltarianle tentaciones i medios de transmitirles en vida todos sus bienes? I esta trasmision fraudulenta i estemporánea, o mas bien por esta razon de ser estemporánea i fraudulenta, produciria males mas graves que los que puede causar alguna vez el sistema de la herencia. En tercer lugar, la interdiccion de la herencia destruiria el estímulo indefinido del trabajo. Si no se diese al individuo la facultad de transmitir sus bienes a los objetos de su cariño, limitaria su labor a lo bastante para satisfacer sus necesidades i deseos; i dando que levantase una fortuna, en vez de cuidar por su conservacion i aumento, la disiparia en vida. Tambien es falso que los bienes heredados sean para el hijo la ocasion de una vida ociosa; por lo jeneral esa fortuna del padre es un elemento de su propio trabajo, pues, en la misma manera que aquel se siente ajitado por el estímulo de preparar i hacer la felicidad de los suyos. Quitando la herencia, el padre se detendria, el hijo tambien. En el sistema de la herencia el padre trabaja hasta el fin de su vida, el hijo a su turno; porque en esta escala indefinida del tiempo, el hombre es a la vez producto i autor de un ser semejante a sí, objeto i sujeto de idéntico amor, amor idéntico en su razon de ser, i en su trascendencia para la vida de la humanidad. De esta manera la sucesion hereditaria, léjos de contrariar el trabajo: fin de la propiedad personal, lo estimula indefinidamente; por lo cual la sociedad al introducirla no ha hecho mas que oír los dictados de la naturaleza. Cuando me espreso en estos términos, manifestando que la sucesion consulta el bien social, no creo destruir mi trabajo anterior dirigido a establecer que no es consecuencia de un derecho del individuo; lo que es sustancialmente diverso.—En cuarto lugar, mediante la interdiccion de la herencia no se consigue el propósito de repartir la riqueza proporcionalmente al trabajo i necesidades de cada individuo. Subsisten siempre obstando a esa reparticion proporcional los caprichos de la fortuna i cien otras causas que no necesito apuntar.—Ultimamente, supóngase que la sociedad se declarase heredera universal. Todas estas riquezas habia de distribuir las entre sus miembros. ¿Cómo haria esta distribucion? ¿En qué proporcion? ¿Seguiria a la escuela sansimoniana dando a cada uno segun lo que produce, o seguiria a M. Louis Blanc

dando á cada cual en proporcion a lo que consume? Distribucion que ofreceria inconvenientes graves, insuperables. He aqui otra razon de ser para la propiedad hereditaria.—Esta teoria socialista no necesita impugnarse al presente. Yo he podido limitarme a enunciar la cuestion, i a endosarla despues a los tiempos por venir en la misma manera que lo hace la filosofia humanitaria, que la suscitada, con todos sus problemas sociales, con todas sus conclusiones históricas. Empero, he creido que el apuntar las ideas dominantes en esta discusion, era el mejor modo de patentizar la sabiduria de la lei al consagrar la sucesion testada, esto es, la facultad de disponer de nuestros bienes por última voluntad, i la sucesion legitima que, en defecto de esta, la supone o interpreta.

De lo precedente se colije que la sociedad ha consultado meramente su propio bien al atender los impulsos naturales del corazon del hombre. Paso ahora a considerar la lójica de la legislacion al introducirse aqui donde domina el amor encaminando sus voluntades hácia aquellos seres que segun el órden de la naturaleza deban ser sus primeros objetos. ¿Conviene a la sociedad, o necesita la lei, compeler al testador a pensar i cuidar de aquellas personas que le están inmediatamente unidas por vinculo de sangre? Sobre esta materia no faltan algunos que afirman sin mucha hesitacion que el establecimiento de legitima es vicioso de todo punto. En mi concepto, los dos extremos se tocan; i aunque los abolicionistas de la legitima lleven el sincero i loable propósito de robustecer los vinculos de familia, su sistema conduce de un modo inevitable a la consecuencia vista i aceptada por los abolicionistas de la herencia: la relajacion de aquellos vinculos. El mismo autor del Proyecto de código civil, en las notas del tit. 5.º del lib. 3.º nos dice que, si no se hubiese de transijir con ciertas preocupaciones, propusiera por regla el principio de las doce tablas. Ha escrito en pro de su doctrina cuanto pudiera decirse, con toda precision i sentimiento. Me propongo impugnarle trozo a trozo a fin de sacar la conclusion que acabo de poner.

Comenzando la materia dice: «En el corazon de los padres tiene el interes de los descendientes una garantia mucho mas eficaz que cuantas puede dar la lei, i el beneficio que deben éstos alguna vez a la intervencion del legislador es mas que contrapesado por la relajacion de la disciplina doméstica, consecuencia necesaria del derecho de los hijos i su descendencia sobre casi todos los bienes del padre.» En esta frase se encuentran reunidos i confrontados con la maestria del pensador i del gramático los fundamentos principales de los abolicionistas de la legitima: la poderosa virtud de los afectos del corazon, la ineficacia de la lei, la relajacion de la disciplina doméstica.

Afirmase, pues, que las prescripciones legales son estériles en buenos resultados cuando anterior i superiormente imperan los sentimientos dulces e inestinguibles de la naturaleza.

La lei, se dice, no necesita mandar lo que hace el amor por su propia virtud i con mejores efectos. Mucha verdad es que en el seno de la familia, constiuida por un vinculo que la sociedad sanciona i la religion santifica, el amor lo es todo, el derecho i la obligacion, el precepto i la sancion, el mas sublime i santo regulador. Sin embargo, las leyes tanto civiles como canónicas han penetrado en este recinto sagrado deslindando las relaciones juridicas entre los esposos, entre padres e hijos, entre el hermano i el hermano. ¿I por qué no? El derecho, derivándose del fin del hombre, emana del amor i conduce a él: en el amor se resuelve todo lo bueno, todo lo que existe: el que obra justicia, obra en amor. La lei, de consiguiente, introduciéndose en el seno de la familia, no perjudica los afectos que importa, los implica, i por esa virtud de coaccion que está en su esencia, los suple cuando se estinguen, los endereza cuando se descaminan, o los ilustra cuando son mal entendidos. Tal es la obra de la lei

cuando establece legítimas. No ha encontrado garantía suficiente en el corazón, porque no es de suponer que al hombre le basta ser padre por la naturaleza para poseer la virtud, i la fortaleza i sabiduría que la acompañan, para ser un justo distribuidor de su cariño i de sus bienes. Mucho hace el amor es verdad, i todo lo puede hacer; empero, no sería un caso muy raro el que se viese un padre dominado por preferencias exajeradas o sin fundamento; un padre débil influenciado por la astucia de una madrastra, o de un hijo de sentimientos poco fraternales; un padre de mala vida que prefiriese el vicio que le disculpa a la virtud que le reprende; un padre pronunciando fallo siniestro sobre su sangre a virtud de un odio antinatural o infundado, del extravío de su entendimiento, de la exajeracion o creencia equivocada de algunas faltas de sus hijos. Digo lo mismo del hijo de familia a quien se permitiera testar con prescindencia absoluta de aquellos que le transmitieron el ser. Envano agrega el señor Bello que «a la hora de la muerte cuando callan las pasiones malélicas i revive el imperio de la conciencia, es cuando ménos se necesita la intervencion del legislador.» La ordenacion del testamento no se hace precisamente a la hora de la muerte; i cuando así fuese siempre, ¿por qué sería difícil que una creencia equivocada o una influencia maligna indujesen un fallo adverso, cabalmente en esos momentos en que, aunque mas vivo el imperio de la conciencia, es ménos despejado el entendimiento, i mas fiaca la voluntad? Finalmente, concluyamos la cuestion con una pregunta: ¿esta facultad que se quiere conceder a todo testador, es para que no la ejerza jamas? o mas bien, ¿se le da bajo el supuesto de que el afecto paternal o filial impedirá su ejercicio en contra de alguno o de todos sus descendientes? Siendo así, ¿se adelanta algo con otorgarla? La legítima subsistirá siempre asegurada por el cariño paternal o filial, ya que no por la lei. Mas, sea la lei, sea el corazón, quien impida usar en esa manera de la facultad omnimoda de testar, la cosa es idéntica. I así, la innovacion reclamada como útil, como necesaria aun, es estéril en últimos resultados. Empero no es de este modo: ese poder ilimitado conferido al testador es para que lo use en esta forma; se le da bajo el supuesto de este ejercicio; i bajo de él pues se debe raciocinar. Ahora es de preguntar: ¿el corazón es garantía del buen uso de esta facultad? Seguramente que no; el corazón podrá si se requiere impedir su ejercicio con daño de los hijos; pero una vez que tenga lugar, no es el corazón quien juzgará de su bondad. Aquí el señor Bello ha padecido, perdóneseme este desacato, un error psicológico. El corazón es móvil de la voluntad; la razon, el juez de los actos que implica. I por consiguiente, no es en el corazón sino en la razon del testador, donde debe buscarse una garantía del buen uso de la facultad que se le quiere conferir. I siendo así, la garantía ofrecida no existe porque no basta ser hijo o padre para tener razon lójica i libre de todo extravío. Si un padre prefiere los estraños a sus hijos, o establece entre estos notable diferencia, dándole todo, por ejemplo, al hijo rico, i nada al pobre, ¿todo esto ha de ser bien hecho porque lo hace un padre, a pesar de que el corazón debió dictarle otras voluntades? No es así seguramente. Lo que es verdad es la falacia sufrida al hallar una garantía en el corazón raciocinándose en el supuesto de haberse precedido contra sus naturales impulsos.

En segundo lugar, mediante la omnimoda facultad de testar se quiere hacer mas poderosa la noble judicatura conferida a los padres; se quisiera con tal aumento de poder equilibrar la desigualdad que la naturaleza puso sabiamente haciendo mas vivo e inalterable el afecto patrio que el filial, como de mas trascendencia para el orden de la sociedad. El derecho de los hijos i su deseendencia sobre casi todos los bienes del padre relaja, dice el señor Bello, la disciplina doméstica. Empero, ¿qué ha querido decir en estos términos? ¿Que se restrinje la autoridad patria?—Es un hecho; pero infecundo, pues se trata de saber si esa disminucion de poder conviene a la felicidad de la familia i al bien de la sociedad.—¿Quiere decir que relaja los vinculos

de familia?—No es verdad. Como dije al principio, este mal es precisamente consecuencia de la abolicion de la legitimidad. Una disposicion como esta destruye el condominio, la sùidad, foco de la vida de familia, sosten de las afecciones domèsticas, móvil de esfuerzos i aspiraciones comunes. El bien de todos los miembros de la familia ya no es uno, es independiente sino opuesto; cada cual para si: el egoismo con sus odios, quejas i disturbios.—No es esto todo. Un hombre, supóngase, ha vivido con el respeto que le daba la casa de sus padres, en medio de las comodidades que permitia la fortuna de los mismos. A su muerte se contempla desheredado. La miseria le rodea i el fallo inevitable de la sociedad viene a consumir su pérdida. He aqui un hombre objeto de todos desprecios: i de temores quizás, ha perdido su existencia civil. De consiguiente, por mas confianza que ofrezca el corazon de los padres, el lejislador contando con los abusos inseparables de la flaqueza humana, ha debido compelerles a cumplir con lo que deben a la sociedad. ¿Con cuanta verdad se dice que la legitimidad es de derecho público!

No es pues el despotismo del padre, quiero decir, la omnipotencia de su voluntad, el cimiento en que debe constituir el lejislador el órden de familia. Lo que ha de hacer es cultivar la buena educacion, ilustrando el amor, único fundamento lejítimo de toda autoridad, i móvil mas verdadero i noble del hijo obediente que el temor de un castigo incierto i remoto. En mi concepto, el sistema mejor combinado es aquel en que se cohibe al padre, dentro de límites prudentes, i se le da al mismo tiempo una latitud racional para que pueda premiar la adhesion, los servicios i las virtudes de algunos de sus hijos en particular, para reparar en lo posible desgracias, i para equilibrar la desigual condicion de los hijos; lo que en vano podria hacer la lei en el espíritu jeneral con que formula sus preceptos. Tal es el sistema que nos rije, sistema indijena del pais castellano i que desconocen todos los códigos estrangeros.

Empero ¿i cuando el hijo o padre ha cometido en el seno de la familia algun desacato de gravedad tanta que no pueda quedar impune sin escandalizar la justicia i el corazon? Entonces, el único remedio es la desheredacion con espresion de causa verdadera i justa. Aqui nos espera el autor del Proyecto de código civil: «No se diga, dice, que la desheredacion legal remedie este inconveniente. ¿Qué padre, con entrañas de tal, querrá sacar a la luz pública la criminalidad de su hijo, criminalidad cuya afrenta recae sobre él mismo i sobre toda una familia.»—La publicidad de los secretos domèsticos, a que no dará lugar un padre con entrañas de tal, hace de la desheredacion legal, en concepto del señor Bello, un remedio inútil. Empero; ¿cómo silva este inconveniente mediante la facultad ilimitada de testar? Los motivos impulsivos del ejercicio de esta en daño de un padre o de un hijo, serán públicos o secretos. Si públicos, su espresion por el desheredante no puede causar un mal existente ya. Si son secretos, la desheredacion los saca a la luz pública aunque se exonere al desheredante de su paladina espresion. Supóngase un hijo o un padre desheredado: la sociedad que vé este hecho en contradiccion con los fenómenos naturales indagará la causa; i si no puede descubrirla, la inventará; i si no se engañaria siempre en sus indagaciones o presunciones, mas de una vez verá un crimen donde hai una falta venial, o un odio o desamor infundado, o una creencia equivocada, o una simple preferencia. Ese padre o hijo inocente se verá en la sociedad confundido con los malvados; llevará sobre su frente la nota misteriosa de un pecado de familia: i la lei inflexible no le permitirà vindicarse para lavar esa afrenta. Es preciso pues convenir en que la desheredacion simple, total o parcial, es un hecho público en la misma manera que la desheredacion formal. En esta última si se sabrá siempre la causa verdadera: en esta no con certidumbre; i entonces puede suceder que el desheredante inocente i justiciero se vea culpado en su justicia, o el desheredado reo de

un pecado que no ha cometido. Hai pues una diferencia: en la desheredacion formal se procede a virtud de probanza cierta de la criminalidad; en la simple, el individuo que la sufre con injusticia, no tiene otro remedio de un fallo tan trascendental fisica i moralmente que la buena paz de su conciencia. Esta consideracion basta para desecher la desheredacion simple; yo diria con Montesquieu: es preferible la impunidad de cien delinquentes al castigo de un inocente. Lo que verdaderamente necesita reformarse es aquella parte en que las leyes hacen gravitar los males de la desheredacion sobre los hijos del que dió cuausa a ella. Envano se alegraría en aduerso de esta reforma que no es posible admitir la representacion de una persona viva, pues, como he demostrado ántes, es una ficcion en pugna no ménos abierta con la naturaleza la representacion de una persona difunta.

El señor Bello continúa: «Las lejitimas no fueron conocidas en Roma, mientras a la sombra de las virtudes republicanas se mantuvieron puras las costumbres i severa la disciplina doméstica. Las lejitimas no son conocidas en la mayor parte de la Gran Bretaña i de los Estados-Unidos de América; i talvez no hai paises donde sean mas afectuosas i tiernas las relaciones de familia, mas santo el hogar doméstico, mas respetados los padres, o procurada con mas ansia la educacion i establecimiento de los hijos.» Esta misma enseñanza de la historia la invoco en contra de la teoria del señor Bello. Aquella omnimoda facultad que las doce tablas daban al padre de familia, considerándole como un legislador que dictaba leyes a los suyos, estaba en armonia con la constitucion de la familia romana, era consecuencia de ese poder ilimitado i despótico que otorgaban a su jefe. El padre, único propietario de cuanto correspondia a la sociedad doméstica, con el derecho de vida i muerte sobre sus hijos, tenia no era pues extraño, facultades amplisimas para testar. Mas a medida que filtraban en el derecho principios mas humanos i sociales, i que la familia se constituia mas racionalmente, la facultad de testar iba restringiéndose; reforma que comenzó el derecho honorario, este derecho que invocando la equidad se encargo en la legislacion del pueblo romano de sustituir la verdad de la naturaleza a la inflexibilidad de sus principios; reforma que consumó Justiniano estableciendo la lejitima i la desheredacion como la mutaron las Partidas. Puede verse en el tit. 43 lib. 2.º de la Instituta el órden gradual en que se verificó esta reforma en el espacio de algunos siglos. Este hecho, que se vé claramente en la historia i cuerpo del derecho romano, es la confirmacion mas espléndida de la teoria aceptada por mí. Cada grado de civilizacion presenta una nueva cortapisa de la facultad ilimitada de testar: trozo a trozo va esta desmembrándose: i cada limitacion indica como causa los males que la seguan, mostrándolos una diaria esperiencia. Se dirá talvez que no se niegan estos hechos; que solo se dice que mientras se mantuvieron puras las costumbres i severa la disciplina doméstica, las lejitimas no fueron conocidas en Roma. Empero, de aquí fluye una consecuencia distinta, a saber: que la facultad omnimoda de testar es aceptable solo cuando media una sociabilidad pura i severa. Descendiendo al ejemplo de las instituciones inglesas i norte-americanas, si es cierto que en estos paises se desconocen los males que siguen la facultad ilimitada de testar, este hecho no puede interpretarse sino como un efecto de su sociabilidad. El mismo señor Bello ha reconocido esta, verdad cuando mas adelante se espresa en los términos siguientes: «Que el legislador difunda las luces, estimule la industria, refrene por medios indirectos la disipacion i el lujo (pues los medios directos está demostrado que nada pueden); i habrá provido suficientemente al bienestar de las descendencias i de la ancianidad sobreviviente.» A mi manera de ver, todo esto significa que la intervencion del legislador no es menester solo cuando la suple una sociabilidad ríjida i sana.

El Sr. Bello continúa: «¿Cómo suplir el afecto paternal o filial, si llega alguna vez

a extinguirse? Si pasiones depravadas hacen olvidar lo que se debe a aquellos de quienes hemos recibido el ser a quienes lo hemos transmitido, ¿de qué sirven las precauciones del legislador? A los hombres en cuyo pecho no habla con bastante energía la naturaleza, no faltarán jamás ni tentaciones ni medios de frustrar las restricciones legales? «No es difícil manifestar la suma exajeracion de este concepto. Si al parecer del señor Bello jamás faltaran al padre de familia las tentaciones i medios de frustrar la lei, ¿cómo nos ha dicho ántes que relajaba la disciplina doméstica? Puesto que todo su propósito es robustecer la judicatura patria, lejos de alegar la ineficacia del establecimiento de lejitimas, debia manifestar la manera en que debilita la autoridad del padre. Su modo de raciocinar es distinto, o el corazon está sano, o se ha corrompido. En el primer caso, ofrece una garantia suficiente; i por consecuencia la abolicion de la lejitima no conduce a resultados ulteriores. Cuando el corazon se ha pervertido, la intervencion del legislador, fácil de burlar i burlada siempre, es de todo punto ineficaz; de que fluye una consecuencia semejante a la que antecede. Estas contradicciones, los mismos esfuerzos del señor Bello, enseñan que la institucion de lejitima no es tan infecunda como parece creerla: que el corazon no ofrece garantia bastante, i que en la jeneralidad de los casos faltarán las tentaciones i medios de frustrar las prescripciones legales. No desconozco que viniéndose a depravacion suma pueda intentarse la burla de la lei. Empero la lei, para este caso como para todos aquellos en que existe una enajenacion fraudulenta, ha introducido las acciones rescisorias; i si este remedio puede burlarse alguna vez, los casos en que acontece son tan raros que no puede concluirse la ineficacia de la lei i la consiguiente razon para derogarla.

El señor Bello continúa: «El establecimiento de lejitimas no solo es vicioso porque es innecesario, (pues no deben multiplicarse las leyes sin necesidad), sino porque complicando las particiones, suscitando rencillas i pleitos en el seno de las familias, retardando el goce de los bienes hereditarios, ocasiona a los herederos un daño mui superior al beneficio que pudiera alguna vez acarrearles.» Al comentar esta frase me ceñiré a observar que los males de que hace mérito el señor Bello, aunque ciertos, no son consecuencia de la lejitima, luego que no los salva la facultad omnimoda de testar. ¿Porqué habia de ser mas sencilla aquella particion en que el testador dispusiese de sus bienes a su talante, haciendo quizás una division irregular, mas sencilla, digo, que esta otra en que la lei hace de antemano una division justa i simple en partes intelectuales? Si esta division legal es defectuosa, vale mas introducir en ella la reforma conveniente que el dejarla a la capacidad o capricho del individuo, pues no es de presumir que este en la jeneralidad de los casos sepa bien apreciar las condiciones de su haber para ordenar la mas justa i ménos embarazosa, ¿Por qué ha de producir mas rencillas i pleitos la division intelectual preestablecida de la lei que la ordenada arbitrariamente por el testador que puede ser de una igualdad o desigualdad injusta segun los casos, i que aunque fuese justa, seria pocas veces estimada tal por las personas a que atañe? Asi como no es de suponer que todo testador posea la virtud de no intentar el daño de sus hijos, tampoco es de suponerle con la capacidad de dividir sus bienes en una manera que simplifique las particiones i aleje todos pleitos i rencillas. Ultimamente; ¿es verdad que la lejitima retarda, como se dice, el goce de los bienes hereditarios? No, porque la particion, causa de esta demora, tiene lugar igualmente en el caso de la facultad ilimitada de testar, i como llevo observado, puede ser mas complicada i dar márgen a mas litis. Por otra parte, la lejitima no coarta las facultades del padre sobre este punto; puede si está así en su voluntad hacer él mismo la particion de sus bienes, i la entrega tambien. El goce mas o ménos anticipado pende en ambos casos de su voluntad; a no ser que quisiese evitar la particion, dejando todos sus bienes a una sola persona, o distribuyéndolos en

especie sin atender a la diferencia que puede existir en su valor, en cuyo caso la lei permitiéndolo acarrearía un mal mas grave que aquel que se habia propuesto alejar. Pasando ahora a la sucesion intestada, ¿qué mejora produce la abolicion de la lejitima respecto a lo que nos ocupa al presente? Ninguna. De todos los inconvenientes apuntados por el señor Bello, el único verdadero a mi juicio es la necesidad de tomar en cuenta todos aquellos bienes de que se ha dispuesto inmoderadamente por donaciones entre vivos a favor de cualesquiera personas; mal que es de aceptarse como consecuencia necesaria de una disposicion que produce un bien sobre manera superior. Todos los otros males que apunta el señor Bello, la apreciacion de los derechos de cada heredero, las litis grandes o leves, la demora en el goce de los bienes hereditarios, son consiguientes a toda comunion de cosa. Para destruirlos radicalmente sería preciso invertir el órden social, no imagino cómo, pero de manera que el patrimonio del individuo estuviere siempre liquido, deslindado, libre de toda contradiccion.

He contestado trozo a trozo todo el razonamiento del señor Bello, i si bien su expresion es tierna, elegante i concisa, la idea a mi parecer no debe consignarse en el Código. El lejislador, debo concluir para pasar a otra cuestion, se introduce en el seno de la familia asignando lejitima por necesidad i con eficacia.

En cuanto a la regulacion de la porcion lejitima, el señor Bello nos dice: «Este proyecto ha conservado las lejitimas, aunque acercándose mas al nivel de las Partidas i de la lejislacion romana, que al del Fuero Juzgo, el Fuero Real i las leyes de Toro. Se puede siempre disponer libremente, aun entre estraños, de la mitad de los bienes, pero se debe dividir la otra mitad entre los lejitimarios.» No es de mucha importancia la mayor latitud que por el Proyecto se da al testador en el círculo de su descendencia: del tercio i quinto que establecen las leyes de Toro a la mitad que propone el señor Bello, la diferencia no llama nuestra atencion. La reforma consiste en que se deroga la restriccion que tiene la libertad del testador para disponer del tercio de sus bienes. No necesito hacer nuevos esfuerzos de razonamiento para no aceptar el Proyecto; de todo lo que he espuesto sobre esta materia de lejitima, puede colejirse que el lejislador debe asegurar, en cuanto se pueda sin perjudicar la autoridad patria, el porvenir de los hijos que bajo la cabeza de su padre forman una comunidad, fundamento de la armonia social. Creo nuestro sistema de mejoras mejor combinado que el propuesto: ya en otro lugar he observado sus ventajas. Aqui me limitaré a indicar que es defectuoso en cuanto prescinde absolutamente del número de hijos; punto de vista que han considerado los códigos de casi todos los pueblos para establecer la mayor o menor latitud que habia de darse a las facultades de los padres. Empero, las consideraciones i cálculos que haria necesarios un proyecto sobre la materia, no han entrado en el propósito de mi memoria que ya cuenta con la debida estension.

Tal es el trabajo que presento a vosotros. Si he conseguido establecer lo que me he propuesto en él, si he cumplido con la obligacion que me imponian los estatutos universitarios, no a mi, a vosotros toca decirlo.
