TITULO III.

DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS Y DE LOS TESTAMENTOS. (1)

INTRODUCCION.

89. Los intérpretes abren todos el comentario sobre el título segundo "De las Donaciones y Testamentos" con el examen de una cuestión de filosofía del derecho: ¿es de derecho natural la facultad de disponer de los bienes propios á título gratuito? Nosotros ya lo contestamos al suponer el fundamento del derecho de propiedad, y al deducir de esos principios la teoría del derecho de sucesión.

1 Fuentes: Ricard, *Tratado de las donaciones*, 2 vol. en folio, París, 1783. Furgole, *Tratado de los testamentos*, (obras de Furgole, 8 vol. en 8°, París, 1775). Grenier, *Tratado de las donaciones y de los testamentos*, 4ª edición de Bayle-Mouillard, 4 vol. en 8°, 1849. Poujol, *Tratado de las donaciones y de los testamentos*, 2 vol. 1836. Vazeille *De las sucesiones, donaciones y testamentos*, 3 vol. 1837. Com-Delisle, *Comentario analítico sobre las donaciones y testamentos*, 1 vol. en 4°, 1855. Troplong, *Comentario sobre el título de las donaciones y testamentos*, en 4° (edición belga, 2 vol.) 1855.

Si la propiedad es una creación de la ley, ya se subentiende que todos los modos de transmitirla son una obra más ó menos arbitraria, y por lo mismo, transitoria, porque los ataques contra el derecho natural de propiedad vienen á parar todos en el socialismo ó en el comunismo. Hasta estos últimos tiempos, la mayor parte de los escritores y de los legistas políticos eran de opinión que los sucesores, y sobre todo, las sucesiones testamentarias, procedían de la voluntad del legislador. Esto pasaba casi por un axioma. ¿Cómo creer que el hombre tenga la facultad de disponer de sus bienes cuando ya no existe? No es que los legistas sean socialistas ó comunistas: su ciencia cesaría de tener razón de ser si no hubiera propiedad individual. Era esta preocupación de raza y de educación. El Catolicismo ha difundido ideas y sentimientos poco favorables á la propiedad. Por mucho tiempo han parecido poco peligrosas semejantes doctrinas, porque no se veía en ellas más que la expresión de la caridad evangélica, y los hombres positivos casi no temían que la caridad llevara á los propietarios á abdicar sus bienes en provecho de los pobres y de la Iglesia, como á ellos los invitaban los oradoees sagrados. Pero los principios tienen una fuerza de extraordinaria potencia. Durante siglos enteros se había predicado que la comuuidad era de derecho natural ó divino; de esto resultó que todos los entendimientos acabaron por imbuirse de esta preocupación.

La Francia acababa de llevar á cabo una revolución prodigiosa. Una asamblea, como jamás la ha habido en el seno de ningún pueblo, se ocupaba en redactar un código de leyes nuevas para una nación nueva. Habiendo muerto la mayor parte de sus oradores, Talleyrand vino á leer un testamento á la tribuna: era un discurso contra la facultad de testar. ¿Qué decía Mirabeau? El hombre no tiene ningún derecho exclusivo sobre ningún objeto de la natu-

raleza; lo que pertenece igualmente á todos, no pertenece realmente á nadie. Si la propiedad existe, es porque la ley la ha creado por motivos de utilidad social: "Las leyes no solamente protegen y mantienen la propiedad, sino que en cierto modo la hacen nacer." ¿Qué es la sucesión en este orden de ideas? Una creación de la ley tanto como la propied. Los bienes del difunto vuelven por derecho al dominio común, para volver en seguida por la voluntad general á los herederos legítimos llamados á continuar el goce de su autor y los derechos resultantes del estado procedente de la comunidad. Así, pues, á la ley corresponde distribuir los bienes que el hombre deja al menor y no al propietario, que, á decir verdad, éste no es un usufructuario, y su goce concluye con él.

El discurso contra la facultad de testar era en el fondo un discurso contra la propiedad. ¿Qué impresión hizo en la asamblea? No protestó; y cómo había de haber protestado, cuando compartía las ideas del orador á quien todavía escuchaba con gusto hablando desde el seno de su tumba. Robespierre habló en el mismo sentido, aunque fué menos absoluto en sus conclusiones que Mirabeau. Troplong acusa, en esta ocasión, al tribuno de materialismo. ¡El discípulo apasionado de Rousseau, un materialista! El hombre á quien se acusa de un materialismo obstinado, fué el que hizo que la convención nacional decretara las bases de toda religión, la creencia en Dios y la inmortalidad del alma. Tronchet, que tan importante papel hizo en la preparación y discusión del código civil, estaba en el mismo orden de ideas. La propiedad acaba con el hombre; si se permite á éste transmitirla, es por excepción á la ley natural, es una concesión que el legislador le hace, menos para su ventaja personal que por el interés general de la sociedad (1).

1 Véanse los discursos de Mirabeau, de Robespierre y de Tronchet en Buchiz y Roux, *Historia Parlamentaria de la Revolucinõ Franceza*, t. 9°, págs. 285 y siguientes.

90. La opinión de Tronchet es la de la mayor parte de los comentadores del código civil. En tanto que el debate se agotó en el dominio de la teoría, poca atención se le prestaba y poca también era la importancia que se le daba. Esto era echar en olvido la fuerza de los principios. De la tribuna acabaron por bajar á la vía pública. Babenf no tenía doctrinas diferentes á las de Mirabeau, pero se sirvió de ellas para apasionar las ínfimas capas de la democracia. Este trabajo latente se prosiguió; merced á la ignorancia y ceguedad de las clases jornaleras, el comunismo brutal del tribuno de la igualdad halló numerosos partidarios, que amenazan ser innumerables. Por último, se han abierto los ojos, y se ha comprendido la importancia de los principios. No repetirémos lo que ya en otro lugar dijimos. Las falsas doctrinas no se matan á cañonazos; sólo ceden ante la verdad, como las tinieblas ante la luz. Sin embargo, es tal la ceguedad de las clases que se llaman superiores, que los países más expuestos á las revoluciones democráticas rechazan la instrucción obligatoria; diríase que son un enfermo que repugna el único remedio que puede curarlo, y se vería uno tentado á exclamar con el poeta: ¡Dios vuelve ciegos á los que quiere perder! Después de 1848, la Academia de ciencias morales publicó una serie de tratados con objeto de ilustrar al pueblo: debía haberse empezado por enseñarlo á leer. Troplong escribió una defensa de la propiedad, pero dudamos mucho que haya convertido á un solo socialista. En su comentario sobre el título "De las Donaciones y Testamentos," Troplong hace también la defensa de la facultad de testar. Desde el momento que se reconoce que la propiedad es de derecho natural, no podría ponerse en duda la consecuencia: el propietario transmite su derecho á sus

herederos, sea dejando sus bienes á los parientes que la ley convoca, sea disponiendo por sí mismo de su herencia. La sucesión *ab intestato* implica la sucesión testamentaria. Si el legislador transmite los bienes del difunto á la familia de éste, esto supone que tal es la voluntad del difunto; en este sentido puede decirse que la sucesión *ab intestato* es el testamento presunto de los que no testan.

¿Quiere decir esto que el testamento sea la regla y que la sucesión *ab intestato* no sea más que su aplicación? Tal parece ser el parecer de Troplong. En su pequeño Tratado de la propiedad, dice que el testamento es el triunfo de la libertad en el derecho civil. Vuelve á este pensamiento en el prefacio de un Comentario sobre las Donaciones y Testamentos. Según él, el testamento estaría legado á la suerte de la libertad civil, de modo que en donde fuere ilimitada la libertad de testar, la libertad civil existiría en el más alto grado. (1) ¿No es esto demasiado absoluto? ¿No hay que invertir más bien la tesis, y decir que la sucesión *ab intestato* es la regla, mientras que el testamento no debe ser más que una excepción, excepción legítima pero que cesaría de serlo si la facultad de testar fuese ilimitada? Tal era la opinión de uno de los grandes pensadores de la antigüedad: Aristóteles censura lo que Troplong ensalza. En Esparta reinaba la libertad ilimitada de testar. ¿Qué resultó de ello? Que el suelo acabó por quedar en manos de algunos individuos, mientras que la inmensa mayoría de los ciudadanos casi nada poseían. (2) ¿Es ese el ideal de las sociedades modernas? En nuestra Introducción en el título "De la Propiedad," hemos dicho que el ideal del legislador debe ser que todo hombre sea propietario. La propiedad no es la libertad, pero es la expresión y la garan-

1 Troplong, *Tratado de la propiedad según el código Napoleón*, capítulo 31.
2 Aristóteles, *Politca*, lib. 2º, cap. 6º, § 11.

tía de la individualidad humana, es la condición y el instrumento de nuestro desenvolvimiento intelectual y moral. Con tal título, debe pertenecer á todo hombre. ¿Cuál es el mejor medio de lograr ese fin? ¿el testamento ó la sucesión *ab intestato*? Vamos también á invocar la historia, y su respuesta será diferente de la que se le atribuye.

91. Troplong ha consagrado extensas páginas á la filosofía de la historia de los testamentos. ¿Cómo es que haya pasado tan rápidamente por la época del derecho consuetudinario, y que ni siquiera haya pronunciado el nombre de Domat? En las costumbres es en donde se hallan las raíces de nuestro derecho, y Domat ha escrito su teoría con mano maestra. Tanto más considerable es su testimonio cuanto que profesa gran respeto al derecho romano; pero en la materia de las sucesiones y de los testamentos, no vacila en dar la preferencia al derecho consuetudinario. Nosotros hemos expuesto sus doctrinas en otro lugar (tomo octavo, núms. 477-484) Hay oposición completa entre el derecho de Roma y nuestras costumbres. Los romanos decían que el testamento es de derecho público; (1) esto, en otros términos, es el principio de Troplong, la identificación del testamento y de la libartad, tal como en Roma se entendía. Domat dice que él no puso esta regla en el título que él consagra á las sucesiones testamentarias, porque en todas las costumbres es, por el contrario, de derecho universal y como público que no pueda hacerse testamento, es decir, institución de heredero. (2) La diferencia es radical; y ¿depende de que los romanos conocían mejor la libertad civil que nuestros antepasados? La libertad, en Roma nunca significó más que fuerza y dominación; la verdadera libertad, lo que es la expresión de la individualidad humana,

1 "*Testamenti factio non privati, sed publici juris est*" L. 3, D., *Qui test. fac. poss.*
2 Domat, *De las leyes civiles*, segunda parte, lib. 3º, prefacio, página 408.

era desconocida en Roma, y nosotros la hemos heredado de la sangre germana que corre por nuestras venas. Si en alguna parte debe reinar la libertad civil es en el seno de la familia; y ¿qué era la familia en Roma? Esclavos hijos, mujer, todo estaba absorbido por la potestad ilimitada del padre de familia. De aquí esas célebres palabras de las Doce Tablas que Troplong cita con complacencia: "lo que el padre haya dispuesto acerca de sus bienes, tendrá fuerza de ley." (1) En nuestras más antiguas costumbres, encontramos una máxima del todo diferente: "Dios es el único que puede hacer á un heredero, el hombre no puede." (2) Así, pues, el orden de las sucesiones no depende de la voluntad arbitraria del hombre; no es él quien tiene el derecho, sino Dios. De esto inferían las costumbres que corresponde al hombre el disponer de sus bienes como mejor le ocurra. Esta era una de las reglas fundamentales de nuestro antiguo derecho, que no se constituye heredero á quien uno quiere, por testamento de sus propios, sino de sus muebles y adquiridos, es decir, de la parte más débil de su patrimonio. Los propios constituían la fortuna hereditaria á la que Dios llama á los que hace nacer en esta familia más bien que en aquélla; las costumbres limitaban todas, más ó menos, la facultad de disponer de los propios, sea por donación, sea por testamento; según unas, se podía disponer de la tercera parte; según otras, de la quinta; y las había que declaraban los propios indisponibles por su totalidad; y éstas eran las que reproducían con mayor fidelidad el antiguo derecho germánico. (3)

92. Estas restricciones se referían sobre todo á los testamentos; pero lógicamente habrían debido extenderse á

1 "*Pater familias uti legassitsuper familia pecunia, tutelave suæ rei ita jus esto.*"

2 Glannibe, *de legibus Angliæ*, VII, 1. Compárese De Laurrière sobre Loisie, 11, 4, 5.

3 Véanse los detalles en Troplong, Prefacio, pág. 55, nota 5.

las donaciones. Pero en este punto las costumbres venían á chocar contra un derecho que no se atrevían á atacar abiertamente, el derecho del propietario para disponer de sus bienes entre vivos. A menos de anular el derecho de propiedad, no se podía impedir al dueño que enajenara su cosa. ¿Qué hicieron las costumbres? Estorbaron y encadenaron la libertad del propietario multiplicando las condiciones y las formas para la validez de las donaciones. El espíritu de nuestro derecho francés, decía Pothier, es el de conservar los bienes en las familias; las donaciones hacían que los bienes salieran de las familias; de aquí el disfavor que caía sobre ellas. Considerábaselas como de derecho estricto, porque eran perjudiciales á las familias, y por esta razón se buscaba el modo de contenerlas indirectamente. Hízose de la donación un contrato solemne, erizado de formalidades que no tenían más razón de ser que el deseo de impedir la liberalidad. Tal era el espíritu de esta máxima fundamental de nuestro antiguo derecho: "Dar y retener no tiene validez." Tal es la mente de esas singulares condiciones, cuyo motivo jurídico en vano se buscaría, como la aceptación expresa. Ellas, sin embargo, tenían un sentido profundo. Se permitía al donador que él mismo se despojara, al despojar á sus herederos, porque casi no era posible impedirlo; pero se le hacía sentir que se despojaba actual é irrevocablemente. Es tan apegado el hombre á los bienes que posee, sobre todo á los que recibió de sus abuelos, que con dificultad se separará de ellos si es que tiene que abandonarlos; ese era el sentimiento muy natural en el cual se apoyaban las costumbres para obtener indirectamente lo que directamente podrían llevar á cabo: impedir que el propietario despojara á sus herederos y conservar los bienes en las familias. (1)

1 Tales son las palabras de Argou, *Institutas al derecho francés*, t. 1°, pág. 272 de la 10ª edición. Compárese Grenier, *Discurso histórico so-*