

CAPÍTULO VI

HISTORIA DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

La superioridad del método histórico, entre los varios modos de estudiar el derecho que están de moda en Inglaterra, se demuestra mejor que con nada con la parte relativa al testamento; sirviendo de bases su duración y su continuidad. Exige esfuerzo comprender las ideas de que la sociedad estaba empapada al empezar la historia del testamento; como las nociones de derecho actuales, aun siendo las mismas de entonces, ofrecen otra dificultad por efecto de la fraseología y los modos de pensar modernos; la de creer que necesitan análisis y examen las ideas que constituyen nuestro capital intelectual diario. Entre estos dos puntos extremos se puede seguir muy claramente el progreso del derecho de sucesión.

El feudalismo interrumpió su desarrollo mucho menos que el de la mayor parte de las ramas del derecho. Es indudable que se ha exagerado mucho la ruptura causada por la transición de la historia antigua á la moderna, ó sea por la disolución del imperio romano: en muchos escritores, porque les ha parecido molesto buscar los hilos de una trama oculta bajo seis siglos de perturbaciones; en otros, no faltos de paciencia y capacidad, porque se lo ha vedado el vano orgullo del derecho de su país y la repugnancia á ser deudores del romano. Pero tales influencias desfavorables han tenido relativamente poco efecto en punto al derecho testamentario.

Los bárbaros confesaban no tener idea semejante á la del testamento. Las mejores autoridades convienen en no ha-

llar señales de él en la parte de Códigos bárbaros comprensiva de las costumbres de su primera patria y de sus establecimientos en la frontera romana. Cuando se mezclaron con la población de las provincias, es cuando tomaron de la jurisprudencia imperial la idea del testamento, primero parcial é íntegramente más tarde.

Contribuyó mucho á aquella asimilación la influencia de la Iglesia. Esta heredó en seguida el privilegio de muchos templos paganos de guardar y registrar los testamentos; de lo que depende que los bienes temporales de las fundaciones religiosas nacieran de legados particulares casi todos, y que los antiguos concilios provinciales anatematizaran tanto á los que negaban la santidad de los testamentos. En opinión de todos, la influencia de la Iglesia fué además en Inglaterra causa principal contra la interrupción histórica del derecho de testar; interrupción que se supone haber existido en otras ramas del derecho. Atribuida á los tribunales eclesiásticos la jurisdicción sobre ciertos testamentos, se aplicó á éstos, con más ó menos acierto, los principios del derecho romano; y aunque ni los tribunales ordinarios ni el de Cancillería tenían que seguir á los de la Iglesia, no pudieron resistir el influjo poderoso de aquel sistema de reglas fijas aplicadas á su lado. De aquí que el derecho inglés sobre sucesión de bienes personales difiera sólo en la forma de los preceptos que regían la herencia de los ciudadanos romanos.

Fácil es ver qué diferencias resultan de estudiar la materia históricamente y de analizar las primeras impresiones sin auxilio de la historia. No hay quien, con la idea vulgar, ó aun legal, del testamento, no encuentre en él ciertas condiciones necesarias. Se dirá que sólo tiene efecto á la muerte del testador; que es secreto para los interesados en sus disposiciones; que es revocable, sustituible siempre por otro nuevo. Y sin embargo, está demostrado que hubo un tiempo en que faltaron todas estas condiciones. En el origen de Roma, de donde descienden los nuestros, el testamento producía efecto desde que se hacía, y no era ni secreto, ni revocable. El acto de manifestar un individuo por escrito su voluntad respecto de sus bienes después de muerto, es de los que tienen causas históricas más complejas. Las condi-

ciones mencionadas se establecieron poco á poco y lentamente, por causas y sucesos que se puede llamar fortuitos, y que en realidad sólo nos interesan hoy por lo que han afectado á la historia del derecho.

Cuando había más teorías legales que ahora (teorías que, gratuitas y prematuras sin duda, preservaban, sin embargo, á la jurisprudencia de la condición inmueble, no desconocida hoy, de olvidarse toda generalización y considerarse cosa empírica el derecho), la facilidad en estimar intuitivas las cualidades del testamento se explicaba diciendo que eran naturales ó, más ampliamente aún, establecidas por derecho natural. Nadie sostendrá ya esta doctrina si advierte que todos los caracteres del testamento han nacido en los tiempos históricos; pero subsisten vestigios de la teoría que la originó en expresiones que todos usamos y de que nos es difícil prescindir, como se demuestra recordando una proposición muchas veces emitida en la literatura jurídica del siglo pasado.

Afirman frecuentemente los juristas de entonces que la facultad misma de testar es de derecho natural, un derecho concedido por la naturaleza. Esta es, en sustancia, la misma doctrina de los que sostienen, sin darse cuenta, que el derecho de disponer de los bienes después de la muerte es consecuencia natural y necesaria del de propiedad; y la misma con que la jurisprudencia práctica, en el lenguaje de una escuela diferente, afirma en este punto que la sucesión testamentaria es el modo de transmisión de bienes *mortis causá* que debe adoptarse naturalmente, y que la abintestato es la forma con que el legislador suple una formalidad que no llenó el difunto por desgracia ó descuido. Todas estas son formas distintas de la doctrina contenida en esta proposición: el derecho de testar pertenece á la ley de la naturaleza.

No se puede hablar dogmáticamente sobre el alcance de las ideas modernas respecto á la naturaleza y á sus leyes; pero indudablemente casi todos los que sostienen que la facultad de testar es de derecho natural suponen: ó que de hecho esta facultad es universal, ó que las naciones la han sancionado por un instinto ó impulso natural. Difícil es sostener la primera suposición en un siglo que ha visto las

restricciones del Código Napoleón al derecho de testar y la multiplicidad sucesiva con que las demás legislaciones han tomado ese modelo. En cuanto á la segunda, los hechos mejor probados de la historia jurídica antigua la contradicen; y es además indudable, en general, que en todas las sociedades primitivas hubo un estado de derecho en que ni se soñó con el testamento, antes de que el desarrollo jurídico moviera al legislador á permitir, con mayor ó menor restricción, que la simple voluntad del propietario se antepusiese á las pretensiones de sus parientes.

La idea del testamento no puede estudiarse aisladamente, sino como parte de una serie en que no es ella la primera. En sí mismo el testamento es sólo el acto en que se enuncia la voluntad del testador. Antes, pues, de discutir este acto, ha habido que examinar varias cuestiones preliminares, por ejemplo: ¿qué clase de derecho ó interés nace de la muerte de un individuo? ¿A quién y cómo pasa este derecho? ¿Cómo es posible que un hombre disponga de sus bienes cuando ya no existe? Las varias ideas que integran la del testamento forman un conjunto que puede expresarse jurídicamente así: «testamento es el acto que regula la transmisión de una herencia; herencia es una forma de sucesión universal, y sucesión universal es la sucesión en una *universitas juris*, es decir, en un conjunto de derechos y deberes.» Variando el orden seguido, se investigará qué es una *universitas juris*, qué es una sucesión á título universal, y cuál de estas sucesiones es la llamada herencia. Hay otras dos cuestiones, independientes en cierto modo de éstas, que se necesita resolver también en este punto: ¿cómo la voluntad del testador puede decidir de la herencia? ¿Cuál es la naturaleza del acto en que decide?

La primera cuestión es la de la *universitas juris*, ó sea generalidad, haz de derechos y obligaciones. *Universitas juris* es una colección de derechos y obligaciones reunidos por el hecho de haber pertenecido un tiempo á la misma persona. En cierto modo era el despojo legal de un individuo, no un grupo de ciertos derechos y cargas, sino la reunión de todos los pertenecientes á la misma persona. El lazo que une determinado número de derechos (de propiedad, de tránsito, de legados, de hacer cosas determinadas)

y de obligaciones (indemnizar perjuicios, deudas), lo que los une para que constituyan una *universitas juris*, es el hecho de haber pertenecido á una persona que podía ejercerlos. Sin esto no hay unión de derechos y cargas. La frase *universitas juris* no es clásica, pero la idea es exclusivamente romana. Para comprenderla fácilmente, basta reunir en un solo concepto todas las relaciones legales existentes entre cada individuo y los demás. El conjunto de ellas, cualesquiera que sean sus elementos y carácter, forma la *universitas juris*. Concebida así, no hay peligro de engañarse, recordando que las cargas entran lo mismo que los derechos y que pueden superar á éstos. Puede deberse más de lo que se tiene, y, por tanto, haber insolvencia, evaluado el conjunto de relaciones legales, y, sin embargo, no por eso deja éste de ser una *universitas juris*.

Pasamos á la sucesión universal, ó sea en una *universitas juris*, que se presenta al investir á uno del despojo legal de otro, haciéndole deudor de sus deudas y acreedor de todos sus derechos. Pero para ser verdadera y perfecta esta sucesión, el tránsito ha de ser de un golpe: *uno ictu*, como dicen los juristas. Cabe que un hombre adquiriera todos los derechos y cargas de otro en distintas épocas, p. ej., en compras sucesivas ó por distintos títulos y partes; comprador, heredero, legatario. Pero la transmisión así efectuada, aunque abarque toda la personalidad legal de un individuo, no es una sucesión universal. Para que ésta exista, ha de pasar en el mismo momento, y por la misma facultad del que adquiere, el conjunto de cargas y derechos.

La noción de sucesión universal, como la de *universitas juris*, es permanente en derecho, aunque en Inglaterra la hayan obscurecido la diversidad de títulos con que se adquieren los derechos, y sobre todo la distinción de los bienes reales (*realty*) y personales (*personalty*). La transmisión de los bienes de una quiebra á los síndicos, es una sucesión universal, si bien las deudas sólo se pagan hasta el alcance del activo, modificándose así la noción primitiva. Si se acostumbrara hoy que un hombre tomara todos los bienes de otro á condición de pagar todas las deudas, esto se parecería exactamente á la antigua sucesión universal romana.

Una forma de aquellas sucesiones era la que ocurría en la *arrogación*, por la que el adoptante tomaba todos los bienes y cargaba con todas las obligaciones del hijo adoptado. Al lado de ésta existían otras muchas formas, y entre ellas es la más importante y la más duradera de todas la herencia (*hereditas*), ó sea la sucesión universal por causa de muerte. El sucesor universal, heredero (*heres*), adquiría todos los derechos y obligaciones del difunto y se revestía de la completa personalidad legal de éste. Sucedió lo mismo si se le nombraba en testamento que si entraba *ab intestato*; la palabra *heres* se aplicaba igual en ambos casos, porque el carácter legal de aquél era independiente de su modo de nombramiento; bastaba, para ser heredero, ser sucesor universal del difunto. Ni era necesario que fuese una persona sola: podían serlo varias, consideradas jurídicamente como una unidad: los coherederos.

Recordemos la definición ordinaria de la herencia en derecho romano, para que el lector aprecie la fuerza de cada uno de sus términos. «*Hereditas est successio in universum jus quod defunctus habuit*» «herencia es la sucesión en el total de derechos del difunto». Que equivale á decir: «aunque la personalidad física desaparece, la legal sobrevive y pasa íntegra á sus herederos ó coherederos, que la continúan, por lo que hace al derecho». El ejecutor ó administrador que en Inglaterra representa al difunto en todos los bienes por él dejados, puede dar idea de la institución de que procede, pero no la explica. Hasta los últimos tiempos del derecho romano había entre la posición del difunto y la del heredero una estrecha correlación, que no tiene equivalente en la representación inglesa. En la jurisprudencia primitiva todo tendía á la continuidad de sucesión: el testamento era ineficaz cuando le faltaba la institución de heredero para la transmisión inmediata de derechos y obligaciones. En el derecho moderno y en el romano del último tiempo, se atiende á la intención del testador; en el romano primitivo se atendía ante todo á asegurar la sucesión universal. Lo primero es de sentido común, y lo segundo parece un capricho inútil; pero sin ésto no se hubiera llegado á aquéllo.

Al principio del capítulo anterior consigné investigacio-

nes que explican esta paradoja y aclaran las ideas que voy á exponer. Vimos que es un carácter especial de la infancia de las sociedades el ser considerados los hombres, no como individuos, sino como miembros de un grupo. Primeramente se es ciudadano; después, como tal, miembro de una clase, aristocracia ó democracia, patriciado ó plebe, ó también de una casta, si por desgracia nació en una sociedad de progreso pervertido; luego miembro de una *gens*, casa ó tribu; por último, miembro de una familia. Este vínculo es el más personal y más estrecho; y, aunque sea paradójico, en él desaparece el individuo, que jamás es considerado persona separada, *sui juris*. Como antes he dicho, en la sociedad primitiva no es la unidad el individuo, sino el grupo de hombres unidos por parentesco real ó ficticio.

Este carácter de la sociedad primitiva nos da el germen de la sucesión universal. Tomando por tipo la organización actual de un Estado, aquellas repúblicas eran como un agregado de Gobiernos despóticos, regido separadamente cada uno por el poder absoluto de un jefe: el patriarca, que aún no se puede llamar *pater-familias*. Pero á los grandes derechos de éste es indudable que correspondían grandes obligaciones. Gobernaba la familia, pero por utilidad de ésta; era dueño de sus bienes, pero como administrador de sus hijos y parientes; su posición y sus privilegios eran sólo los que le marcaban sus vínculos con la pequeña comunidad. La familia formaba de hecho una corporación de que él era representante, y pudiera decirse funcionario público. Para los conciudadanos y para el derecho, sus facultades y sus deberes eran de la familia tanto como de él.

Por lo mismo, ante la ley y el magistrado, la muerte del jefe era un suceso falto de toda importancia: reducido á variar el nombre de la persona que representaba al grupo familiar y respondía por él ante la jurisdicción pública. Los derechos y obligaciones del jefe pasaban sin solución de continuidad al sucesor; por lo mismo que pertenecían á la familia y que ésta era una corporación, cuyo carácter distintivo es no morir. Los acreedores, pues, tenían igual acción contra el nuevo jefe que contra el antiguo, porque las deudas eran de la familia y existían en cuanto ésta. Y los derechos de la familia se ejercitaban igual que antes de morir

el jefe, con la sola diferencia, si cabe aplicar lenguaje técnico y preciso, de haber de comparecer en juicio bajo un nombre algo modificado.

Habría que recorrer toda la historia del derecho para comprender cómo se han formado lenta y gradualmente las actuales unidades de la sociedad, y cómo las relaciones individuales han sustituido á las de la familia. Baste recordar que cuando la transformación parecía consumada, cuando el magistrado había casi sustituido al padre de familia, y los tribunales civiles al foro doméstico, aún el orden de derechos y obligaciones administrados por la justicia, conservaba la forma dada por los antiguos poderes, cuyas huellas se notan en todas sus partes. Es casi seguro que el exigir el derecho romano como primera condición la transmisión de la *universitas*, en la sucesión por causa de muerte, era un rasgo de la sociedad antigua que no había podido rechazar la nueva, á pesar de no corresponder á su carácter. La continuación de la existencia legal de un hombre por su heredero ó sus coherederos, parece ser el carácter de la *familia* transmitido por ficción al *individuo*. Por lo visto, pasaron al individuo en Roma los caracteres *corporativos* de la familia: la necesidad de la sucesión universal, la permanencia, la existencia colectiva propia del grupo, no afectada en su posición legal, en sus bienes y cargas, por la muerte del individuo. Así, en la idea de la sucesión universal romana, la muerte física dejó de afectar la personalidad legal del individuo, á semejanza de la familia, no expuesta á esa muerte, por su cualidad de corporación.

Cuesta trabajo á muchos juristas del continente comprender la trabazón de ideas contenidas en la de sucesión universal; y aquí es quizá donde menos valen sus especulaciones filosófico-jurídicas. Pero estudiando el derecho inglés, no hay riesgo de errar en el análisis de esa idea, porque está aclarada por una ficción de nuestro derecho, familiar á todos los legistas ingleses. Clasifican éstos las corporaciones en agregadas y sueltas; aquéllas son la corporación verdadera; la suelta lo es un individuo, miembro de una serie de individuos, investido por ficción de cualidades corporativas. Ejemplos: el rey ó el cura de una parroquia. Estas funciones se consideran separadamente del individuo que las ejerce

cierto tiempo, y si son perpetuas, la serie de los que las ejercen tiene el atributo principal de las corporaciones: la perpetuidad.

Ahora bien: en el antiguo derecho romano, el individuo tenía con la familia la misma relación que existe entre las corporaciones agregada y suelta: son iguales las derivaciones y la asociación de ideas en ambos casos. Así, al decir nosotros que, en la sucesión romana, cada ciudadano era una corporación suelta, no sólo comprendemos plenamente la herencia, sino que tenemos siempre á la vista la hipótesis de que procedía. Es axioma nuestro que el rey no muere, porque es una corporación suelta; el sucesor toma inmediatamente sus funciones, y la continuidad del reinado se entiende no interrumpida. En Roma era igualmente llano y natural separar el hecho de la muerte y la transmisión de derechos y cargas; el testador vivía en sus herederos. Jurídicamente sólo había una personalidad, y si el testamento violaba, aun indirectamente, el principio de unión de la existencia actual y de la póstuma, la ley rechazaba este acto defectuoso y daba la herencia á los parientes de sangre, cuya capacidad nacía de la ley misma y no de un documento, quizá mal redactado. Cuando un ciudadano romano moría sin testamento, ó éste era nulo, sus descendientes ó parientes le heredaban en el orden que diremos. La persona ó grupo que sucedía, no sólo le representaba, sino que, según he expuesto, continuaba su vida civil, su existencia legal. Lo mismo ocurría en la sucesión testamentaria; porque la teoría de la identidad del difunto y de sus herederos era sin duda más antigua que las formas del testamento y que las fases de la jurisprudencia respectiva.

Aquí ocurre hablar de una duda que se fortalece más cuanto más se adelanta en este estudio: la de si hubiera existido el testamento á falta de las ideas comprendidas en la sucesión universal. El derecho testamentario se explica por muchas hipótesis filosóficas, tan plausibles como infundadas; entra en todas las combinaciones de la sociedad moderna y puede ser defendido ampliamente por razón de utilidad pública. Pero no nos cansaremos de repetir que la mayor parte de los errores jurídicos se deben á creer que, cuando subsiste una institución, subsisten algunos de los

motivos que la originaron. En este punto es indudable que en el antiguo derecho romano el testamento se mezclaba y hasta se confundía totalmente con la teoría de la continuación de la personalidad del difunto en la del heredero.

La idea de sucesión universal, aunque muy arraigada en derecho, no ha ocurrido espontáneamente á los legisladores. Proviene siempre del derecho romano, lo mismo que una serie de reglas sobre el testamento y sus disposiciones, que los prácticos modernos aplican sin cuidarse de relacionarlas con la teoría de origen. Ahora, en derecho romano puro es bien evidente que el principio de la continuidad de la vida, la eliminación de la muerte, era el centro de que derivaban la sucesión testada ó intestada. La inflexibilidad con que se observaba la teoría dominante, demuestra que provenía de algo primitivo en la organización romana; y, aparte de esta presunción, existen pruebas. Se conservan casualmente muchas expresiones técnicas que remontan al origen del testamento en Roma; Gayo consigna la fórmula con que se investía al sucesor universal; se sabe el nombre con que se designaba antiguamente al heredero, y se tiene la célebre disposición de las XII Tablas que reconoció expresamente la facultad de testar y las reglas de sucesión abintestato. En todo esto hay un carácter marcado: que se transmitía al heredero la *familia*, ó sea el conjunto de derechos y cargas contenidos y nacidos en la *patria potestad*. En tres casos no se habla de los bienes materiales; en otros dos se les considera dependencia de la familia.

El testamento primitivo fué, pues, un acto ó procedimiento (probablemente entonces no era escrito) para regular la transmisión de la familia; un modo de declarar quién sucedería en la jefatura al testador. Teniendo esto en cuenta, se ve que los testamentos estaban unidos á uno de los restos más curiosos de la religión y el derecho antiguos: los *sacra* ó ritos de familia. Los *sacra* de Roma existen en una ú otra forma doquiera la sociedad conserva algo de sus formas primitivas; los sacrificios y ceremonias recuerdan el parentesco de la familia y son prenda y testimonio de su perpetuidad. Sea ó no cierto que la naturaleza de esas ceremonias es honrar á un antepasado fabuloso, en todas partes sirven para atestiguar el carácter sagrado de las relaciones de fa-

milia; por lo cual, son más significativas é importantes cada vez que el cambio de un jefe amenaza su continuidad.

Entre los indios, el derecho á heredar bienes de un hombre es tan extenso como á celebrar sus funerales. Si los ritos no se cumplen exactamente ó no lo hace quien corresponde, falta la relación entre el difunto y los supervivientes, y ni hay sucesión ni hereda nadie. Todo suceso importante en la vida de un indio se relaciona con estos ritos; se casa para tener hijos que los celebren á su muerte; si no los tiene, necesita adoptar un extraño, «con la mira, dice la ley india, del pan y del agua funerarios y del sacrificio solemne». La esfera de los *sacra*, en tiempo de Cicerón, abrazaba también la herencia y la adopción. Esta no podía hacerse sin haber provisto los *sacra* de la familia del adoptado; y el testamento no podía dividir la herencia sin determinar exactamente la proporción en que habían de pagar estas ceremonias los coherederos.

Las diferencias entre aquel derecho romano, donde primeramente vemos los *sacra*, y el régimen actual de la India, son muy instructivas. En la India predomina en el derecho el elemento religioso; los sacrificios familiares son el sello del derecho de las personas y de gran parte del de las cosas. Se ha llegado á extremos monstruosos, porque es probable que el sacrificio de las viudas á la muerte del marido, práctica seguida allí hasta los tiempos históricos y conservada en la tradición de muchos pueblos indo-europeos, fuese un apéndice de las primitivas ceremonias, en la idea, unida siempre á la del sacrificio, de que la sangre humana es la más preciosa ofrenda. En Roma, por el contrario, los deberes legales y los religiosos dejaron de estar mezclados. La necesidad de celebrar los *sacra* no era de derecho civil; los *sacra* entraban en la jurisdicción del colegio de los pontífices. Las cartas de Cicerón á Atico, que aluden frecuentemente á esto, demuestran bien que los *sacra* eran una carga pesada para los herederos; el punto de desarrollo en que el derecho se separa de la religión había pasado ya, y pronto desaparecieron enteramente del derecho.

En el derecho indio no hay verdadero testamento: hace sus veces la adopción. Sin embargo, hay gran relación entre la facultad de testar y la de adoptar; y por lo mismo, el

ejercicio de una y otra requieren especial solicitud para la celebración de los *sacra*. El testamento y la adopción alteran igualmente la descendencia natural de la familia; ambos eran sin duda procedimientos para impedir su interrupción total, á falta de parientes que la continuaran. De los dos sólo la adopción, la creación de un parentesco es ficticio, se ofreció á la inteligencia de las sociedades primitivas. Los indios han avanzado hasta conceder á la viuda derechos de adoptar cuando el padre no lo ha hecho; y en Bengala hasta hay costumbres locales con algunos rasgos de la facultad de testar. Pero es indudable que á los romanos pertenece la invención del testamento, la institución que más ha influido después del contrato en la transformación de las sociedades humanas. Mas no le atribuyamos en su origen funciones que no llenó hasta después; al principio no servía para distribuir los bienes de un hombre á su muerte, sino para dar á la casa un nuevo jefe; si los bienes pasaban al heredero era sólo porque el gobierno de la familia llevaba consigo la disposición del capital común. Faltaba mucho hasta la época de la historia en que los testamentos empiezan á servir poderosamente para modificar la sociedad, estimulando la circulación de los bienes y extendiendo los derechos del propietario; estas consecuencias quizá no se asociaron con la idea del poder testamentario ni aun entre los últimos jurisconsultos romanos. Jamás la sociedad romana consideró los testamentos como medio de dividir los bienes y la familia ó de crear un conjunto de diversos intereses, sino, en caso, como un modo de favorecer á los miembros de una familia, más que con la sucesión abintestato. Es de creer que las ideas que en la mente de un romano se unían á la del testamento, eran totalmente distintas de las que hoy conocemos. La costumbre de ver en la adopción y el testamento maneras de continuar la familia, contribuyó sin duda al relajamiento singular de las ideas romanas en cuanto á la sucesión en la soberanía. Así se ve que la sucesión de los primeros emperadores romanos fué considerada como bastante regular y que, á pesar de todos los sucesos, no se creyó absurda la pretensión de príncipes como Teodosio y Justiniano á llamarse César y Augusto.

Al estudiar los fenómenos de las sociedades primitivas,

parece indiscutible una proposición que los legistas del siglo XVII creían dudosa: que la sucesión abintestato es anterior á la testamentaria. Resuelta esta cuestión, se presenta otra muy interesante: la de cómo y en qué condiciones se permitió por vez primera disponer de la jefatura de la familia, y por tanto, de la distribución de bienes á la muerte del testador. La falta del derecho de testar en las sociedades primitivas hace más difícil la solución de esta cuestión, porque indudablemente no fué conocido en ninguna otra que en la de Roma. Hay, sí, elementos sueltos aquí y allá; pero casi siempre de origen romano. El testamento ateniense era indígena, pero no pasaba de ser un germen. Los otros que encontramos en los códigos germanos tienen ya, casi seguramente, un origen romano. La más aguda crítica alemana ha tratado últimamente de distinguir, en cada sistema de estas *leges barbarorum* las costumbres de las tribus primitivamente y la parte tomada de las leyes romanas: de este estudio ha resultado invariablemente que en la parte de leyes antiguas no existe el testamento. El derecho de testar proviene en todas partes de Roma; hasta el testamento que se dice existir en el derecho judío de los rabinos, se ha atribuido al contacto romano. La única forma de testamento que, fuera de Grecia y Roma, puede con razón estimarse indígena, es la de las costumbres de Bengala; y esa, que algunos suponen inventada por los juristas anglo-indios, es á lo sumo un testamento rudimentario.

Según nuestros testimonios, sólo debió de existir el testamento, en su origen, cuando faltaban personas con derecho á la herencia por parentesco real ó ficticio. Así, cuando las leyes de Solón en Atenas autorizaron por primera vez la testamentifacción, se prohibió desheredar á los descendientes varones en línea recta. Así, el testamento del Bengala sólo regula la sucesión en cuanto lo permiten ciertos derechos familiares superiores al poder del testador. Así, no admitida en las instituciones judías la facultad de testar, la jurisprudencia rabínica, posterior al suplir las omisiones de la ley mosaica, sólo admitió ese derecho en caso de faltar todos los parientes llamados á heredar por dicha ley.

Las limitaciones impuestas al derecho de testar por las antiguas leyes germánicas tienen iguales fin y significación.

Lo que hay es que en estas leyes germanas, tal como las conocemos, al lado del alodio ó dominio de cada familia, existen muchas clases de propiedad subordinada, cada una de las cuales es acaso una trasfusión especial de los principios romanos en las costumbres tentónicas primitivas. La propiedad alodial ó primitiva se reservaba exclusivamente á los parientes: ni se disponía de ella por testamento, ni casi podía ser enajenada entre vivos. En la antigua ley germana, como entre los indios, los hijos varones eran copropietarios con su padre, y el dominio familiar no podía enagenarse sin su consentimiento. Pero las otras propiedades, más modernas y de menos dignidad que las alodiales, se enagenaban con mucha más facilidad, y se transmitían *mortis causa* por reglas más amplias. Las mujeres y sus descendientes sucedían en ellas porque evidentemente esas propiedades estaban fuera del círculo sagrado de los agnados. Sólo, pues, sobre estos bienes existió al principio la facultad de testar tomada del derecho romano.

Estas indicaciones refuerzan, al parecer, la explicación más verosímil de un hecho de la historia primitiva del testamento romano. Según numerosas autoridades, en el primer período de Roma, los testamentos se hacían en los comicios *curiata*, es decir, por curias; el parlamento de los patricios romanos, reunidos para asuntos privados. De aquí ha nacido la afirmación, hecha tradicional entre los romanistas, de que, en cierta época de Roma, el testamento era un acto legislativo. Pero no se necesita acudir á esta explicación, que peca de conceder demasiada precisión á los procedimientos de aquella asamblea. La clave de los testamentos *in comitia calata*, está en el antiguo derecho romano sobre sucesión intestada. El orden de las sucesiones en derecho romano, hasta la modificación del edicto del pretor, era el siguiente: En primer lugar, los descendientes directos, *sui*, no emancipados. A falta de *sui heredes*, el agnado más próximo, ó sea el pariente más próximo que pudo estar bajo la misma patria potestad que el difunto. En tercero y último lugar, los *gentiles*, es decir, los miembros de los *gens* á que el difunto pertenecía. La *gens*, como queda dicho, era una extensión artificial de la familia, formada por todos los patricios que llevaban el mismo nombre y que, por lo tanto,

se suponían descendientes de un antepasado común. Los *comitia curiata* eran una asamblea patricia legis activa en que sólo estaban representadas las *gentes*, asamblea representativa del pueblo, tomando como unidad política la *gens*. Por lo tanto, el conocer de los testamentos los comicios se relacionaba con los derechos de los *gentiles* y tenía por fin conservarlos. La aparente anomalía desaparece suponiendo que no se podía testar sino á falta de *gentiles* conocidos ó por renuncia de éstos, y que el testamento era sometido á la asamblea general de *gentes* romanas, para que los perjudicados por él pudieran oponerse ó renunciar á su derecho. Quizá desde que se publicaron las XII Tablas, este poder de oposición se redujo mucho ó se ejerció sólo de tarde en tarde y por capricho; pero es más fácil indicar el sentido y origen de la jurisdicción confiada á las *comitia curiata* que seguir su desarrollo y decadencia.

El testamento de donde proceden todos los modernos no es el de dichos comicios, sino otro establecido en concurrencia con él y destinado á reemplazarle. La importancia histórica de este testamento romano primitivo, y lo que aclara las ideas de los antiguos, me excusarán que le describa con alguna extensión.

Cuando el poder de testar aparece en la historia jurídica, hay hechos para creer que nació, como todas las grandes instituciones romanas, de la lucha entre patricios y plebeyos. La máxima política *plebs gentem non habent*, el plebeyo no pertenece á *gens* alguna, excluía á éstos de los comicios *curiata*. Algunos críticos han deducido de aquí que el testamento de un plebeyo no podía ser leído en la asamblea patricia, y que faltaba para él, por tanto, el derecho de testar. Otros se contentan con creer que le sería duro someter su testamento á la jurisdicción extraña de una asamblea en que él no tenía representación. Ello es que nació una forma de testamento que parece una invención destinada á eludir una obligación desagradable. Este testamento consistía en una transferencia entre vivos, una enagenación completa é irrevocable de la familia y los bienes del testador, en favor de quien éste designaba para heredero. Quizá esto se permitió siempre en derecho romano estricto; pero cuando no iba á producir efecto hasta después de la muerte, pudo discutirse

si valía como testamento sin ser aprobado por la asamblea patricia. En caso, la diferencia de opinión entre ambas clases, si la hubo, debió de extinguirse, como otros muchos motivos de odio por el gran arbitraje de los decenviros. Existe el texto de las XII Tablas que dice: *Pater familias uti de pecunia tutelare suae rei legassit ita jus esto*; y dicha ley casi sólo pudo servir para legalizar el testamento de los plebeos.

Los que han hecho estudios clásicos saben perfectamente que muchos siglos después de cesar como asamblea legislativa la patricia, se reunía aún para tratar asuntos privados. Es, pues, probable que mucho tiempo después de las XII Tablas, los *comitia curiata* dieran aún solidez á los testamentos en sus reuniones. Se puede suponer que sus funciones eran como las de un registro público (*court of registration*), con la diferencia de que los testamentos no se escribían, sino simplemente se recitaban ante la asamblea para que se fijara y los recordase. Quizá nunca fué escrita esta clase de testamentos; pero en todo caso, los comicios se habrían limitado á escuchar la lectura, quedando el texto en poder del testador ó bajo la salvaguardia de una institución religiosa. Esta publicidad pudo ser uno de los motivos que hicieron impopular el testamento *comitia calata*. En los primeros años del imperio, éstos se reunían aún, pero por fórmula solamente; y quizá ya no se presentaba ningún testamento en ellos.

El antiguo testamento plebeyo, descrito más arriba, ha modificado profundamente de un modo mediato la civilización del mundo moderno. En Roma adquirió la popularidad perdida por el otro testamento. Para comprenderle del todo, hay que observar que procede del *mancipium* ó antigua venta romana: formalidad á la que deben el honor de su nacimiento dos grandes instituciones, sin las que casi no se comprendería la sociedad moderna: el contrato y el testamento. El *mancipium*, ó más modernamente, la *mancipatio*, nos lleva con sus fórmulas á la infancia de la sociedad civil. Nacida en una época muy anterior, si no á la invención, á la vulgarización de la escritura, los gestos, los actos simbólicos, las frases solemnes eran en ella fórmulas de redacción; y las largas y complicadas ceremonias advertían

á las partes de la importancia del asunto y le grababan en la memoria de los testigos. La imperfección del testimonio oral, al lado del escrito, exigía un número de testigos que no se justificaría en nuestros tiempos.

La mancipación exigía la presencia de las dos partes, vendedor y comprador ó, en términos modernos, el donante y el donatario (*grantor and grantee*). Asistían también cinco testigos al menos y un personaje singular: el *libripens*, que llevaba una balanza para pesar la vieja moneda de cobre sin acuñar de la antigua Roma. Este testamento, *per aes et libram*, como le llamaron mucho tiempo los jurisconsultos, era una mancipación ordinaria en la forma y casi en las palabras. Presentes el testador como cedente, el *libripens* y los cinco testigos; y ocupado el lugar del aceptante por el llamado *familia emptor*, comprador de la familia, se procedía á la ceremonia ordinaria de la mancipación. Se hacía ciertos ademanes solemnes, se pronunciaba ciertas palabras; el *emptor familia* simulaba el pago del precio golpeando la balanza con una moneda; y por fin, el testador ratificaba todo lo hecho con una fórmula llamada *nuncupatio* ó declaración del acto; fórmula que, como es sabido, vivió mucho en la historia del testamento. Conviene fijarse en el carácter del *familia emptor*. En un principio lo era, sin duda, el heredero mismo, á quien el testador transmitía inmediatamente toda la *familia*, es decir, todos sus derechos sobre la familia y por la familia: bienes, esclavos, derechos adquiridos de sus ascendientes y además todas sus cargas y obligaciones.

Con estos datos podemos ya notar muchas diferencias entre el testamento moderno y el mancipatorio, como podemos llamarle, en su forma primitiva. En primer lugar, éste no era revocable, porque transmitía inmediatamente los bienes del testador quedando agotada la facultad de que se había hecho uso. Además, no era secreto: el *familia emptor*, siendo el heredero, conocía exactamente sus derechos y sabía que le estaban asegurados irrevocablemente; cosa demasiado peligrosa, dadas las habituales violencias de las sociedades antiguas.

Pero la consecuencia más sorprendente de esta semejanza del testamento y la venta es que el heredero era investi-