

el derecho civil y las constituciones imperiales, como de un *jus tripartitum*. La nueva forma lograda así se llama testamento romano; pero era sólo el testamento de Oriente; y las investigaciones de Saviny han demostrado que continuó usándose en Occidente, mucho tiempo después de entrada la Edad Media, el viejo testamento mancipatorio con todas sus transferencias por el cobre y la balanza.

CAPÍTULO VII

IDEAS ANTIGUAS Y MODERNAS SOBRE TESTAMENTOS

Y SUCESIONES

A pesar de que las leyes testamentarias de Europa tienen muchas disposiciones derivadas del más antiguo derecho que practicaron los hombres, hay diferencias importantes entre las ideas antiguas y modernas sobre testamentos y sucesiones. Explicaré en este capítulo algunas de ellas.

Varios siglos después de las XII Tablas, se introdujeron en el derecho civil romano reglas para impedir la desheredación de los hijos; la jurisdicción del pretor trabajó en igual sentido, y nació un procedimiento más, de carácter irregular y origen dudoso, la *querella inoficiosi testamenti*, para dar posesión de la herencia á los hijos excluidos sin razón en el testamento del padre. Comparando este estado jurídico con la gran libertad de testar que establecieron formalmente las XII Tablas, muchos escritores han llenado de toques dramáticos la historia del derecho testamentario. Así hablan de la libertad sin freno con que los jefes de familia empezaron á desheredar á sus hijos; del escándalo y el atentado á la moral pública envueltos en estas libertades, y del aplauso con que los hombres de bien acogieron el valor del pretor en detener la marcha de esta depravación de los padres. El hecho principal de esta historia es cierto; pero se cuenta de tal modo, que se ataca seriamente los principios de la historia del derecho. La ley de las XII Tablas ha de entenderse con el carácter del siglo en que se redactó. No dió una libertad que pudiera ser preciso moderar

después; antes procedía en la convicción de no existir tendencias á abusar de ella, ó más bien, en la ignorancia de que pudieran existir tendencias tales. No es probable que los ciudadanos romanos comenzaran desde luego á abusar del poder de desheredar; repugna á la razón y al sano criterio histórico creer que el yugo de la familia, soportado pacientemente cuando era más incómodo, se rechazara luego, al llegar á un punto que hoy se acepta espontáneamente. La ley de las XII Tablas permitía el testamento en el solo caso en que era posible: á falta de hijos ó parientes próximos. No prohibía desheredar á los descendientes en línea recta, en razón á que ningún jurista de entonces podía soñar con tal eventualidad. Sin duda cuando las afecciones de familia perdieron su carácter de deberes primarios, se empezó á desheredar á algunos hijos. Pero la intervención del pretor, lejos de ser solicitada por la universalidad del abuso, lo fué, sin duda, porque los casos de aquel capricho eran muy pocos, excepcionales y contrarios á la moralidad de la época.

Muy diversas indicaciones suministra esta parte del derecho testamentario romano. Al parecer, los romanos no consideraron nunca el testamento como un medio de desheredar á la familia ó dividir desigualmente los bienes. Las reglas de derecho que prohibían emplearlo así aumentaron en número y en rigor según se fué desarrollando su jurisprudencia; lo cual demuestra que en la sociedad romana había un sentimiento fijo contra las desviaciones accidentales de los individuos. Parece, en efecto, que la facultad de testar se estimó como medio de atender á las necesidades de la familia y de dividir la herencia más equitativamente que con la sucesión abintestato; sentimiento general que explicaría un tanto el horror de los romanos á morir sin testamento. No había para ellos desgracia mayor que ésta: ninguna maldición peor podía lanzarse á los enemigos. Esto no tiene al parecer equivalente alguno en las opiniones de hoy: siempre sin duda han preferido los hombres disponer de sus bienes *mortis causá* á dejar disponer á la ley; pero la pasión de los romanos por la testamentificación era más intensa que el simple deseo de satisfacer un capricho y en nada parecida al orgullo de familia que creó el feudalismo y que acumulaba determinados bienes en

manos de un solo representante. Es probable, *á priori*, que en las reglas de la sucesión abintestato hubiese algo menos apetecible que en la testamentaria. Sin embargo, examinando dichas reglas durante los muchos siglos anteriores á las leyes de Justiniano, que han adoptado casi todos los legisladores modernos, no las hallamos inicuas ni irracionales. Al contrario, su modo de distribuir los bienes es tan racional, tan claro y tan semejante á las reglas que han satisfecho en general á la sociedad moderna, que no se comprende que inspiraran extraordinario disgusto; sobre todo bajo un régimen en que la facultad de testar era muy limitada para las personas con hijos. Más natural parecería que, como ahora en Francia, los jefes de familia se hubieran aborradado de testar, dejando á la ley la distribución de sus bienes.

Sin embargo, creo que, examinando de cerca las reglas de sucesión abintestato antes de Justiniano, se halla en ellas la clave del misterio. El derecho tenía dos partes: una procedente del *jus civile*, derecho consuetudinario de Roma; otra del edicto del pretor. El derecho civil, como ya queda dicho, sólo llamaba á la herencia á los hijos no emancipados, á los agnados más próximos y á los *gentiles*. Entre estas tres clases de sucesores, el pretor llamó á otras clases de parientes que el derecho civil no había mencionado. Al fin, de la combinación del edicto con el derecho civil nació un cuadro de sucesión poco distinto del de la mayor parte de los códigos modernos. Conviene recordar que hubo un tiempo en que sólo se aplicaba el derecho civil á la sucesión abintestato, y las reglas del edicto no existían ó no se aplicaban regularmente; porque sin duda la jurisprudencia del pretor tropezó con obstáculos formidables al principio, y acaso mucho después de que el sentimiento popular y la opinión de los jurisconsultos aceptaran las modificaciones que introducía poco á poco, no hubiera aún en estos principios fijos sino reglas distintas, según el criterio de cada pretor. Así, pues, las diversas reglas de sucesión abintestato que los romanos debieron de practicar entonces, explican, y más aún, el horror de los romanos durante tanto tiempo á morir intestados. Se sucedía en este orden. Muerto un ciudadano sin testamento, ó anulado éste, le heredaban:

1.º, sus hijos no emancipados; los emancipados no entraban á la herencia; 2.º, en su defecto, los agnados más próximos; los parientes por línea de mujer, por próximos que fuesen, no concurrían; 3.º, los *gentiles* ó conjunto de ciudadanos que llevaban igual nombre que el difunto; excluidas, por tanto, todas las demás ramas de la familia. De modo que, á falta de testamento válido, un romano de entonces dejaba sin ayuda á sus hijos emancipados; y si no tenía hijos, se exponía á que sus bienes salieran de la familia completamente para ir á personas sólo ligadas á él por la ficción sacerdotal que suponía á todos los miembros de la misma *gens* descendientes de un antepasado común. Esta perspectiva basta casi para explicar el sentimiento popular; pero además concurre el hecho de que todo esto sucedía quizá cuando la sociedad romana estaba empezando á perder su organización primitiva en familias sueltas. El poder del padre había sufrido uno de los golpes más fuertes al reconocerse como legítima la emancipación; y aunque el derecho, considerando aún la patria potestad como origen de las relaciones de familia, seguía mirando á los hijos emancipados como extraños á sus parientes consanguíneos, no es de suponer que esta limitación de la familia, impuesta por la pedantería de los legistas, cupiera en el afecto natural de los parientes. Los lazos de familia debieron de conservar la santidad y la intensidad casi inconcebibles que tuvieron bajo el régimen patriarcal; y lo probable es que la emancipación, lejos de aflojarlos, los aumentara. Es indudable que la emancipación, más bien que un acto de separación, era una prueba de cariño, una gracia y un favor concedidos al hijo más querido y estimado. De modo que si los hijos así distinguidos quedaban sin herencia á falta de testamento, no se necesita más para comprender el horror de los romanos á morir sin él. Podía suponerse *a priori* que la pasión de hacer testamento nacía de alguna injusticia moral de la sucesión abintestato, y en efecto, vemos que sus reglas chocaban hasta con el instinto que unía á los miembros de la sociedad primitiva. Todo lo dicho puede resumirse en pocas palabras. Los sentimientos dominantes de los romanos primitivos se unían á las relaciones de familia. ¿Y qué era la familia? El derecho la definía de un modo y el afecto na-

tural de otro. En este conflicto vino á nacer el sentimiento que analizamos y tomó la forma de un entusiasmo por la institución que permitía al afecto atender á la suerte de las personas queridas.

El horror de los romanos á morir sin testamento parece, pues, prueba de un conflicto añejo entre el derecho antiguo y los sentimientos que iban naciendo con relación á la familia. Algunas leyes romanas, sobre todo una que limitó la capacidad de heredar de las mujeres, contribuyeron quizá á avivar aquel sentimiento; y así se cree generalmente, que los fideicomisos ó legados de confianza, nacieron para eludir la incapacidad de dichas leyes. Pero la misma intensidad notable del sentimiento indica un antagonismo más profundo entre la opinión y el derecho, que las reformas del pretor pudieron muy bien no extinguir. Estudiando el proceso de las opiniones, se ve que los sentimientos no mueren siempre con las circunstancias que los producen; pueden sobrevivir á éstas mucho tiempo y alcanzar, después de ellas, una intensidad mayor aún.

Hasta que al fin de la Edad Media se consolidó el feudalismo completamente, no se empleó el testamento para quitar la propiedad á la familia, ó distribuirla desigualmente según la fantasía ó el buen criterio del testador. Rudo aún el derecho antes de esto, casi no podía el testador disponer de sus bienes con libertad completa. Donde quiera que se podía transmitir los bienes por testamento (como en casi toda Europa sucedía con los muebles), el testador rara vez podía alterar el derecho de la viuda á una porción de sus bienes, y de los hijos á una parte proporcional. La autoridad del derecho romano es sabido que fijó esta proporción. La Iglesia, que jamás ha dejado de proteger la viudez, obtuvo una de sus mayores victorias cuando, á los dos ó tres siglos de estar exigiendo al marido, al casarse, la promesa de dejar á la mujer parte de sus bienes, logró incluir en las costumbres de Europa occidental el derecho de viudedad. Es curioso que la viudedad de bienes inmuebles haya sido más estable que la reserva de bienes muebles establecida análogamente y con anterioridad en favor de la mujer y de los hijos. Algunas *costumbres* locales de Francia conservaron aquel derecho hasta la Revolución, y en Inglaterra hay

vestigios de costumbres parecidas; pero al fin prevaleció la doctrina de la libre disposición de los muebles por testamento, y aunque se siguió respetando los derechos de las viudas, desaparecieron los de los hijos. No vacilamos en atribuir este cambio al derecho de primogenitura. Como el derecho feudal excluía de la herencia de la tierra á todos los hijos en favor de uno, la igualdad en la división de bienes dejó de considerarse como un deber. Los testamentos se hicieron así el medio principal de establecer la igualdad, y entonces empezó á notarse la diferencia de las ideas antiguas y de las modernas sobre testamentos.

Pero, aunque el feudalismo tuvo como resultado accidental esta libertad en disponer por testamento de los bienes, es profundísima la diferencia que hay entre un sistema de libertad testamentaria y otro que, como el derecho feudal relativo á los inmuebles, obligaba á conceder la propiedad á ciertas personas. Los autores de los códigos franceses parece que olvidaron esta verdad: Veían, en la reorganización social que querían destruir, el derecho de primogenitura fundado principalmente en las sustituciones, pero veían al mismo tiempo que los testamentos podían servir para dar al primogénito iguales ventajas que con la sustitución más estricta. Por esto, para asegurar su obra, hicieron imposibles las disposiciones con que se concedía, por capitulaciones matrimoniales, ventajas al primogénito; é hicieron casi desaparecer del derecho la sucesión testamentaria, para que el testamento no se empleara en destruir el principio fundamental de la igual división de los bienes del padre entre los hijos. El resultado fué que establecieron un sistema de pequeñas sustituciones perpetuas, más parecidas al derecho feudal que á la libertad de testar. El derecho territorial de Inglaterra, «el Herculano del feudalismo», se parece sin duda al de la Edad Media más que todos los del continente, y los testamentos nos sirven aún con frecuencia para dar al primogénito y á sus descendientes, sobre la propiedad inmueble, las ventajas que caracterizaban á las antiguas capitulaciones matrimoniales. Pero, á pesar de todo, los sentimientos y la opinión del país han sido afectados profundamente por la libertad de testar, y seguramente las ideas de una gran parte de la sociedad francesa, sobre la conserva-

ción de la propiedad en las familias, se acercan mucho más á las que reinaban en Europa hace dos ó tres siglos, que las opiniones corrientes en Inglaterra.

La mención del derecho de primogenitura nos lleva á uno de los problemas más difíciles de la historia del derecho. Aunque no me he parado á explicar la palabra, se notará que he hablado varias veces de coherederos, equiparándolos en condición al heredero único. De hecho no sabemos de período alguno del derecho romano en que el heredero ó sucesor universal no pudiera ser reemplazado por un grupo de coherederos. Este grupo heredaba como unidad, y la sucesión era después dividida entre todos por un procedimiento especial. En la sucesión abintestato el grupo se componía de los hijos del difunto, á partes iguales de los bienes; y aunque en un tiempo los varones tuvieran preferencias sobre las mujeres, no hay la menor señal de derecho de primogenitura. Lo mismo se distribuían en el más antiguo derecho. Parece indudable que al comenzar la sociedad civil y dejar de ser la familia un cuerpo continuado durante muchas generaciones, la idea que ocurrió fué dividir los bienes por igual entre los miembros de cada generación sucesiva, sin conceder privilegios al primogénito ó tronco de la familia. En sistemas más antiguos que el romano, hallamos claras indicaciones sobre la relación de este fenómeno con las ideas primitivas. Entre los indios, desde que nace un hijo, adquiere derecho á los bienes de su padre, que no pueden ser vendidos sin reconocer esta copropiedad. Cuando el hijo es mayor, puede exigir la división contra la voluntad del padre y aun contra la de sus hermanos. En la división el padre no tiene otra ventaja que la de recibir dos partes. El primitivo derecho de los germanos era igual. El alodio, ó dominio de la familia, pertenecía en común al padre y á los hijos. Sin embargo, parece que no se solía dividirlos ni aun á la muerte del padre; como ocurre también en la India, donde la propiedad se divide de hecho muy rara vez y transcurren muchas generaciones sin división, tendiendo la familia india constantemente á transformarse en municipio, en condiciones que luego explicaré. Todo esto indica claramente que los bienes se dividían con entera igualdad entre los hijos varones, á la muerte del padre, en una época en

que apenas habían empezado á relajarse los lazos de familia. Aquí es donde surge la dificultad histórica del derecho de primogenitura. Cuanto más claro se ve que las instituciones feudales sólo pudieron nacer del derecho romano y de las costumbres germanas primitivas, más nos detiene la consideración de que ni el romano ni el bárbaro concedieran preferencias en la sucesión al primogénito y sus descendientes.

El derecho de primogenitura no existía en las costumbres de los bárbaros cuando se establecieron en el Imperio. Se sabe que nació después de las donaciones de tierra hechas á los jefes de los conquistadores. Estos beneficios, concedidos accidentalmente por los primeros reyes, y por Carlo-Magno dispensados después en gran escala, consistían en tierras provinciales romanas, dadas al beneficiado á condición de servir militarmente. Los propietarios de alodios no debieron de seguir al rey en sus empresas lejanas, y á todas las grandes expediciones de los reyes francos y de Carlo Magno fueron sólo soldados que dependían personalmente de la casa real ó que estaban obligados á ello por la posesión de la tierra. Sin embargo, los beneficios no eran al principio hereditarios, sino poseídos á capricho de quien los daba y, en el caso mejor, vitalicios. Pero los beneficiarios hicieron en seguida esfuerzos considerables para alargar la posesión y dejar á su familia las tierras después de muertos. La debilidad de los sucesores de Carlo-Magno ayudó á estos propósitos y el beneficio se transformó en feudo hereditario. Sin embargo, no pasaba necesariamente al hijo primogénito: se sucedía en él según el acuerdo tomado por el donante y el beneficiario, ó impuesto por uno á la debilidad del otro. De aquí que las primeras posesiones de terrenos variaran mucho de forma, aunque no tan caprichosamente como se dice, puesto que todas presentan alguna combinación de las formas de suceder romanas y germanas. A veces el primogénito y sus herederos sucedían con preferencia á los demás; pero esto, lejos de ser universal, ni debió de hacerse generalmente. Los mismos fenómenos se observan precisamente en la transformación ocurrida después en Europa, cuando la propiedad feudal reemplazó en todas partes á la señorial ó romana y á la alodial ó germana. Los alodios fueron enteramente absorbidos por los feudos. Los mayores

propietarios alodiales se convirtieron en señores feudales, enajenando condicionalmente parte de sus tierras á los hombres sujetos á sus órdenes; y los propietarios pequeños, buscando defensa contra la opresión de aquella terrible época, abandonaban su propiedad á un jefe poderoso, recibéndola otra vez de ellos á condición de servirles en la guerra. La otra gran masa de población de Europa occidental, de condición servil ó semiservil, los esclavos personales de los romanos y de los germanos, los *coloni* y los *lidi*, fueron absorbidos por la organización feudal, quedando algunos como criados del señor y recibiendo tierras los más en condiciones que entonces se creían degradantes. Las formas de posesión creadas en esta época de infundación universal fueron tantas como las condiciones que hubieron de aceptar los vasallos. La sucesión en los feudos, como la de los beneficios, se efectuó pocas veces por derecho de primogenitura. Sin embargo, en cuanto el sistema feudal imperó en Europa occidental, parecieron evidentes las ventajas del derecho de primogenitura sobre las demás formas de sucesión. Entonces se extendió con gran rapidez por doquiera, especialmente por los *family settlements*, los pactos de familia ó capitulaciones matrimoniales en Francia, y los *hausgesetze* en Alemania, que ordenaron que las tierras poseídas á título de servicio militar pasaran al primogénito. Vino, pues, el derecho á consagrar esta práctica inveterada, y al fin en todos los cuerpos de derecho consuetudinario que se formaron poco á poco, el primogénito y sus herederos fueron preferidos en la sucesión de las tierras de feudo-franco sujetas al servicio militar. En cuanto á las tierras poseídas en *roture* (y lo eran al principio todas aquellas en que el poseedor debía una prestación en dinero ó en trabajo), el sistema de sucesión establecido por la costumbre variaba mucho, según las provincias y los pueblos. Lo más general era dividir las por igual entre los hijos á la muerte del padre, aunque en algunos casos había preferencias, bien para el mayor ó bien para el más joven. Donde regía el derecho de primogenitura era en aquellas propiedades, las más importantes en varios sentidos, cuya posesión, como el *socage* inglés, era más reciente y ni del todo franca ni del todo *roturière*.

La difusión del derecho de primogenitura se explica or-

dinariamente por lo que llaman motivos feudales: porque el señor feudal estaba más seguro del servicio militar perteneciendo el feudo á una sola persona, que dividido entre varias por muerte del poseedor. Realmente, esto explica en parte el éxito que adquirió gradualmente el derecho de primogenitura; pero conviene notar que este derecho entró en las costumbres de Europa más por su popularidad entre los poseedores que por las ventajas dadas al señor. Además, ese motivo no explica su origen, porque en derecho no sucede nada por sólo la utilidad, sino que hay siempre ideas anteriores sobre las que obra el sentimiento de utilidad, sin otro poder que el de darles formas nuevas; y esas ideas son las que se necesita hallar.

Encontramos también una indicación útil sobre esto en la India. Aunque allí los bienes del padre son divisibles á su muerte y antes, á iguales partes entre los hijos, y aunque esta igualdad en la distribución se halla en todas las instituciones de los indios, la transmisión de funciones públicas ó poderes políticos, á la muerte del último ocupante, se regula por el derecho de primogenitura. El primogénito hereda el poder real, del mismo modo que los negocios de los municipios (*community villages*, unidad social entre los indios) cuando son confiados á un solo administrador. Todos los cargos tienden á ser hereditarios en la India y, permitiéndolo su naturaleza, se transmiten al hijo mayor de la raza primogénita. Comparando estas sucesiones con algunas organizaciones sociales que han vivido en Europa casi hasta ahora, se puede concluir que, cuando el poder patriarcal es político además de doméstico, no hay división á la muerte del padre, sino que todo pasa al primogénito. El mando de las tribus de la montaña (*highlanders*) se transmitía así.

Parece realmente que hay una forma de dependencia familiar aún más antigua que todas las conocidas por los monumentos primitivos de sociedades organizadas. La unión de los agnados en el antiguo derecho romano y otros muchos datos semejantes hablan de un periodo en que todas las ramas de la misma familia estaban unidas en una sola organización; y no es mucho suponer que cuando la corporación así formada era una sociedad independiente, su dirección co-

rrespondía al primogénito de la rama primogénita. No conocemos ninguna sociedad organizada así; hasta en las comunidades más elementales las organizaciones familiares conocidas son á lo sumo *imperia in imperio*. Pero la situación de algunas, particularmente los *clans* celtas, se acercaba mucho á la independencia en los tiempos históricos, haciendo creer que esas familias fueron antes Estados separados y que el derecho de primogenitura regulaba la sucesión del jefe. Sin embargo, debemos precavernos contra las asociaciones de ideas modernas en el lenguaje jurídico. Se trata de una unión familiar más estrecha que todas las del derecho indio y el romano. Si el *pater-familias* romano era visiblemente el administrador de los bienes de la familia, si el padre indio es sólo un copropietario con sus hijos, con más razón el verdadero patriarca no debía de ser más que un administrador del capital común.

Los ejemplos de sucesión por primogenitura hallados en la historia de los beneficios son, por lo tanto, imitación de un régimen de familia conocido, aunque no generalmente usado, por las razas conquistadoras. O bien existía aún en las tribus más atrasadas el derecho de primogenitura, ó bien, como es más probable, la sociedad estaba aún tan ligada á su condición primitiva, que aquel derecho se ofrecía espontáneamente al espíritu de muchos al tratarse de la sucesión en alguna forma nueva de propiedad. Resta una cuestión: ¿por qué este sistema de sucesión sustituyó á todos los demás? A mi juicio, durante la disolución del imperio carlovingio la sociedad europea retrocedió un grado ó dos más allá de como fué en las primeras monarquías bárbaras. El principal carácter de este periodo fué la debilidad ó más bien la falta de autoridad real y civil; y entonces, á falta de otra cosa, se volvió á una organización más antigua que el principio de las sociedades civiles. En los siglos IX y X, el señor y sus vasallos pueden ser considerados como una tribu patriarcal reclutada, no por adopción como antiguamente, sino por infeudación; y para tal confederación, la sucesión por primogenitura era fuente de fortaleza y duración. Reunida en una sola mano la tierra en que descansaba la organización social, el grupo era poderoso para la defensa: dividirla era dividir la pequeña so-

ciudad y provocar voluntariamente las agresiones naturales de la época. Puede asegurarse que aquella preferencia por el derecho de primogenitura no suponía idea alguna de favorecer á un hijo con perjuicio de los otros. La división del feudo perjudicaba á todos: su consolidación á todos beneficiaba. La familia se fortalecía por la concentración del poder en las mismas manos; y no parece que el señor heredero llevara á sus hermanos y parientes ventaja alguna en funciones, intereses ni derechos. Sería gran anacronismo comparar los privilegios del heredero de un feudo con la situación que al primogénito concede un acto de establecimiento (*settlement*) inglés.

Yo he dicho que considero las confederaciones feudales descendientes de una forma primitiva de la familia y muy semejantes á ella. Pero en el mundo antiguo y en las sociedades no afectadas por el feudalismo, el derecho de primogenitura jamás se ha parecido al de Europa en fin del período feudal. Cuando un grupo de parientes dejaba de ser regido por un jefe hereditario, el dominio, que correspondía á todos, era dividido entre todos por igual. ¿Por qué no sucedió esto en el feudalismo? Si, durante la confusión del primer período feudal, el primogénito poseía la tierra en favor de la familia, ¿cómo al consolidarse el feudalismo y establecerse una sociedad regular no se dió á la familia, como entre los romanos y germanos, la capacidad de heredar por iguales partes? Pocas veces han dado con la clave de esta dificultad los escritores que han expuesto la genealogía del feudalismo: ven los materiales de que éste se componía, pero no los cimientos. Las ideas y las formas sociales que sirvieron de base al sistema eran indudablemente bárbaras y primitivas; pero en cuanto los tribunales y los jurisconsultos hubieron de interpretarlas y definir las, sus principios fueron los del derecho romano de los últimos tiempos, muy refinados y maduros. En la sociedad patriarcal el hijo primogénito sucedía en el gobierno del grupo de los agnados con derecho á disponer de la propiedad común; pero no por eso era propietario. Había deberes correlativos, indefinidos é indefinibles que no entraban en la idea de propiedad. Pero en el derecho romano de los últimos tiempos como en el nuestro, el derecho de propiedad era un poder absoluto

de disponer de los bienes, sin tener en cuenta obligaciones cuya idea correspondía á un período anterior. Del contacto de la idea refinada y de la bárbara nació el convertirse al primogénito en propietario legítimo de la herencia. Los juristas clericales y seculares lo definieron así desde el principio, y sólo por grados insensibles el hijo menor, partícipe de los peligros y goces del primogénito, llegó á convertirse en sacerdote, soldado distinguido ó parásito del castillo. La revolución legal que ocurrió entonces fué la misma que hemos visto recientemente en la mayor parte de las montañas de Escocia. Cuando los jurisconsultos escoceses hubieron de definir los derechos del jefe sobre los dominios del clan, había pasado ya la época de apreciar vagas limitaciones de la propiedad en favor de los miembros del clan, é inevitablemente se convirtió el patrimonio de muchos en dominio de uno solo.

Para mayor sencillez, he llamado primogenitura al orden de sucesión en que pasa á un solo hijo ó descendiente la autoridad sobre una familia ó una sociedad. Sin embargo, en los pocos ejemplos antiguos que tenemos de esta sucesión, no heredaba el primogénito, en el sentido que hoy damos á esta palabra. La forma de primogenitura que hubo en Europa occidental sigue aún en la India, y es de creer que fuera la normal. Y bajo este régimen, no sólo hereda el primogénito, sino toda la rama primogénita. Si aquél muere, su primogénito sucede, no sólo antes de sus hermanos, sino también de sus tíos; y si muere éste también, se sigue igual regla para la generación siguiente. Pero, para la sucesión que á más del poder civil abarque poder político, existe una dificultad, más ó menos grande según el grado de cohesión de la sociedad. El jefe que ejerce últimamente la autoridad puede sobrevivir á su primogénito, y el hijo pequeño que tiene derecho á suceder puede ser muy joven é incapaz para la dirección efectiva de la comunidad y la administración de sus negocios. En este caso, el procedimiento de las sociedades mejor constituidas, es poner al heredero en tutela hasta que adquiere la edad ó capacidad. La tutela se ejerce generalmente por los parientes varones; pero este es uno de los casos raros en que las antiguas sociedades permitían ejercer el poder á las mujeres, sin duda por el respeto que inspira-

ba el título de madre. En la India, la viuda del príncipe gobierna á nombre de su hijo, y recordamos que en Francia la forma de sucesión en el trono, por costumbre muy antigua, cualquiera que sea su origen, daba la regencia á la reina madre con preferencia á todos los parientes, y al mismo tiempo las excluía del trono. Hay otro modo de obviar los inconvenientes que resultan de la transmisión de la soberanía á un menor, que seguramente se ocurriría espontáneamente á las sociedades toscamente organizadas: el de dejar de lado al menor y conferir el mando al varón primogénito de la generación anterior.

Los *clans* celtas, entre los numerosos fenómenos que conservaron de cuando la sociedad civil y política apenas estaban separadas, tenían aún en tiempos históricos esta regla de sucesión. Parece fué principio positivo entre ellos que, á falta del primogénito, el hermano siguiente sucedía con preferencia á todos los demás, cualquiera que fuese su edad al vacar la soberanía. Algunos escritores han explicado esto pensando que, en las costumbres celtas, el último jefe era una especie de raíz ó tronco y se daba la sucesión al descendiente más próximo. El abuelo era preferido al hijo pequeño por ser más próximo á la raíz común. Nada ocurre contra esto presentado como descripción de un sistema de suceder, pero sería craso error pensar que esa regla se adoptara por razonamientos que datan de la época en que las costumbres feudales de sucesiones comenzaban á ser discutidas por los legistas. El verdadero origen de la preferencia concedida al abuelo era solamente el cálculo, por parte de hombres groseros en una sociedad grosera, de que vale más un jefe de edad madura que un niño, y que el hijo pequeño tiene más probabilidades de llegar á la edad madura que los descendientes del primogénito. Hay además otras pruebas de que la forma de primogenitura que conocemos mejor es primitiva. Ejemplo: la tradición de que se pedía el consentimiento al *clan* cuando se prescindía del hijo en favor del abuelo. Existe de un modo auténtico esta ceremonia en los anales de los Mac Donald de Escocia; y las antigüedades célticas de Irlanda, recientemente interpretadas, dícese que ofrecen muchos rasgos de usos semejantes. La sustitución electiva de un agnado «más digno» á otro más

viejo, no es desconocida tampoco en el derecho de las municipalidades indias.

En el derecho musulmán, según costumbre quizá árabe, los bienes se dividen igualmente entre los hijos, dando á las hijas media parte; pero, si uno muere antes de la división y deja descendientes, éstos son excluidos de la sucesión por sus tíos y tías. Según este principio, la sucesión en una autoridad política, se efectúa por las formas de primogenitura de las sociedades celtas. En las dos grandes familias musulmanas de Occidente, la regla en heredar el trono el tío con preferencia al sobrino, aunque éste sea hijo de un primogénito; pero, no obstante haberse aplicado esta regla en Egipto y en Turquía recientemente, se me asegura que siempre ha habido dudas sobre su validez para la sucesión en el trono de Turquía. La política de los sultanes ha impedido generalmente aplicarla; y quizá la costumbre de asesinar á los hermanos pequeños se haya debido al interés de sus hijos tanto como al deseo de separar del trono rivales peligrosos. Es evidente que, en sociedades polígamas, la forma de la primogenitura sufre constantes variaciones; puede haber muchos títulos para la sucesión, el de madre, por ejemplo, ó el cariño que el padre le tuviera. También algunos reyes musulmanes de la India, sin pretender especial derecho de testar, reclaman el de nombrar el hijo que debe heredarles. La bendición de Isaac y su hijo referida en la Biblia, se cita á veces como testamento; pero más bien parece un modo de designar el primogénito.