

la fecha del fallecimiento, según que haya tenido lugar antes ó después de 1.º de Mayo de 1889, en que empezó á regir el Código, determinando que en el primer caso se aplicará la legislación anterior; y en el segundo, aunque el fallecido después de dicha fecha hubiere otorgado antes de ella testamento, y lo mismo si muriera *abintestato*, su herencia «se adjudicará y repartirá con arreglo al Código, pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias» en términos de respetar las legítimas, mejoras y legados, aunque reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar á cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código; *criterio de transición*, que ha de aplicarse, según se expresa en los lugares correspondientes, á cada uno de aquellos supuestos.

## § 2.º

### Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.

38. ENUMERACIÓN DE LAS APLICABLES Á LAS MATERIAS DE ESTE CAPÍTULO.—Son dichas *fuentes*:

*Única*. Los artículos del Código civil, insertos y explicados en el art. II de este Capítulo y todos los demás concordantes de aquél, que confirmen ó faciliten su aplicación, según la *materia* especial de que se trate en cada caso.

## CAPÍTULO II

### SUMARIO: De las ESPECIES ó variedades de la «SUCESIÓN MORTIS CAUSA».

#### Art. I. DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil, acerca de las ESPECIES ó variedades de la sucesión MORTIS CAUSA*.—1. Razón de plan.—2. Su enumeración.—A. La *sucesión testada*.—3. La facultad de testar: teorías de impugnación y de defensa y variados fundamentos de las mismas.—4. La inmortalidad del alma, como fundamento del derecho de testar.—5. El derecho de propiedad y el de personalidad del testador.—6. La previsión de la ley de que los más próximos al testador, al tiempo de su muerte, se posesionarian, por *ocupación*, de la herencia vacante, como cosa *nullius*.—7. Doctrina liberal armónica y tendencia á combinar la base individualista con la intervención social del Estado.—8. Las doctrinas socialistas puras.—9. El criterio *fisiológico* de D'Aguanno.—10. Escuelas histórica y económica.—11. Escritores juristas españoles.—12. La facultad de testar, como corolario del orden familiar y aun del social.—13. Esta facultad considerada dentro del Derecho público, y no del privado, como una delegación del Poder del Estado.—14. Síntesis de los fundamentos de impugnación contra la tesis de que la facultad de testar sea de Derecho natural: 1.º Que la sucesión testada no ha sido reconocida en las leyes de todos los pueblos y tiempos. 2.º Que la voluntad humana no puede traspasar, con eficacia, los límites de la vida. 3.º Que el derecho de propiedad fenece para el propietario con su muerte, y mal puede transmitir éste lo que no tiene. 4.º Que por Derecho natural no se debe nada, por título de herencia, á otro, ni debe confundirse con la prestación de alimentos. 5.º Que á la ley sólo toca regir la distribución de bienes á la muerte del propietario, para que, como *nullius*, no pasen al primer ocupante. 6.º Que de ser la sucesión testada un producto exclusivo de la ley positiva, debe considerarse el derecho de testar como una delegación del Estado.—15. Refutación del primero de dichos fundamentos de impugnación.—16. Idem del segundo. 17. Idem del tercero.—18. Idem del cuarto.—19. Idem del quinto.—20. Idem del sexto.—21. La facultad de testar es de Derecho natural, como derivación del derecho de propiedad y del de la personalidad.—22. Resumen de la doctrina.—B. La *sucesión intestada*.—23. Su definición: teorías que la explican y su crítica.—24. Su fundamento.—C. La *sucesión mixta*.—25. Su concepto.—D. La *sucesión mortis causa*, por *prescripción*.—26. Su aplicación á la *sucesión mortis causa*.—E. La *sucesión contractual*.—27. Referencia á otro lugar.—28. Dudas ofrecidas por esta denominación.—29. Su concepto: paralelo diferencial, por razón de los *elementos* del contrato y del testamento, de su *perfección* respectiva y del *fundamento* de su eficacia jurídica, por su *contenido* y *aplicaciones normales* (principales Códigos extranjeros acerca de este punto).—30 y 31. Precedentes romanos y patrios.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil*.—32. Sucesión testada.—33. Sucesión intestada.—34. Sucesión contractual.—35. La *sucesión mortis causa*, por *prescripción*.

## Art. II. CÓDIGO CIVIL.

- § 1.º *Texto*.—36. Especies de sucesión *mortis causa*.—37. Criterio de transición.  
 § 2.º *Jurisprudencia según el Código civil*.—38. Sucesión intestada.—39. Sucesión contractual.  
 § 3.º *Explicación*.—40. Especies de sucesión *mortis causa* expresamente admitidas en el Código, de modo general, por el art. 658, testada, intestada ó legítima y mixta.—41. Sus concordancias.—42. Una nueva especie; la *sucesión contractual*, resultado de otras disposiciones del Código; su mención y explicación: discordancias que, con los arts. 658 y 1.271, párrafo 2.º, y 1.056, ofrecen los arts. 177, 825, 827, 831, 1.057, 1.315, 1.671, 1.672, 1.674, 1.331, 1.333, 620 y 621, 609, 635, 1.036 y 1.531.—43. Doctrina legal resultante de la combinación de estos textos, en punto á la sucesión contractual.—44. Conclusión.

## Art. III. RÉGIMEN VIGENTE.

- § 1.º *Criterio de transición*.—45. Reglas de Derecho.  
 § 2.º *Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común*.—46. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.

## ART. I

## DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

## § 1.º

## Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de las ESPECIES ó variedades de la sucesión «mortis causa».

1. Determinado en el capítulo anterior el concepto jurídico y legal, según los *principios* y las *leyes civiles de España*, de la *sucesión mortis causa*, corresponde á este lugar hacerse cargo de las *especies*, variedades ó *formas*, mediante las cuales puede aquélla realizarse.

Por virtud de dicha sucesión tiene lugar el *derecho hereditario*, cualquiera que sea la consideración que de *real* se le reconozca, con los caracteres de los de su clase, según tenemos explicado (1), ó de uno de los *modos de adquirir*, como le califica el art. 409 del Código civil (2), y en tal sentido, suenan en el leguaje jurídico, como sinónimas, las palabras *especies*, variedades ó *formas* de la sucesión *mortis causa* y la de *modo de constituir* el *derecho hereditario*.

2. De todas suertes, ya en la consideración de *especies* de la sucesión *mortis causa*, ya en la de *modo de constituirse* el derecho hereditario, son aquellas *cinco*: la sucesión *testada*, que se realiza por el testamento; la *intestada*, que tiene lugar por el *abintestato*; la *mixta*, ó compuesta de las dos anteriores, aplicadas á la sucesión de una sola persona; la

(1) Núms. 8 y 10, cap. 1.º, t. III, 2.ª edic.

(2) Explicado en los núms. 62, cap. 10.º y 31, cap. 15.º, t. III, 2.ª edic.

*complementaria*, de *indole civil* y *común*, que se consuma mediante la *prescripción*; y la *contractual*. Investiguemos en la esfera de los *principios* acerca de cada una de ellas.

## A. LA SUCESIÓN TESTADA.

3. En orden á la *sucesión testada*, es el primer problema á resolver el de la determinación del fundamento de la *facultad* ó *derecho de testar*; y con este motivo procede hacerse cargo de las impugnaciones ó de las justificaciones, que contra la misma ó en su apoyo se aducen.

4. Según Leibnitz, «los testamentos no tendrían ningún valor, si el alma no fuera inmortal»; mediante cuya idea y ficción de la subsistencia de la personalidad espiritual después de la muerte, se hace del testamento una entidad jurídica, considerándole como la expresión de una voluntad verdadera de aquel individuo muerto, de una voluntad de ultratumba.

Contra esto se observa (1) que este fundamento no es compatible con todas las creencias, y que es, además, extraño á toda razón jurídica la mera hipótesis filosófica, siquiera prestigiosa y generalizada en el pensamiento humano, de la inmortalidad del alma, que aun no contradicha, no serviría á dar fuerza al testamento, porque la muerte rompe los lazos del alma con el cuerpo, y aquélla abandona todo pensamiento y dirección hacia los fines terrenos y se eleva á otros más grandes y puramente espirituales. Antes, por el contrario, arguye Mentha, mientras se conserva por un propietario en vida el pleno imperio sobre sus bienes, ninguno quiere que se cumpla su voluntad testamentaria, decretada ó proyectada para después de su muerte, y todos lo aplazan para cuando ésta se ha realizado, es decir, cuando dicha voluntad y los bienes á que se refiere no pertenecen ni al alma inmortal ni al cadáver, que, por tanto, no puede tener tal voluntad; añadiendo, que aun los partidarios del *derecho de testar*, le consideran como otra cosa diferente que el normal ejercicio del derecho de propiedad y hacen de él un derecho especial distinto, en el cual la propiedad, si bien puede ser una *condición*, no es en manera alguna la *causa*.

5. Partidarios de la escuela que explica el fundamento de la facultad de testar por el derecho de propiedad y de la personalidad del testador, y, por consiguiente, hace descansar la sucesión testamentaria en la libre y expresa voluntad de aquél, y la intestada en su voluntad presunta, suplida por la ley, según unos ú otros motivos racionales, son Puffendorf (2), Hugo Grocio (3), Wolf (4) y Barbeyrac (5)

(1) Por F. H. Mentha, en la conferencia sobre el derecho de testar, dada en la Academia de Neufchatel el 2 de Diciembre de 1890.

(2) *De iure natura et gentium*, II, 344, y XIV, 10-5.

(3) *De iure belli et pacis*, lib. II, 6-13.

(4) *Ius naturae*, vol. III., *iur gentium*. Halle, 1792.

(5) Notas á la versión francesa de la obra de Grocio, *De iure belli et pacis*.

6. Por influencia del criterio radical individualista se quebranta la doctrina que deriva la facultad de testar del derecho de propiedad, bajo la idea de que la muerte extingue todos los derechos del hombre, ó que la voluntad del propietario fenece con la muerte de éste, en cuya tendencia parecen comulgar Kant (1), Fichte (2), Gros, Krug (3), Haus (4), Droste-Hulshoff y Rotteck, según afirman Ahrens y Prisco, y que la herencia, como vacante, queda reducida á la condición de cosa *nullius*, y para evitar la violencia de esta hipótesis suponen que la ley presume que se posesionan de esos bienes hereditarios, instantáneamente reputados como *nullius*, las personas ó parientes más próximos del causante, en el momento de la muerte (5).

7. Marcan otro aspecto en esta idea los que son partidarios, como Cimbali (6) y otros (7), de una doctrina liberal armónica, aunque de fondo todavía individualista, combinado con alguna inclinación en dirección á la tendencia del socialismo de Estado, en beneficio de las clases necesitadas, y cierto criterio de intervención de aquél para las aplicaciones sucesorias, sin desconocer por ello el régimen imperante de la propiedad individual.

Téngase presente para la significación de esta teoría en cuanto explica el *derecho de testar* derivándole del derecho de propiedad, que esto es exacto, pero que dicho derecho no constituye en esta doctrina más que un fundamento parcial y no total de aquélla, y que se integra ese fundamento con otros factores de un orden social y familiar en que vive el que testa.

8. Es sabido que las escuelas socialistas puras, rechazan la idea de sucesión *mortis causa*, por contraria á las doctrinas que profesan sobre la propiedad.

9. Para la escuela biológica, según D'Aguanno, la sucesión responde

(1) *Principes metaphisiques du Droit*.

(2) *Ceuvres complètes*. Berlín, 1845-1847.

(3) *Aphorismes pour servir á la philosophie du Droit*.

(4) *Elementa doctrina iuris philosophica sive iuris naturalis*.

(5) D'Aguanno, entiende que coinciden con este sentido algunas primeras figuras políticas y filosóficas de final del siglo XVIII, como son, Rousseau, Mably, Mirabeau, Robespierre, Gilbert des Voisines y Trouchet, opuestos á la facultad de testar, porque después de muerta una persona no quede su voluntad fuera del sepulcro, que sólo encierra su cadáver, y que apenas toleran un testamento hecho por ministerio de la ley; admitiendo, sin embargo, la Convención francesa, que el padre pueda hacer legados á los herederos en línea recta, así como prohibió instituir herederos ó legatarios á los colaterales, aunque se permitió al propietario ordenar algunas disposiciones á título singular.—Decreto de 7 de Marzo de 1793 y 17 *nevoso*, año II.

(6) *La nuova fase del diritto civile*, núms. 158, 159 y 160.

(7) Bluntschli, *Privatrech*, 1849; Broter, *Riforma del diritto successorio*, 1848; Muzinger, *Studie uber Erbsrech*, 1874; Umpfenbach, *Volkserbe*, 1874.

á un capital fundamento *fisiológico*, con un verdadero criterio de exageración, según lo revelan los propios términos de sus afirmaciones (1); pues es innegable que lo llamado por ellos *vínculos de la sangre*, constituye natural fundamento de presunción en favor de la sucesión patrimonial de los descendientes respecto de los ascendientes, ó viceversa, por una razón de reciprocidad elemental, y aun en favor de otros parientes, á falta de aquéllos; también lo es que los hijos y descendientes heredan de sus padres muchas condiciones y cualidades fisiológicas y psicológicas y aun patológicas, deduciéndose, por lógica y equidad, que también sucedan en las económicas ó patrimoniales; pero esto dista mucho de constituir la totalidad de un *sistema* que justifique la institución de la *sucesión forzosa*, ó al menos de las *legítimas* y podría ser, á lo sumo, causa de explicación para la sucesión directa á favor de la línea descendente, pero no para ninguna de otras aplicaciones sucesorias dentro del *orden familiar*, en una consideración más lata.

10. Para la escuela histórica y para la antigua escuela económica, la facultad de testar es una derivación del derecho de propiedad y de la voluntad expresa del propietario, testador, así como la sucesión legítima lo es de la voluntad presunta del sucedido (2).

11. La tendencia más generalizada entre los escritores del Derecho patrio, ha sido considerar el de sucesión *mortis causa* y el de testar, unos, como un corolario del de propiedad, y otros, de éste y del de familia, regulado en parte por la voluntad expresa ó presunta del propietario, en lo que á la propiedad se refiere, y en otra parte por la expectativa de los deberes familiares, que buscan la satisfacción ulterior en fórmulas sucesorias de carácter obligatorio, como las legítimas, los legados de alimentos, el usufructo viudal, etc. (3).

12. Menos absoluta que la doctrina que deriva el derecho de testar, y, en general, el fenómeno jurídico de la sucesión por causa de muerte, de

(1) *Génesis y evolución del Derecho civil*. Trad. de Dorado Montero.

(2) Stuart Mill: *Principios de Economía Política*. Biblioteca de *El Economista*, volumen XII, pág. 599 y sigts.—Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*, traducción española, t. I, pág. 253 y sigts.

(3) Laserna y Montalbán, *Elementos de Derecho civil y penal*, t. II, págs. 6 y 103.—Azcarate, *Notas á la Enciclopedia jurídica de Ahrens*, t. III, pág. 275, implícitamente reconoce que «la facultad de testar es una derivación del derecho de propiedad, al declarar que tiene el mismo fundamento que la disposición por actos *inter vivos*, y que en principio debe ser antes la sucesión testamentaria que la legítima ó *abintestato*».—Viso, *Derecho civil, mercantil y penal*, t. I, págs. 289 y 434.—Giner de los Ríos, *Resumen de Filosofía del Derecho*, págs. 298 y 299, es el que más categóricamente establece esta doctrina de la identidad de fundamento entre la facultad de disponer *inter vivos* ó *mortis causa*, asegurando que «la llamada libertad de testar con aplicación á nuestros bienes de fortuna, es parte esencial de los derechos del propietario», y que «en defecto de justa sucesión testamentaria, nunca en otro supuesto, tiene lugar la herencia legítima».

la mera voluntad del *de cuius* y de su derecho de propiedad, es la que considera esta materia como un corolario producto de esta causa y del *orden familiar* (1), y aun en sentido más lato, del propio *orden social*, de la convivencia humana, no en la ilimitada esfera de la humanidad, ni aun en la más reducida del Estado, la Región ó el Municipio, sino como un resultado lógico de todos aquellos contactos sociales más reiterados y necesarios en la vida humana, y, por tanto, en primer término del *orden familiar*, propiamente tal, ó sea de las relaciones conyugales y paternofiliales, bajo la idea de una comunidad económica ó de bienes, especie de *copropiedad* virtual y presunta, engendrada por la comunidad de afectos y de intereses familiares, y estimulada por la comunidad—*convivencia*—física y moral, que habitualmente mantienen sus individuos.

Obsérvese, no obstante, que la vida común no tiene esta realidad en la acepción más lata de la palabra *familia*, limitada á la existencia de relaciones de parentesco, en grado más ó menos próximo, con otros ascendientes ó descendientes que no sean los padres y los hijos, ni con los colaterales hasta grado más ó menos remoto; y, sin embargo, el fenómeno sucesorio subsiste también respecto de estas aplicaciones, especialmente en la sucesión intestada y por motivos de voluntad presunta del sucedido, á título de los afectos que se le suponen respecto de su parentela, sin que pueda afirmarse la nota de la *convivencia*, que generalmente no existe entre esta clase de parientes, ni por la falta de ella, cabe hablar de esa *copropiedad* virtual, á que antes nos referíamos, así como de otras en las que tampoco aparece la noción de la convivencia ni de la fingida *copropiedad* familiar, como ocurre con los derechos sucesorios de cierta prole, producto del delito, por virtud de la sanción penal, ó de otra nacida en circunstancias especiales, que aleja toda idea de convivencia actual, pero sí anterior, como el resultado del principio de la *postumidad*.

De todo esto se deduce, que tampoco la noción del *orden familiar* es, *por sí sola*, bastante ni único elemento para fundamentar el derecho sucesorio, si bien hay que reconocer en éste un *complemento natural* de aquél.

13. El aspecto más radical, en la doctrina de los que niegan el derecho de testar y su derivación del Derecho natural, consiste en colocar esta institución jurídica fuera del sistema del Derecho privado y dentro del Derecho público.

«Sólo el Estado, dicen, puede reinar sobre lo que queda vacante por la muerte del dueño. Nada más que el Estado, que es el depositario de ese poder soberano, puede *delegar* en el individuo, con la esperanza

(1) Son defensores de esta doctrina, Rosmini, Filomusi Guelfi, Domat, Cimbali y Ahrens, *Derecho natural*, pág. 502, trad. española.

de que ejercerá más útilmente que el propio Estado esa facultad de disponer la aplicación de los bienes para después de su muerte, y esta *delegación* hace del testador, añaden, un verdadero *monarca* y le da una consideración suprema que no tendría en su mera autonomía individual, civil y privada. El testador no dispone en su propio nombre, sino en virtud de un poder público que le está conferido, siendo el Estado sólo el que le permite dirigirse de manera tan eficaz á la posteridad, constituyendo con ello una *función social* que realiza y nunca un *derecho personal* que ejerza; porque el Estado es un soberano que no muere nunca y que bajo el supuesto de aquella *delegación* en favor del individuo, reconoce como propia obra las determinaciones de la voluntad del testador. He ahí el verdadero testamento, admirable confianza, supremo y magnífico homenaje del Estado al individuo, democrática realeza, que permite al moribundo la ejecución de una voluntad que ha hecho inmortal, al elevarse por encima de su misma finitud, en virtud de la delegación que el Estado le otorga.»

«La ley, dicen, y siempre la ley, altiva y fría, sorda á los gritos del dolor, indiferente á las lágrimas, dueña imperiosa y dura, una vez en la vida, con un signo que se le hace por el simple particular, se la ve dejar de repente su trono inaccesible, desciende por nuestros caminos polvorientos, nadie la detiene, nada la retarda; ya con sus pies sagrados ha franqueado vuestro umbral, y reconociendo en el testador algo de más augusto que ella, pone su cetro en vuestra mano.

»Esto significa que el Estado confiere al testador, en lo que concierne á sus bienes, para el momento de su muerte, el ejercicio del *poder legislativo*, y hace que el testamento sea una *ley*; ni más ni menos; realizándose un acto de la soberanía del Estado mismo, pero delegado en el individuo, para que sea su órgano, de tal manera, «que el testador puede decir al testar»: «El Estado soy yo», y en ese momento el testador hace el oficio de ley; porque el Estado consiente en identificar con la voluntad del testador, que va á desaparecer del mundo, su propia voluntad, que la muerte no anulará así; de manera que el testamento, que sería demasiado pesado para sostenerse sobre la frágil arena del Derecho privado, extiende sus raíces profundas en el Derecho público y se levanta lleno de savia sobre esta base paternal» (1).

Tal era, en comprobación, el carácter del testamento entre los romanos, que han sido los inventores. Se le ve, en su forma primitiva, como una ley propuesta por el testador y votada en la asamblea del pueblo; se le ve en las ceremonias simbólicas de las cuales aparece rodeada su confección, aun después de reducirse sus solemnidades, y se confirma

(1) Mentha, op. cit., págs. 13 y 14.

todo esto con aquella observación de Papiniano, de que el testamento pertenece al Derecho público y no al Derecho privado; fundándose esta consideración en la idea de que *testar* era entre los romanos un honor, y morir *intestado* un deshonor; siendo curioso observar que, á pesar de la exaltación que la propiedad tuvo entre los romanos, no hicieron derivar de ella el derecho de testar, y reconocieron que esta facultad dependía del Derecho público.

14. Son argumentos aducidos en contra de que el derecho de testar sea de Derecho natural y sí, por el contrario, originado en la ley civil, los siguientes: 1.º, que la sucesión testada no ha sido reconocida en las leyes de todos los pueblos, en las distintas épocas de su historia; 2.º, que la voluntad del testador, como fundamento de la misma, no puede determinarse con eficacia, traspasando los límites de su propia vida; 3.º, que, aun limitando la sucesión testada al sentido de una aplicación puramente patrimonial del derecho de propiedad del testador y consiguiente facultad de disponer de sus bienes, como la sucesión no se causa sino por virtud de la muerte del testador, con ella fenece, respecto de él, como propietario, el derecho de propiedad que le correspondía, que mal podrá entonces transmitirse al heredero, cuando existe tal derecho, por la muerte de su sujeto activo; 4.º, que no es exacto que, por Derecho natural, se deba en todo ó en parte, la herencia de una persona á otras determinadas, no sancionando aquél otra obligación jurídica que la de la prestación de alimentos en favor de algunos; 5.º, que, en su virtud, en la transmisión de bienes por herencia, compete forzosamente á la ley civil establecer el régimen de su distribución, para que los bienes de la misma no entren en la condición de *nullius* y sean apropiados por el primer ocupante, siendo preferible dividirlos entre aquellos elementos de la familia más próximos al testador, considerando á la herencia como *cosa común*, perteneciente á la misma; y 6.º, que dentro de la consideración de reputar la sucesión testada producto exclusivo de la ley positiva, no es, sin embargo, una institución de carácter privado ó civil que sea más ó menos indiferente que la ley la reglamente ó no, de una ú otra manera, sino que debe considerarse el régimen legal que á dicha sucesión se refiere como una *delegación* que el Estado hace en el testador, el cual, al disponer de sus bienes en el testamento, se subroga en la soberanía política de aquél, ejerciendo á su nombre una función social de marcado interés público, en cuanto es complemento necesario de la propiedad y de la familia, producto de la convivencia social y medio hábil de favorecer el cumplimiento del destino humano, considerado individual y socialmente.

Examinemos separadamente cada uno de estos aspectos del problema:

15. *Primero*. Invocar tan sólo el testimonio de la Historia, no es equivalente á juzgar de todos los términos de un problema, de modo

comprendido y fundamental, y menos, cuando de instituciones jurídicas se trata. En otro lugar (1), fijando el concepto del Derecho positivo, hemos dicho que éste es de la misma naturaleza que la ciencia positiva, que el arte positivo, que la moral y la religión positivas, y que ninguno de estos órdenes de hechos son la ciencia misma ni la propia Moral, Religión ni Derecho; porque, aun cuando cada una de estas entidades se ofrezcan como modos de ser del espíritu humano, siempre resultará que éste, por su libertad, no expresa fielmente, en todo caso, su esencia en sus fenómenos, y sólo así se explica lo que allí afirmamos, al decir: «¡cuántas veces los conocimientos humanos fueron errores, las costumbres crímenes, los cultos supersticiones y las leyes tremendas iniquidades!» Afirmar, por tanto, que el derecho de testar no es el Derecho natural, porque no en todos los pueblos ni en todas las épocas ha sido reconocido, es proclamar un criterio que sancionaría cuantas ilegalidades é injusticias registra la Historia y equivale á decir que las instituciones reprobadas, conocidas hasta hoy estuvieron ó están dentro del Derecho natural, porque los pueblos las han practicado: es aprobar, por ejemplo, la esclavitud, el derecho de primogenitura, el tormento, las vinculaciones y otras á cual más absurdas y vituperables concepciones jurídicas del Derecho positivo.

El hecho nada prueba contra el derecho, siquiera sea un elemento preciso de su información histórica y de su crítica, y, por consiguiente, cualquiera que fuese el número de los pueblos primitivos ó de civilizaciones, más ó menos incompletas, en que no se haya ofrecido ese fundamento ó causa del derecho de sucesión testada, que es la facultad de testar, no es motivo suficiente para afirmar, por ello, que dicha facultad tenga su fundamento, solamente, en el Derecho positivo de las leyes escritas; toda vez que es sabido, que no todo el Derecho natural se traduce en Derecho social ó histórico en una época y en un pueblo determinados; antes, por el contrario, obsérvase en esto gran variedad, y si hubiera de decidirse la cuestión por motivos históricos, éstos no favorecerían la solución de derivar la facultad de testar de la exclusiva fuente del Derecho positivo, porque si es cierto que algunos pueblos y edades no admitieron en sus leyes el derecho de testar, la mayoría lo consagraron en ellas y lo conservan.

De los primeros, entre los pueblos antiguos pueden citarse: la India (2),

(1) Núm. 5, cap. 2.º, t. I, 2.ª edic.

(2) Según el Código de Manú, á la muerte del padre y de la madre, los hermanos dividían por partes iguales entre sí los bienes de aquéllos.—Gustave Boissonade, *Histoire de la reserve héréditaire et de son influence morale et économique*.—Paris, 1873, pág. 28; obra premiada por el Instituto de Francia.

Á tal propósito este autor dice: «Que si algunos objetan que ese derecho no es universal, puesto que los atenienses no conocieron el testamento antes de Solón, ni los germanos con anterioridad al poder de la Iglesia, les responderemos con Troplong: «El Derecho natural no es siempre el primero que se desenvuelve en el escenario del

los hebreos (1), los antiguos germanos (2), y la Gallia antigua (3).

Las leyes Decenvirales otorgaban á los romanos la más amplia facultad de testar, que consideraban como una prerrogativa de extraordinaria importancia, propia de la ciudadanía romana y derivada de su constitución política. Las leyes de Solón, en Grecia, no llegaron á tanto, y sólo reconocieron á los atenienses el derecho de disponer de sus bienes por testamento, cuando no tuvieran hijos. Aunque los pueblos bárbaros no conocieron los testamentos (4), como era natural dada su condición nómada y errante, según atestigua Tácito, la transformación, resultado de su conquista y su establecimiento definitivo en diversos territorios, hizo aparecer en las legislaciones influidas por el Derecho romano y canónico, la consagración del derecho de testar, y hasta el pueblo mahometano también llega á admitirlo.

En suma, todas las legislaciones de los pueblos de Europa y América (5), con criterio más ó menos limitado, sancionan la facultad de testar, siendo de notar que ha resistido esta institución jurídica el poderoso influjo [demoledor que contra ella ejerció la Convención francesa y el esfuerzo de impugnadores decididos como Mably, Robespierre y Mirabeau, que mantienen la doctrina de que después de la muerte del hombre no puede tener efecto su voluntad, admitiendo, aunque á título de excepción, que el padre pudiera dejar sus bienes á los sucesores en línea recta, limitando la prohibición al nombramiento de herederos entre los colaterales, aunque permitiendo al propietario ó testador disponer de sus bienes á título singular.

No es, pues, aventurado, bajo esta consideración puramente histórica y positiva, concluir afirmando que, si el derecho de testar ha encontrado amparo en las legislaciones, por regla que pudiéramos calificar de casi *universal*, no obstante la tradición opuesta de algunas de ellas, cabe

---

»mundo; el hombre ha visto su naturaleza pervertida por el mal moral, consecuencia de su caída; ha sido sumergido en la superstición y la ignorancia; se ha entregado á la violencia y á los malos apetitos; luego no ha sido en ese estado en el que le ha sido dable percatarse de las divinas claridades de la ley natural; ha sido preciso que su naturaleza corregida y regenerada volviese á la religión del espíritu, para que el derecho natural gobernase esa alma inspirada por una vida nueva.»

(1) Luchini Odoardo, *Perché la legislazione Ebraica non poté ammettere la facoltà di testare*.— Florencia, 1880.

(2) Tácito, *De moribus germanorum*.

(3) «*Solus Deus heredem facere potest*». Hanville, *De Legibus Anglice*, t. VIII, 1. (Citas de Vitali, ob. cit., vol. I, págs. 20 y 21.)

(4) Núm. 2, cap. 5.º, t. I, 2.ª edic.

(5) Rusia, Alemania, Suiza, Suecia, Francia, Italia, antes y después de la unidad nacional, Inglaterra, España, Portugal, Países Bajos, Dinamarca, América del Norte y del Sur.

afirmar que constituye una de las instituciones civiles y sociales abonadas, en su esencialidad, por la consagración histórica.

16. *Segundo*. Decir, en oposición á que el derecho de testar tenga su fundamento en la naturaleza, que la voluntad no puede determinarse traspasando la finitud de la existencia física, es prescindir de la condición psicológica humana, desconocer la esencia, finalidad y eficacia de las relaciones jurídicas, olvidar el ministerio y función social que al Derecho corresponde, y, aun en el terreno más positivo y circunscrito del orden patrimonial, negar evidentes analogías en las aplicaciones de la voluntad de testar, con actos é instituciones jurídicas que jamás merecieron contradicción alguna.

Á esa condición psicológico-humana corresponde la esencia del alma con su sentido y trascendencia á lo eterno y á la inmortalidad, á pesar de la limitación de la vida física del hombre; en tanto que lo característico y exclusivo del espíritu, en sus facultades de *conocer* y de *querer*, es decir, en los resultados de aplicación de las facultades anímicas de su inteligencia y de su voluntad, hace perdurar, á través de dicha finitud de su vida física, las consecuencias del ejercicio de aquellas facultades, de tal suerte que, así como los productos del *conocer*, ó sea las ideas, se derivan, transmiten y modifican indefinidamente á través del tiempo y se mantienen en la memoria de los hombres de generaciones posteriores, los productos del *querer*, ó sea las determinaciones de la voluntad humana dan lugar á un orden preceptivo de cumplimiento más ó menos ulterior, que debe ser y es reconocido, respetado y satisfecho.

La voluntad no necesita, para que sea tal voluntad, ser de actual ó de inmediata ejecución en todos sus designios. Lo de que no hay voluntad eficaz después de la muerte, porque ya no vive el sujeto, no es cierto, pues, con aplicación á esta materia de la facultad de testar, la voluntad del testador se ejercita cuando vive, siquiera sus determinaciones remitan la ejecución de tales designios á fecha posterior, siendo, por consiguiente, cierta la voluntad, como cierta es entonces la existencia del sujeto que la ejercita. Son dos momentos bien perceptibles y distintos en el tiempo; los dictados de su voluntad y su ejecución ulterior, como lo son en la ley su promulgación y su aplicación posterior, y en el mismo contrato su celebración y su cumplimiento más ó menos inmediato, pero sucesivo ó posterior.

No es admisible, por tanto, que la muerte extinga la libre capacidad de obrar, aplicada antes de la muerte en el ejercicio de la jurídica del testador, pues cuando aquél dispone, es todavía un sér vivo, y al testar subsisten ambas especies de capacidad, ejercitadas para prevenir eventualidades ciertas en su realidad, aunque inciertas en su fecha, como lo es la de la muerte, siendo su disposición testamentaria un acto realizado en vida, con la importante circunstancia de ser *revocable* mientras