

9. *El sistema de libertad de testar es también el más conforme con la naturaleza de las relaciones familiares.* En otro lugar decíamos: «La familia legítima ó propiamente tal, es una institución *ética natural*, fundada en la relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hallan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia; institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo, en todas las esferas de la vida de la especie humana» (1). Y en páginas anterio-

nocimiento, si no de la primera, de una de nuestras más preciosas libertades, la del empleo de nuestras facultades y de nuestras fuerzas con relación al mundo exterior. Cuanto más libre es un pueblo, más libre es la propiedad; y la *libertad de testar* existe hoy día en las dos naciones más libres del mundo: Inglaterra, con su monarquía constitucional, y los Estados Unidos de la América del Norte, con sus instituciones republicanas.—(Durán y Bas, *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña*, págs. 206 y 218.

«Considero la *libertad de testar* (aun ejercitada á favor de extraños, habiendo hijos) como una consecuencia indeclinable de la facultad de disponer entre vivos en forma de donaciones y de enajenaciones. No se concibe que la ley y la ciencia condenen las cortapisas puestas á la contratación y las sostengan para la testamentifacción; más bien se puede deducir que la contratación y la testamentifacción son de idéntica naturaleza y meras manifestaciones de un mismo principio de Derecho.»—(Gil Berges, *Congreso de jurisconsultos aragoneses*, Sesión de 21 de Febrero de 1881.)

En igual criterio se inspiró Troplong, aunque luego elogia el Código de Napoleón en el prefacio de su *Tratado de donaciones entre vivos y de testamentos*, según anota Azcárate, ob. cit., t. III, pág. 328, al decir aquí: «Un pueblo no es libre, si no tiene el derecho de testar, y la libertad de testamentifacción es una de las mayores pruebas de su libertad civil.»

Partidario de la libertad de testar, pero *relativa*, sólo para la libre disposición de bienes por el padre entre los hijos, pero no respecto de extraños, es decir, el mismo régimen legal de Aragón, un eminente jurista, gloria del profesorado de nuestras Universidades, cuya reciente muerte produce en aquél un gran vacío y profundo dolor en los amigos que le lloramos, el Sr. D. Mariano Ripollés y Baranda, que en el Congreso de jurisconsultos aragoneses, decía: «El Derecho aragonés expresado en el *Fuero de 1307* encierra una como síntesis filosófica de esa cuestión tan empeñada entre los jurisconsultos. Es el derecho natural en su más sencilla expresión. Nuestros legisladores reconocieron que, si la sucesión es consecuencia del derecho de propiedad, complemento, á su vez, de la personalidad humana, no debe consentir limitación alguna que el derecho natural no legitime. Y como los que son padres están ligados por la naturaleza y por su voluntad á la familia, cuyas afecciones y deberes son eternos y sagrados, no es posible suponer que la muerte desligue á sus individuos cuando más necesitan ayudarse en la realización de los fines sociales. En esta consideración, los bienes de los padres son para sus hijos *debitum naturale*, como dicen las Partidas. *Filli ergo heredes*, enseña San Pablo. Pero una vez reconocido el principio, según el cual no es el derecho del hijo lo que limita la libertad absoluta, sino el deber del padre, la ley y la conciencia rechazan toda otra combinación, por artificiosa y casuística. Dejád á los padres el cumplimiento del precepto; si hay alguna esfera donde pueda adoptarse sin temor la libertad más amplia, es precisamente en la esfera de la familia. Esa libertad, tiene, además, la ventaja de revestir la autoridad de los padres con el prestigio y la grandeza que son propios de su elevada magistratura.» (*Congreso de jurisconsultos aragoneses*, Sesión de 11 de Febrero de 1881.)

(1) Núm. 16, cap. 1.º, t. V, 2.ª edic.

res (1) quedaba consignado que: «Cada familia constituye una *individualidad* distinta y peculiar, con sus leyes interiores, sus costumbres propias, sus rasgos característicos, su representación y concepto exteriores... La familia, en cuanto tiene una esfera de Derecho propio y cuyo cumplimiento la compete realizar *por sí misma*, es un verdadero *Estado*.»

Así considerada la familia, porque así responde á la verdadera naturaleza, no puede menos de reconocerse que implica la existencia de una *nueva personalidad*, distinta y superior á la de los individuos que la constituyen; entidad, que vive á título de aquellos fines racionales, antes mencionados, que está llamada á cumplir, los cuales le dan cierto carácter de *permanencia*, porque trascienden, en el tiempo, más allá de la vida del individuo. El Derecho legislado debe reconocer una amplia esfera, dentro de la cual cada hogar se desenvuelva en completa libertad, dejando obrar al instinto de conservación, que los lazos que unen á los miembros de la familia hacen surgir para ésta, en las mismas condiciones que para los individuos y mediante el régimen propio que, á virtud de ese instinto, y en armonía con la naturaleza de las relaciones familiares, da nacimiento á su particular esfera de Derecho. Todo lleva á proclamar la libertad de la constitución doméstica, y su proclamación requiere, como natural consecuencia, la de la libertad de testar, por más conforme á las relaciones de familia, sin la que poco ó nada significaría aquélla.

En efecto: proclamada la libertad de testar, haciendo que el padre, que es su jefe natural, pueda disponer de sus bienes á su voluntad y según le dicte su conciencia, no convirtiéndose la vida de la familia en un título para heredar bienes, no pudiendo esperarse nada más que del cariño, se reconoce la verdadera naturaleza de una entidad que por amor se constituye, y la armonía que él produzca debe conservarla. No se rebaja su dignidad mezclando la noción de los deberes que se fundan en el afecto con los mezquinos intereses, aptos para convertirla en una sociedad mercantil, en una *organización para la sucesión*, según frase de Laveleye.

Dentro de ella, sus prácticas, sus costumbres, su particular *Derecho interno*, al par que respetado por la libertad, merced á la cual la familia se desenvuelve, no estará inspirado en egoístas miras económicas, ni forzará á una obediencia fundada en el afán de heredar, en convertir en propia de cada individuo de la familia una parte de los bienes, que mientras viven los padres todos juntamente disfrutan, pero según el arbitrio y libre disposición de los mismos, como propietario cada uno de lo suyo ó como representanté de la sociedad conyugal y jefe de la familia, debiendo no olvidarse que de los bienes propios sólo cada uno de ellos es el dueño, el cual dominio no pierde porque sus frutos hayan de

(1) Núm. 9 del mismo capítulo y tomo.



emplearse en las atenciones de la familia, que no pasa de ser usufructuaria temporal, y aun los bienes de la sociedad conyugal, que son los más *comunes*, mientras el matrimonio no se disuelve, pertenecen en propiedad indivisa por mitad á cada uno de los cónyuges y no á los hijos ni á la familia toda; la cual, si tuviera además otros bienes, como era debido y conveniente, puesto que constituye una nueva personalidad (1), podrían éstos, y no aquellos bienes particulares de los padres, que son á los que se refieren las *legítimas*, constituir la verdadera *copropiedad familiar* de que se habla, mas no nunca aquéllos del peculiar patrimonio del padre ó de la madre.

La *libertad de testar* contribuye, además, á estos beneficiosos resultados, robusteciendo la autoridad paterna, que en el pensamiento de los hijos adquiere la aureola de la confianza que la ley dispensa al padre, madre y por analogía ascendientes y dueños; entregando á su arbitrio el destino de sus bienes, que la familia usufructúa durante la vida del propietario, para después de la muerte de éste; cosa, que en el terreno de la realidad se traduce en algo tan efectivo como erigir al jefe de familia, y á la vez dueño, en juez inapelable, que, por sus actos de última voluntad y disposición de bienes, premia y castiga la conducta de los hijos y atiende, según los dictados libres de su conciencia, á la distinta situación en que los mismos se encuentran.

La familia, se ha dicho, también, que debe tener cierta *permanencia*; que sus fines trascienden en el tiempo más allá que los del individuo; que el hogar, según feliz frase de un escritor, no debe ser «*como los nidos de las aves que sólo sirven para una generación*» (2), y á conseguirlo puede contribuir poderosamente el reconocimiento de la *libertad de testar*.

Aquellos sistemas que, cual el de *legítimas*, obligan á distribuir los bienes entre los herederos forzosos, asignándoles una cuota fija y necesaria dentro de lo proporcional que el caudal relicto permite, si bien se fundan en el reconocimiento de los derechos de familia en la sucesión, es á costa de desconocer los del propietario, como si por constituir los de la sociedad conyugal, mediante el matrimonio y la paterno-filial, por virtud de la generación legítima, debiera perder aquél su propiedad y no conservarla como conserva su personalidad individual, obrando la constitución de la familia á manera de *confiscación* de su patrimonio, cosas, que ni los principios ni ley alguna proclaman, y producen el efecto contrario; porque á primera vista pudiera parecer que son los que tienen más en cuenta las obligaciones naturales nacidas de las relaciones conyugal, paterno-filial y parental, pero también, es verdad que se obliga, por las *legítimas*, á *reservar* una porción de bienes á título de los vínculos fami-

(1) Caps. 1.º y 2.º, t. V. 2.ª edic.

(2) Costa, ob. cit., pág. 515.

liares y se hace á costa de éstos, sólo en favor de los de la primera generación, puesto que por su nacimiento se originan los derechos de los herederos forzosos, entre los que, muerto el padre, se distribuyen indefectiblemente los bienes de la familia y se forma una serie de insignificantes patrimonios personales, al individualizarse las adjudicaciones, por el egoísmo de quienes los reciben, y no queda ni el recuerdo de la familia, que acaba por desaparecer en cuanto á sus huellas económicas y á la integridad de su patrimonio, dividido y subdividido sucesivamente por la aplicación del sistema de *legítimas*.

La *libertad de testar* permite al padre acumular el patrimonio en uno ó varios de sus herederos ó distribuirle más racional y deliberadamente y menos casualmente para que perpetúen la tradición patrimonial familiar; dejar *pro indiviso* á sus hijos las grandes explotaciones industriales, que nada valen *despedazadas*, sin que esto signifique el posible renacimiento de las suprimidas vinculaciones y mayorazgos, por lo que históricamente se explica que escuelas liberales hayan combatido la libertad de testar, sin observar que la acumulación de la propiedad que este sistema favorece, no puede ir más allá de una generación, y pudieran servirnos de ejemplo las prácticas aragonesas, donde una legislación que hace posible aquellas acumulaciones no las convierte en regla constante, y las grandes fortunas se suelen dividir en partes iguales, mientras que los caudales exigüos son objeto del *heredamiento universal*, que si reúne los bienes en una sola cabeza, no los sujeta á un llamamiento prefijado para sucesivas transmisiones, que es la nota característica de la *vinculación* (1).

Cosa demostrada parece, en nuestro sentir, que el sistema de libertad de testar, es el preferible, por ser, no sólo más conforme á Derecho, sino también á las relaciones de familia.

(1) Schaffle se declara partidario del sistema americano fundado en la *libertad de testar*, porque es, á su juicio, una consecuencia necesaria del principio del *Self-government* en la organización y régimen de la familia, y en lo que toca á su jefe como propietario; ya que dicho sistema sólo puede estar basado en la idea de la libertad y admitida la testamentifacción activa en toda su plenitud, el testador es un árbitro de los destinos de su familia y de sus bienes y en cuanto que ella constituye una entidad con fines propios, con peculiares normas para regirse, que es, en suma, como anteriormente hemos dicho, un Estado perfecto de Derecho; en su vida no debe *inmiscuirse* el Estado político, ni sus leyes deben limitar la capacidad de obrar al testador, tanto más, cuanto que nadie mejor que él puede apreciar lo que á todos interesa dentro del Estado familiar. La libertad de testar vigoriza la autoridad del padre, que da á cada uno de sus hijos lo que merece, por la disposición de sus bienes para después de la muerte, y en virtud del *Self-government* no se vé obligado á fundar su resolución; señalada ventaja para la tranquilidad de las familias, desde el momento en que, si bien el padre tiene conciencia plena de la conducta de sus hijos, le es muy difícil probarla, y aun pudiendo hacerlo, conviene más que las intimidades del hogar no salgan á la luz pública, concediéndose al padre, con la libre testamentifacción, el único medio de reparar lo que es irreparable en el orden legal. Esta idea de Schaffle está en consonancia con aquella otra ya citada de Costa, de que la libertad política y la libertad civil son inseparables.



Testimonios favorables á la libertad de testar, además de los citados, son, entre otros:

El indirecto de D. Fermín Caballero, en su notable trabajo *Fomento de la población rural*, premiado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, que atribuye en gran parte á la libertad que en Cataluña tienen los padres para disponer ó no en favor de extraños de las tres cuartas partes de sus bienes, el hallarse mejor que en el resto de España, aunque no tan bien establecida como en otras provincias del Norte, la población rural.

El de la Memoria, también premiada por dicha Academia en 1862, de que es autor D. Joaquín Cadafalch y Buguñá, sobre el tema: «¿Conviene uniformar la legislación de las diversas provincias de España sobre la sucesión hereditaria y los derechos del cónyuge sobreviviente?», en la cual justifica, con sólidos razonamientos, su inclinación á la uniformidad de las leyes de sucesión, pero «únicamente en el caso de que se adopte la legislación de Aragón y Navarra».

El Congreso de Jurisconsultos celebrado en Madrid en 1863, en el cual, si bien la mayoría fué favorable á la conservación de las legítimas por 81 votos contra 60, la diferencia numérica es escasa y, en cambio, en la minoría figuran votos de tal calidad y de diferentes escuelas económicas y doctrinas políticas como los Sres. Permanyer, Figuerola, González Bravo, Nocedal, Morayta, Silvela, etc., y además la tesis fué planteada en términos absolutos y radicales oponiendo al sistema de legítimas el de la libertad absoluta de testar.

Montalembert—*Del porvenir de Inglaterra*, § 7.º—en que la considera, no como el privilegio de una casta, sino como la consecuencia de un derecho nacido de la libertad natural y común á todas las clases, como una institución nacional que se apoya en el sentimiento, en la tradición y en el deseo de la duración del patrimonio...

En este sentido abundaba un prestigioso Magistrado del siglo pasado, D. Joaquín Rey, Regente de la Audiencia de las Baleares, que en el discurso de apertura de Tribunales, leído el 2 de Enero de 1836, decía: «¿Por qué los hijos no han de recibir de los padres un don de su amor y cariño? ¡Sólo los padres han de carecer de la libertad de disponer de sus bienes! ¡Los padres, que son los menos expuestos á abusos de esta libertad! ¡Los padres, que deben tenerla más expedita, porque tienen objetos más caros y preciosos en que poderla ejercer!»

También es voto favorable para la libertad de testar el parecer ilustrado de un docto jurisconsulto y miembro ilustre que fué de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, D. Juan de la Concha Castañeda, cuyo discurso de recepción, leído en 7 de Marzo de 1880, merece consultarse. Su tema ya anticipa su sentido, puesto que pregunta «si convendría, para uniformar nuestra legislación, robustecer el poder

paterno, mejorar la organización de la familia y hasta para dar solidez al derecho de propiedad, admitir y llevar á nuestras leyes el principio de la libertad de testar».

Ilustra considerablemente esta cuestión el Sr. Durán y Bas (1), cuando escribe lo que á continuación extractamos: «... Conviene precisar lo que se entiende en los dominios de la ciencia por uno y otro sistema. Ni el de la libertad de testar significa que deba ser precisamente omnimoda, ilimitada esta libertad, ni consiste el de la sucesión forzosa en que los bienes del difunto deban pasar siempre y en su totalidad á los llamados por la ley á sucederle; equivaldría esto último á la supresión de la facultad de testar en el caso de haber herederos forzosos, y valdría lo primero como hacer caso omiso de los deberes morales que nacen de las relaciones de familia, cuando uno y otro sistema tienen por fundamento la existencia de ellas y por línea divisoria el concepto de la naturaleza de los deberes que de la misma provienen. Susceptible de varias formas el sistema de libertad de testar, admite á veces, dice, las legítimas y siempre la obligación de alimentos; por tal se entiende lo mismo aquel en que el testador debe dejar una cantidad módica en su mayor grado á los hijos ó á los padres, más que como legítima, para evitar que se les tenga por preteridos, que el que nada impone como forzoso á título sucesorio; y susceptible de mayor ó menor extensión el de sucesión forzosa, se comprende dentro de él todo el sistema en que el padre no pueda disponer, á lo menos, de la mitad de los bienes.»

Este último aspecto *cuantitativo*, por decirlo así, y de *relatividad* en que el insigne jurista catalán considera todavía comprendidos ó revelados estos dos sistemas de libertad de testar ó de sucesión forzosa, son respetables por serlo la apreciación científica de quien proceden, y responden al deseo de considerar imperante en Cataluña un criterio de libertad de testar por lo reducido de la legítima y el margen de libre disposición para el padre, que es tres veces mayor que aquélla, pero en rigor de doctrina el sistema es de *legítimas*, como lo es siempre que éstas se reconocen, cualquiera que sea su cuantía, á no ser éstas puramente simbólicas ó imaginarias, como sucede en Navarra y aun en Aragón, si bien en este último punto, dicha libertad de disposición esté circunscrita á desenvolverse sólo en la elección del padre respecto de uno ó varios de los hijos; si bien le acompaña en esa doctrina escritor tan ilustre como Le Play (2), que entiende hay libertad testamentaria, siempre que el testador, á pesar de tener muchos hijos, puede libremente disponer de la mitad á lo menos de sus bienes.

10. Los defensores del sistema de *legítimas* pretenden fortalecer su

(1) Memoria con motivo de la codificación, pág. 206. Barcelona, 1883.

(2) *La réforme sociale*, chap. 21, § 1.º



doctrina combatiendo directamente la *libertad de testar*, sino en sus principios, si en las desconsoladoras consecuencias que su aplicación puede producir para las familias. Por los que así piensan, se afirma, y trata de demostrarse, que la libertad de testar es contraria á la *unidad de la familia y que haría de mejor condición á la prole ilegítima*.

11. ¿Es, en efecto, *contraria á la unidad de la familia la libertad de testar*? El desenvolvimiento de las materias tratadas en este § 2.º suministra sobrados datos y razones para contestar á este reparo. Basta recordar, que no convertida la familia en sociedad mercantil, ni sujeta á liquidación en plazo fijo (1), como acaece cuando las relaciones y vincu-

(1) Desarrollando esta idea, prosigue Costa, con su peculiar energía de concepto y brillantez de expresión: «Obra, con efecto, la legítima á manera de un disolvente; con ella, el hogar es como los nidos de las aves, que sólo sirven para una generación; la familia parece una simple sociedad mercantil, que llegado el plazo fatal se disuelve, declarándose en liquidación: parece como si los hijos estuvieran aguardando que muera uno de los gerentes, para reclamar al otro cuenta de su gestión y retirar su parte. No es eso la familia allí donde, como en Aragón, y más aun en Navarra y en Inglaterra, la ley deja hacer á la naturaleza y al instinto de conservación, que así se manifiesta en las familias como en los individuos: no son éstas allí unidades artificiales, disueltas á cada generación, eslabones perdidos y rotos de la cadena de la vida, granos de arena que emergen un día del seno de la nada para restituirse á él al cabo de un minuto en ese eterno flujo y reflujo de las existencias, sino organismos vivos y estados perfectos de Derecho, que poseen un nombre y una historia, un territorio y un gobierno libre de toda ley social que no sea la estatuida por ellos mismos, que viven en el pasado y en el porvenir y se perpetúan de generación en generación, transmitiendo con el hogar y con la sangre recuerdos, tradiciones y glorias. Donde impera el régimen de la familia, donde el Estado impone á las familias una forma determinada de constitución, de régimen económico, de sucesión testada ó intestada, las familias carecen de autoridad y de iniciativa, obran movidas por ajeno impulso, no son seres vivos: entonces, no existe en la nación sino una sola personalidad, inmensa, gigantesca, avasalladora, pancósmica, que, violando las leyes naturales de la sociedad, monopoliza la legislación por el solo privilegio que le da fuerza; pero proclamáis la libertad de constitución doméstica y la libertad de testar, que vienen á ser una misma cosa; devolvéis el pensamiento y la palabra y la voluntad á las familias; desamortizáis el poder civil y lo restituís á sus verdaderos dueños, las personas privadas; y al punto veis surgir, como por encanto, legiones de nuevos seres que antes permanecían reclusos en el fondo de una potencialidad caótica por la férrea dictadura del legislador. Nada tan fecundo como las prácticas de la justicia: proclamáis la libertad, y en un minuto, á su conjuro mágico, habéis creado dos millones de seres humanos, y seres, por decirlo así, eternos, inmortales. Consagrada la libre testamentifacción, mueren los individuos, pero no mueren las familias: donde, por el contrario, esa libertad está negada, la muerte es más poderosa, porque le presta sus armas el legislador: las familias son uniones fortuitas, sociedades temporales, transitorias, en un perpetuo venir á ser, no bien principian á salir del estado, por decirlo así, de larva, y á constituirse como seres vivos y estables, no bien principian á consolidarse y á revestir caracteres de perennidad, gózase tirana la ley, haciendo coro con la muerte, en llevar la desorganización al seno del hogar y dispersar sus miembros, como se dispersan á todos los puntos del horizonte, para no volver á reunirse jamás, las avecillas que juntas crecieron en el nido: verdadera tela de Penélope, desteje el legislador en una hora lo que la Naturaleza se había afanado por ir creando al lento

los que unen á sus miembros se convierten en *título* para heredar forzosamente; que, respetada en su dignidad y propios fines, haciendo que se constituya, viva y perpetúe por los lazos del amor, y que sólo de éste lo esperan todo los hijos; que, inspirado el padre, en su última voluntad, por la noción de los altos fines sociales y justas exigencias de la familia, y no en injustificadas preferencias que provoquen el recelo y la preocupación ó el halago, la unión de los hijos entre sí y de éstos con los padres se habrá consolidado, favorecida por un verdadero cariño, y sus férreas ligaduras podrán más que rencillas y pequeñas pasiones nacidas de intereses económicos. Cuando los hijos todo lo esperen de la ley, que limita la autoridad del padre y les asegura una porción de bienes, sin parar mientes en la unión de la familia, esa unión será cosa frágil y secundaria y el amor no será su causa. La *libertad de testar* favorece, sin duda, aquellos beneficiosos influjos y resultados.

Esto no quiere decir que, bajo el *régimen de libertad de testar*, no se den ejemplos de familias desunidas y de contiendas entre hermanos; lo único que se puede asegurar es que, en igual estado de costumbres, el *régimen de legítimas* aumentaría el mal. El que el padre pueda dejar más á unos hijos que á otros, si lo hace movido del interés de que se perpetúe la tradición familiar, no se debe traducir, de ordinario, en incentivo de antagonismos entre los hijos; la distribución forzosa de los bienes impuesta por las legítimas pulveriza las familias, lo mismo que los patrimonios, y la defensa de la cuota reservada, que representa una esperanza alimentada por la ley en los hijos desde que tienen uso de razón, los puede llevar á actos de violencia lamentables, por fortuna poco frecuentes, por contrarios á la naturaleza, pero no imposibles, y á más probables sentimientos encubiertos de codicia ó apremios de necesidad que les hagan menos sensible la pérdida de sus padres, cuya muerte anticipa la deseada ó necesitada *legítima*.

Confirma estos asertos la experiencia, con la elocuencia insuperable de los hechos á toda hora registrados. En los países donde rige la libertad de testar las familias gozan de una perfecta estabilidad, sus vínculos se perpetúan, y son respetadas sus tradiciones; en los pueblos sometidos al sistema legitimario, la cohesión de la entidad familiar sólo dura una generación. En aquéllos las cuestiones y juicios de testamentaria son poco frecuentes; en éstos agotan los caudales y preocupan á los interesados por el bien público (1). El peligro de que la desigual repartición

curso de los años, y las familias, semejantes á cuadros disolventes, desfilan por la vida como sombras, en fantástico remolino, sin llegar á tomar cuerpo jamás ni á perpetuarse, porque les ha sido negado ese elixir de inmortalidad que se llama la justicia.» Ob. cit., pág. 515 y 516.

(1) Le Play presenta, en comprobación de las afirmaciones que se hacen en el texto los siguientes datos: «En el año 1868, de 46.216 pleitos en que entendieron los Tribu-



de los bienes entre los hijos que haga el padre, amparado de su libertad de testar, produzca odios y excisiones en la familia aparece mucho más lejano que los daños que resultan de convertir ésta en una sociedad unida por intereses económicos, destinada á disolverse en un plazo relativamente corto, bajo la contingencia precaria de la muerte de uno de sus dos fundadores y con la trascendencia efímera de una sola generación (1).

nales civiles en Francia, 21.317, casi la mitad, tenían por objeto cuestiones sobre herencias.» Así influyen las legítimas. También dice que las consecuencias de la división forzosa cuando hay huérfanos menores de edad se representa por las siguientes cifras: en 1850 la venta de 1.980 fincas de menos de 500 francos produjo 558.092, y los gastos ascendieron á 628.906, ó sea un 12 por 100 más del valor de aquéllas. (*Reforme sociale en France*, t. I, pág. 266 y t. III, pág. 510.)

(1) Aunque algo recargada la negrura de las tintas, merece transcribirse lo que principalmente á este propósito, en impugnación de las legítimas y en defensa de la libertad de testar, se dijo en famoso discurso inaugural de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, por el distinguido jurisconsulto y Presidente, entonces, D. Cándido Nocedal, en 29 de Octubre de 1866: «Ya llegaréis vosotros á conocer el mundo en los procesos: ¡y á fe que no es malo ni poco seguro modo de estudio el contemplarle por el prisma del papel sellado en los Tribunales de Justicia! ¡Oh! Ya observaréis, afligidos, que apenas hay familia castellana que no riña y pleitee y se disuelva á la muerte del padre y de la madre por causa de las legítimas. Veréis que, calientes aún las cenizas del jefe de la familia, ésta se despedaza y destroza, y se desacredita, y sus miembros se aborrecen, se injurian y se calumnian con unas particiones de las cuales salen al cabo lo que llamamos las *hijuelas*, y con ellas, y al propio tiempo, la liquidación moral del amor y de la ternura y la liquidación material del patrimonio y de las tradiciones de la familia. Y—¡dolor es considerarlo!—todo este mal se evitaba con haber dejado al padre disponer de lo suyo aquello que tuviese por conveniente. Desconfiad de todos en buen hora, si participáis de la desconfianza universal, que es la base de los Gobiernos hoy al uso; pero, ¡por Dios!, no desconfiéis de los padres. ¡Oh! Ya veréis lo que he visto yo, á un padre demandado por sus hijos á causa de la legítima materna, embargados, no sólo los bienes raíces, sino los muebles de su propia habitación, y obligado á buscar contra su misma prole, Procurador que le representase y Abogado que le defendiese. Y si viendo todo esto os empeñáis en sostener que la legítima castellana es el modelo de las legislaciones prudentes, y que obligar al padre á testar dentro de una órbita previamente fijada por la ley es una sabia combinación, os confesaré que estoy ciego ó habré de deciros que estáis poseídos vosotros de una ofuscación incomprensible. Los hijos tienen en el corazón del padre una garantía mayor y más eficaz que todas las leyes positivas posibles y que todos los Códigos de la tierra; el amor que graba Dios en él con caracteres de fuego. ¿Sabéis cómo quieren los padres á los hijos? ¿Qué legislador ni qué Gobierno llegará jamás, con sus combinaciones calculadas y frías, adonde llega el amor, la solicitud, la previsión, hasta la adivinación del padre? Hay padres desnaturalizados, cierto; son injustos alguna vez; pero la excepción rarísima no puede ser fundamento y norma para legislación ninguna. Buscad lo común, lo ordinario, lo universal, lo natural, y acertaréis seguramente; preocupándoos con lo excepcional, quebrantáis las leyes de la Naturaleza. Por eso, cuando tratáis de amparar al hijo de un padre desnaturalizado, agraviáis á todos los padres, suponiendo que todos pueden ser monstruos. Lo cual es falso de toda falsedad; y chocando con las leyes del mundo moral hasta un punto repugnante, venis á entibiar el respeto del hijo, no sólo por la conside-

12. *La libertad de testar, ¿haría de mejor condición á la prole ilegítima?*—Ante esta segunda objeción, hecha por los partidarios de las legítimas contra la *libertad de testar* (1), debe hacerse constar que, descontado el deber natural, cuando es indudable el vínculo para la propia conciencia y no la ajena, maliciosa é interesada ó sospechada versión que lo atribuye, dichos deberes naturales respecto de aquellos seres que tuvieron la desgracia de ser procreados en uniones ilegales, sufriendo

ración mezquina de que espera de la ley el caudal, y no del padre, sino por la importantísima de que, desde que nace ó tiene uso de razón, sabe que la ley desconfía de quien á él le dió la existencia, y oye hablar de ello á cada hora con ocasión de otras familias. Tal escuela no es á propósito, en verdad, para infundir respeto ni confianza. Fuera de que puede suceder muy bien al hijo que en su infancia haya presenciado la muerte de sus abuelos y contemplado la lucha de su padre con sus tíos, disputándose los bienes paternos como los tigres el pedazo de las entrañas palpitantes de su presa. De este modo va pervirtiéndose y desnaturalizándose el corazón filial, hasta llegar á ser todo lo contrario de lo que debiera, obligado por la ley de Dios á honrar padre y madre, y todo lo opuesto á lo que distingue la familia cristiana, base, cimiento y modelo de la sociedad bien gobernada y regida. Á los hijos es á quien hay que predicar respeto, que no á los padres amor. Inventad combinaciones de Gobierno, idead formas políticas estupendas y raras: ninguna habrá que dé resultado mejor que el que podría ofrecer logrado este deseo: que sean los súbditos gobernados por su padre. Pues del padre, tipo ideal de Gobierno y gobernantes, desconfían las leyes de Castilla; al padre rebajan; al padre atan los brazos que han de ejercer completa autoridad; al padre encierran dentro de un círculo de hierro, cuando él se lo trazaría á sí propio y entonces sería bueno y es malo porque es forzoso. Pues todavía oigo decir á los jurisconsultos de Castilla, mis compañeros, amigos y paisanos, que nuestra legislación es lo más perfecto de la humana sabiduría, y el modelo más hermoso que se puede imaginar de prudencia, y de fino y de previsión. ¡Previsión! Cabalmente eso es lo que falta. Esa manera de testar fué ideada para contener al mal padre, y lo discurría el legislador para todos, teniendo á la vista un fenómeno casi singular. Pues bien; el único para quien no sirve semejante precaución, es precisamente un mal padre. Obligado por la ley, derrochará durante su vida los bienes de sus hijos, los venderá, los regalará, los transformará y hará impunemente que pasen á manos de sus mancebas ó de los hijos de su disipación y locura.»

(1) La resume aquel ilustre jurisconsulto, Alonso Martínez, en el elocuente párrafo siguiente: «La misma intensidad del cariño paternal demanda con imperio trabas y limitaciones en la ley para la testamentifacción, así activa como pasiva, porque si no, corre gran riesgo la familia legítima de ser sacrificada á los vástagos de esa unión clandestina y reprobada por las leyes. Es un fenómeno constantemente observado, que el amor del padre á los hijos naturales suele ser más vivo é intenso que el que siente por sus descendientes legítimos, lo cual débese, sin duda, á remordimientos de conciencia; á la lástima que no puede menos de inspirar la situación incómoda y humillante de un bastardo inocente en el corazón del autor de su desgracia; al encanto que tiene para el hombre todo lo que está prohibido y se ve obligado á ocultar en las sombras del misterio; á que generalmente los casados no se entregan á ilícitos amores, sino después que la posesión y el cansancio les aleja de sus esposas legítimas, por lo cual los hijos naturales suelen venir cuando ya los padres, debilitada la razón y quebrantado el carácter por la acción de los años, se entregan sin tasa al imperio de los afectos en el último tercio de la vida. Este peligro bastaría á justificar el imperio de las legítimas.» — *El Código civil, en sus relaciones, etc.*, t. I, pág. 57.



las consecuencias de una culpa de sus progenitores, que no les es imputable, para aliviar su condición infeliz, esos abusos son hijos de la corrupción de las costumbres, y, por tanto, nada dicen en contra de la justicia de la *libertad de testar*; que, por otra parte, como el solo sistema que respeta y se inspira en la única fuente de la armonía familiar, el amor contribuirá á rectificar torcidas tendencias y á encauzar las pasiones, ya que las restricciones legales pueden poco contra los abusos que origina una moral relajada, pues, como Cicerón decía, *quim legibus sine moribus* (1).

Además, las *legítimas* no constituyen un remedio al peligro que sus defensores ven en la *libertad de testar*, porque con sus inexplicables inconsecuencias, según hemos anotado, se previenen cuando menos falta hace, cuando el hombre piensa en la muerte y dicta sus postreras determinaciones y le dejan en libertad durante la vida para que realice todos aquellos abusos y por actos *intervivos* transmita á la prole ilegítima sus bienes, defraudando las esperanzas que en su cualidad de herederos forzosos tienen fundadas los hijos legítimos (2).

(1) En este mismo sentido se inspiran los redactores del Código suizo cuando dicen: «Otro argumento apropiado para conjurar estos temores es que la ley no reforma necesariamente las costumbres; si es favorable á la libre disposición por el testador no quiere esto decir que el uso de esta facultad sea general. En muchas materias, las costumbres fijan á la voluntad del individuo límites que la ley no sabría señalar y si la legislación consagra la tolerancia más amplia, su acción será bienhechora en todas las circunstancias en que las tradiciones rígidas impusieran una violencia injusta. La libertad de disponer será saludable, toda vez que para una conciencia delicada parecería que los herederos cometían un acto impío atacando las disposiciones del difunto. ¿Se podrá presumir que el testador abusará de su libertad? Un antiguo proverbio alemán dice bien: «el que quiera tener un fin dichoso y bendecido deje su patrimonio á sus herederos»; pero la invocación de este axioma se hace con error para apoyar la coacción decretada por la ley contra el testador. Su verdadero sentido sirve más bien de fundamento al apoyo de nuestra tesis porque parte de la posibilidad legal de las últimas disposiciones y deja simplemente reducido á la categoría de un deber moral y religioso en el individuo el transmitir los bienes á sus herederos, en tanto que la legislación podrá otorgarle mayor libertad y autorizarle, si lo juzga bueno y útil, á sobreponerse á sus escrúpulos de conciencia para regular la transmisión de sus bienes contra el orden tradicional.—*Cód. civil Suisse. Exposé des motifs de l'avant projet du département federal de Justice et Police*, págs. 294 y 295.

(2) El mismo Costa da gran relieve á este sensacional aspecto de la cuestión, al expresar, como él sabe hacerlo: «Se dice que la legítima es una institución de desconfianza; cierto, pero institución de desconfianza al revés. Admitido el principio en que se inspira la legítima, la ley debiera desconfiar del padre cuando rebosa vida y juventud, cuando es ó puede ser disipado, cuando tiene ó puede tener concubinas, cuando le aguijonea el ansia de las aventuras y el espíritu de empresa, cuando, generoso ó pródigo, puede consumir en liberalidades su patrimonio; y, por el contrario, abandonarse plenamente á su recto sentido de justicia y á su buena fe, cuando se ha quietado el hervor de sus pasiones y dicho adiós á las locuras y devaneos de la mocedad, cuando está viejo y lleno de achaques, cuando siente la muerte á la cabecera de su lecho, y penetra dentro de sí mismo, donde, acallada la gritería del mundo exterior, vuelve á

Vitali (1) amplía las hipótesis y se hace cargo de la observación de que, «la libertad de testar se presta á que sea ocasión de daños y abusos contra la familia, no ya por cariños ilícitos de los testadores, sino por fanatismos científicos ó religiosos de éstos, que les sugestionen y lleven á hacer fundaciones ó instituir á manos muertas—temor más que verosímil, comprobado, por cierto, actualmente en España—, si lo hace con perfecto derecho y validez, porque á dichas manos muertas se les ha reconocido la capacidad para suceder, como puede entenderse que indiscretamente y con injustificada y lamentable regresión en nuestra historia y tradiciones legales lo ha hecho nuestro Código, hasta cierto punto, en su edición reformada—, no hay por qué temerlo ni resistirlo legalmente, en cuanto que es lícito ó legal; pero si se quiere evitar perjuicio á la economía pública ó al bien familiar, puede la ley adoptar los temperamentos más adecuados para la defensa de aquellos intereses; y si medió otro vicio que haga intervenir coacción moral ó fraude, deben facilitarse las acciones de rescisión ó de nulidad, y no confundir el uso de la libertad con el abuso, ya que todo abuso debe reprimirse».

Análogo criterio viene á sustentar Azcárate, cuando dice: «si se nos arguye con los peligros que puede envolver el tránsito del sistema de *legítimas* al de la *absoluta libertad de testar*, contestaremos que cabe prevenirlos, concediendo al principio, y mientras la sociedad no imponga con energía el correctivo de su sanción, cierta amplitud á los Tribunales para declarar *nulos* los llamados testamentos *ab irato, a decepto, ab imbecilli, a delirante*».

13. ¿En qué se fundan, sin embargo, los numerosos y autorizados partidarios con que todavía cuenta el sistema de *legítimas* y que en las nuevas tendencias del Derecho civil se ven aumentar? Examinemos las principales razones en que se apoyan.

14. ¿Es cierto, como justificación del sistema de *legítimas*, que los hijos tengan un verdadero condominio en los bienes del padre? Aten-

resonar vibrante la voz del deber, y pesa las responsabilidades que contrajo con su familia y con la sociedad... Pues bien, señores, la ley hace precisamente todo lo contrario: se fía del joven y desconfía del viejo; traba las manos al bueno por causa del malo, y consigue que aquél se abstenga del bien sin poder evitar que éste practique el mal. Considerada como una restricción de la libertad, la legítima podría tener razón de ser tratándose de un padre que ha sido vicioso, desnaturalizado, pervertido, derrochador ó pródigo; pero cuando en la sociedad se ofrece un caso de este género, ¡qué sarcasmo, señores!, la legítima se acuerda de cortar las alas á su albedrío en el preciso momento en que en ellas no le queda ya ninguna pluma. ¡Pueden enorgullecerse de tan exquisita previsión los sutiles inventores de las legítimas! Si me permitieseis definir la acción de la legítima por un adagio que, por lo vulgar, no sé hasta qué punto tenga derecho á penetrar en esta casa, os diría que la legítima es como el cazador que dispara contra la mata cuando de ella ha saltado ya la liebre.» Ob. cit., págs. 511 y 512.

(1) En su magistral obra citada, vol. I, pág. 64.



diendo á los fundamentos y organización de la familia moderna, no. La copropiedad de la familia existió en otros tiempos; á ella pertenecían los bienes en los albores de la vida de los pueblos; el patrimonio no era de los padres; el jefe de la familia lo administraba en nombre de todos, y, por ser de todos, cuando el padre moría era sustituido por otro, como *gestor* y *representante* de los derechos y las obligaciones familiares, y los bienes continuaban siendo de sus miembros, no individual, sino colectivamente, por el carácter permanente de la entidad familiar, como verdadera propietaria. Mientras tal ocurrió, el testamento no fué conocido, dado que éste supone una prolongación de los derechos del propietario, y el que no lo era no podía testar. Pero cuando los hijos se pueden ya emancipar por la edad y pueden disponer de sus peculios, después, en Roma, de los llamados *castrense* y *cuasicastrense*, aun dentro de la familia, lo cual es un reconocimiento de que otros individuos de la misma, con más razón y como tales individuos, podían también tener bienes propios, entonces aparece el testamento con el carácter que hoy le atribuímos y su aparición señala el término de la copropiedad familiar.

Aparte de esto, que nos presenta como un argumento de valor puramente histórico, el que se hace para justificar las legítimas con la copropiedad familiar, que es un fundamento insubsistente negado por la realidad, aun admitiendo que los vínculos familiares y la vida común, que es su consecuencia, si no dan lugar á la aparición de una propiedad exclusiva de la personalidad familiar, atribuyen ciertos derechos á los ligados por tales vínculos en los bienes de otros individuos de la familia, señaladamente á los hijos en los bienes de los padres, en cuanto conviven con los padres y aun puede decirse que con ellos colaboran, ya material, ya espiritualmente, puesto que por ellos y para ellos principalmente trabajan aquéllos, y que, en este sentido, bastante figurado, ostentan el carácter de *copropietarios*, tampoco encontrarán justificación las *legítimas*.

Ese sentido moderno de la *copropiedad familiar*, que no requiere la existencia de una propiedad exclusiva de la familia, de la cual todos sus miembros sean partícipes, sino cierta especie de condominio virtual ó un derecho indirecto y subsidiario de unos individuos de la misma en los bienes de los otros, nacido de los lazos que los ligan ó de las obligaciones naturales que suponen la constitución y conservación de los mismos, y en el cual sentido se amparan los tratadistas, que aun ven en la teoría de la *copropiedad familiar* términos hábiles para defender las *legítimas*, llevaría lógicamente á afirmar la copropiedad de la Humanidad entera, desde que la moderna idea del condominio familiar no se funda en una verdadera propiedad de familia, sino en los lazos de solidaridad que unen á sus individuos y que, si no tan estrechos, por su condición de seres sociales unen á todos los hombres, y, en más ó menos grado, todos cooperan en la labor individual y social de los demás.

Claro está que tal afirmación nos conduciría derechos á un sistema *socialista* del que sólo se pueden derivar lógicamente los sistemas restrictivos y contrarios á la *libertad de testar*, ó, para no caer en tal extremo, habría que reconocer que, independientemente de esos lazos de solidaridad y de los fines comunes á los miembros de cada colectividad familiar, ó de otra clase, se impone, para su mejor cumplimiento, especializarlos en cada individuo, atribuir á éste medios que sólo de su determinación dependan, y, entonces, volvemos á descubrir en toda su pujanza, la personalidad individual, á la que, para que sea efectiva y completa su gestión, tiene que concedérsele la *libertad de testar*, como prolongación de los actos de su vida, en armonía con su naturaleza racional y previsora.

Los que aceptan el principio de la *copropiedad*, como justificación de las *legítimas*, lo hacen para dar satisfacción á su espíritu, y no á la realidad de las cosas; porque, partiendo de ello, tendrían que aceptar consecuencias que seguramente repugnan, ó de no ser así, se mantienen en la más palmaria inconsecuencia.

En primer término, no se explica cómo, si á virtud de las relaciones familiares nace el condominio y de él trae causa el sistema de *legítimas*, pueda disponer el testador de una parte de sus bienes, ni en mayor ni menor cantidad ni en ninguna, en favor de extraños, porque eso equivale á despojar á sus legítimos dueños, que son en este caso los herederos forzosos, á título de *condóminos*, de los bienes que los extraños se llevan.

Por otra parte, el condominio tendrá que nacer en armonía con la cooperación de sus miembros en la realización de los fines propios de la familia, con el grado de vida común que hagan, con los beneficios que de aquélla hayan recibido, ora en el cultivo y desarrollo de su inteligencia, ora en los cuidados que su salud hubiese requerido. ¿Cómo, pues, dejar lo mismo por herencia al que trabajó por la familia que al que no trabajó nada; á quien la ocasionó grandes gastos, que á quien no puso á contribución sus medios de modo extraordinario, sino normal y moderado? La igualdad con que las legítimas reparten los bienes entre los herederos forzosos, acusa la más palmaria contradicción con las exigencias de la copropiedad familiar ó la más injusta desigualdad.

En último resultado, el condominio reconocido á los herederos forzosos, en los bienes del padre de familia, debe colocar á éste en la situación jurídica de un administrador, en la parte á que dicho condominio alcance y sólo tener facultades para administrar; pero como quiera que el mismo carácter habría de tener cuando realice actos *inter vivos* que *mortis causa* y que en ningún caso había de corresponderle la libre disposición de los bienes, no se comprende la razón del límite impuesto á sus actos de última voluntad, al lado de la plena libertad que se concede á su gestión durante la vida, para disponer á su antojo de los bienes,