

<b>CAP. IV. De los testamentos . . . . .</b>	<b>92.</b>
<b>COMENTARIO. . . . .</b>	<b>100.</b>

trario ser protegidas como imágenes de la fraternidad.

No quiero dejar de aprovechar la ocasión , por lo mismo que se ofrece muy raras veces , de hacer un justo elogio de la legislación de mi país en este punto : las leyes de España prohíben á los jueces mezclarse en las particiones de las herencias , á no ser que sean interpellados por alguno de los interesados , ó que haya alguno ausente ó menor que no tenga quien le represente. Todo lo hacen por sí los herederos , y si se presenta algun punto en que no pueden convenirse , mas ordinariamente recurren á un árbitro que á un juez. Esta ley es admirable ; ántes de ella los jueces , escribanos , abogados y procuradores se aplicaban una buena parte de las herencias legítimas, ú *abintestato*.

## CAPITULO IV.

### *De los testamentos.*

1.º No conociendo la ley á los individuos, no podria acomodarse á la diversidad de sus necesidades. Lo mas que puede exigirse de ella, es que ofrezca la mayor probabilidad posible de que es conforme á estas necesidades. Toca á cada propietario, que puede y debe conocer las circuns-

tancias en que se hallarán despues de su muerte las personas que dependen de él, toca, digo, á cada propietario, corregir las imperfecciones de la ley, en las cosas que ella no ha podido preveer. La facultad de testar es un instrumento que se pone en las manos de los individuos, para prevenir calamidades privadas.

2.º Puede tambien mirarse esta facultad como un instrumento de autoridad que se confia á los individuos, para fomentar la virtud y reprimir el vicio en el seno de las familias. És verdad que el poder de este medio puede volverse en sentido contrario; pero por fortuna estos casos serán una excepcion. El interés de cada miembro de la familia es que la conducta de cada uno de los otros sea conforme á la virtud : esto es, á la utilidad general. Las pasiones pueden ocasionar algunos extravíos accidentales; pero la ley debe arreglarse al curso ordinario de las cosas. La virtud es el fondo dominante de la sociedad; y aun se ven padres viciosos que se muestran tan zelosos como los otros de la honradez, y de la reputacion de sus hijos.

Tal hombre poco escrupuloso en sus negocios, sentiria muchísimo que su conducta secreta fuese conocida en su familia, y no deja de ser en medio de los suyos el apóstol de la probidad, de que necesita en los que le sirven. En esta parte puede la ley dar su confianza á todo propietario. Revestido este del poder de testar, que es una rama de la legislacion penal y remuneratoria, puede ser mirado como un magistrado establecido para conservar el buen orden en el pequeño estado que se llama familia. Este magistrado puede sin duda prevaricar, y aun como no es contenido en el ejercicio de su poder por la publicidad ni por la responsabilidad, estará mas expuesto al parecer á abusar de él, que un magistrado público; pero este peligro está mas que contrabalanceado por los vínculos de interés y de afecto, que ponen sus inclinaciones de acuerdo con sus debéres. Su afecto natural á sus hijos, ó á sus parientes, es una prenda de su buena conducta, que dá tanta seguridad como se puede tener en la de un magistrado político; de manera que considerado todo, la autoridad

de este magistrado sin nombramiento ,  
ademas de ser absolutamente necesaria  
para los hijos menores , será mas veces  
saludable que perniciosa para los adultos  
mismos.

3.º El derecho de testar es útil tambien  
por otro respeto; porque es un medio de  
gobernar con el carácter de señor , no por  
el bien de los que obedecen , como en el  
art. antecedente , sino por el bien del que  
manda. De este modo el poder de la ge-  
neracion presente , se extiende sobre una  
porcion de lo futuro , y se dobla en cierto  
modo la riqueza de cada propietario; por-  
que , por medio de una asignacion para un  
tiempo en que ya él no existirá , se pro-  
cura una infinidad de ventajas superiores  
á sus facultades actuales. — Continuando  
mas allá del término de la menor edad la  
sumision de los hijos , se aumenta el des-  
quite ó indemnizacion de los cuidados pa-  
ternos , y se dá al padre una seguridad  
mas contra su ingratitude; y aunque fuera  
muy agradable pensar que estas precau-  
ciones son superfluas , sin embargo , si se  
consideran las enfermedades de la vejez ,

se verá que conviene dejarla todas estas atracciones facticias, para que la sirvan de contrapesos. En el descenso rápido de la vida se la deben proporcionar todos sus apoyos, y no es inútil que el interés sirva de consejero á la obligacion.

La ingratitud de los hijos y el desprecio á la vejez, no son vicios muy comunes en las sociedades civilizadas; pero debe tenerse presente que en todas partes existe poco mas ó ménos el poder de testar: ¿son estos vicios mas frecuentes donde este poder es mas limitado? Para decidir esta cuestion convendria observar lo que pasa en las familias pobres donde hay poco que dejar; pero aun este modo de juzgar sería defectuoso; porque la influencia de este poder que las leyes han establecido en la sociedad, contribuye á formar las costumbres generales, y despues las costumbres generales determinan los sentimientos de los individuos. Este poder dado á los padres hace mas respetable la autoridad paterna, y algun padre que por su indigencia no puede ejercerlo, se aprovecha sin advertirlo del hábito general de sumision que

aquel poder ha producido. Sin embargo, debe cuidarse de que haciendo á un padre un magistrado, no se haga de él un tirano. Si los hijos pueden tener faltas, el padre puede igualmente tener las suyas, y aunque se le dé el poder de corregirlos y castigarlos, no se le debe autorizar para hacerlos morir de hambre. Así la institucion de lo que en Francia se llama una legítima, es un medio conveniente entre la anarquía doméstica y la tiranía. Aun esta legítima deberia el padre poder quitarla á los hijos, pero solamente por una causa señalada expresamente en la ley, y probada judicialmente.

Aquí se presenta otra cuestion, ¿ tendrá un propietario el derecho de dejar sus bienes á quien le parezca, sea á parientes remotos, sea á personas extrañas, á falta de herederos naturales? — En este caso, el recurso fiscal de que hemos hablado en el art. de las sucesiones quedaria bien disminuido, y solo se verificaria en los intestados. — En este punto hay razones de utilidad por uno y otro lado, pero podria tomarse un medio.

Por una parte, un hombre que no tiene parientes, tiene necesidad de los servicios de personas extrañas, y su afecto á ellas, es casi el mismo. Conviene que pueda cultivar la esperanza, y recompensar el cuidado de un criado fiel, y mitigar los pesares de un amigo que ha envejecido á su lado, sin hablar de una múger á la cual solamente ha faltado una ceremonia para ser llamada su viuda, y de unos huérfanos, que son sus hijos á los ojos de todo el mundo, ménos á los del legislador.

Por otra parte, si por aumentar la herencia del tesoro público, se priva al propietario del poder de dejar sus bienes á sus amigos; ¿no se le fuerza á gastarlos todos él mismo? Si se le impide disponer de su caudal en el momento de su muerte, se le dá una gran tentacion á convertirlo en rentas vitalicias. Esto es estimularle á ser disipador; y casi hacer una ley contra la economía.

Estas razones son preferibles, sin duda, al interés fiscal. Convendria á lo ménos dejar al propietario que no tiene parientes cercanos, el derecho de disponer de la

mitad de sus bienes para despues de su muerte, reservando la otra mitad al público. Contentarse con ménos,sería tal vez en este caso el medio de conseguir mas; pero aun es mejor no tocar al principio que permite á todos disponer de sus bienes para despues de sus dias, y no crear una clase de propietarios que se mirarian como inferiores á los otros por esta impotencia legal, que comprendia la mitad de sus bienes.

Debe aplicarse á los testamentos todo lo que queda dicho de las enagenaciones entre vivos. En la mayor parte de los puntos nos instruiremos por la conformidad, y algunas veces por el contraste.

Las mismas causas de nulidad que se aplican á las enagenaciones entre vivos, se aplican á los testamentos, excepto que en lugar de la reticencia indebida de parte del enagenante, debe substituirse la *suposicion errónea* de parte del testador. Hé aquí un ejemplo. Yo lego una cierta propiedad á Ticio que se ha casado con mi hija, teniendo por legítimo este matrimonio, é ignorando la mala fé de Ticio, que, ántes

de casarse con mi hija, se habia casado con otra que vive todavía.

Los testamentos están expuestos á un dilema que por ámbos lados presenta inconvenientes : si se admite su validacion cuando están hechos, estando el testador próximo á morir, están expuestos á la coercicion indebida y al fraude; y si se exigen formalidades incompatibles con esta indulgencia, se expone á los testadores á verse privados de socorros en el momento en que mas los necesitaban. Unos herederos bárbaros pueden atormentarlos para apresurar ó asegurar el provecho de un testamento otorgado con todas las formalidades. Un moribundo que ya nada tiene que dar ni quitar, no es ya de temer. — Para reducir estos riesgos opuestos al menor término, sería preciso entrar en muchos pormenores.

#### COMENTARIO.

Hay grandes y acaloradas disputas entre los romanistas, sobre si la facultad de testar viene del derecho de gentes primario, que es el mismo que llaman tambien derecho natural secundario, para distinguirlo de aquel otro derecho

natural, que la naturaleza, según dicen los jurisconsultos romanos, enseña á todos los animales; ó debe únicamente su origen al derecho positivo ó civil. Para nosotros que no conocemos otras leyes que las positivas, esta disputa es ridícula. El mas célebre de los comentadores de las instituciones de Justiniano, Arnaldo-Winio tomó en esta contienda un partido medio, defendiendo que el testamento en su substancia y origen es de derecho natural, y en sus formas, de derecho civil; y después de sostener su opinion con cuantos argumentos pudieron sugerirle su filosofía y su erudición, cita á Tácito que asegura que los antiguos germanos no conocieron el uso de los testamentos. Heinecio, editor y comentador de la obra de Winio, añade al ejemplo de los germanos, los de otros muchos pueblos antiguos y modernos, cultos y salvajes, que tampoco conocieron la facultad de testar. Los Atenienses ántes de Solon, y los romanos ántes de los decemvros, que de Atenas y de otros pueblos de la Grecia llevaron á Roma las leyes de las doce tablas, tampoco testaban; ¿pues cómo puede decirse que viene de la ley natural, comun á todos los hombres, un uso desconocido de tantos pueblos?

El hombre pues debe á las leyes positivas la facultad de disponer de sus bienes para después de su muerte: lo que resta averiguar es si las leyes que conceden esta facultad son conformes ó contrarias al principio de la uti-

lidad ; ó en otros términos, si el derecho de testar es útil ó pernicioso. Si se habla del testador en particular, parece á primera vista que le es muy ventajoso este derecho por las razones que con tanta claridad expone nuestro autor ; pero si se habla de la utilidad general, la cosa parecerá á lo ménos dudosa al que observe el abuso que se hace muy ordinariamente de la facultad de testar, y las contiendas, enemistades, odios, rencores, y pleytos tenaces y ruinosos que nacen de los testamentos. Las leyes de casi todos los pueblos los sujetan á tantas y tan sutiles y menudas formalidades, que no es muy fácil dejar de faltar á alguna ; y así apenas se presentan algunos testamentos que no puedan ser atacados en justicia, principalmente por los hombres astutos y versados en las cabilosidades y embrollos del foro. Tantos monasterios, tantas otras fundaciones absurdas, destinadas á fomentar la holgazanería y la mendicidad, y por consiguiente el delito ; las riquezas inmensas del clero católico con inclusión de las de su gefe ; los mayorazgos, enemigos de la prosperidad pública ; todos estos bienes y otros muchos de la misma clase debe la sociedad al derecho de testar ; y en general, ¿ cuán fácil no es abusar de los últimos momentos de un moribundo para arrancarle un testamento contrario á los intereses del público ? Un celibato rico vive cercado de lazos que le ponen los codiciosos astutos, y es

casi necesario un milagro para que no caiga en ellos.

No me parece que estos inconvenientes son bien compensados por las ventajas que puede sacar un propietario, de que las leyes dejen en sus manos medios de recompensar á las personas que le sirvan: el viejo rico podrá pagar actualmente los servicios que reciba, y no será mas mal servido por criados asalariados que por personas que le sirvan con la mira de heredarle: al contrario, estas personas luego que han arrancado al viejo el testamento que deseaban, ya tienen un interés en que cuanto ántes muera, para que no pueda mudar de voluntad, y para librarse de una carga que ya debe serles muy pesada; en vez de que unos criados bien tratados y bien pagados, tienen un interés visible en prolongar la vida de su amo; y el viejo pobre nada ganará por la facultad de testar, y tan abandonado se verá con ella como si no la tuviera: fuera de que, para premiar algunos servicios señalados, bastaria que la ley dejase al hombre la facultad de disponer de una parte de sus bienes, de la cuarta por ejemplo, y no de todos. Parece que el legislador, libre de pasiones é inaccesible á la seducción, podria disponer de estos bienes con mas juicio, y con mas provecho que un individuo que tiene intereses particulares, contrarios á veces al interés comun, y que tan fácilmente puede ser seducido ó arrastrado por una pasión injusta.

Se dirá acaso que si el hombre no pudiera disponer de sus bienes para despues de su muerte , los gastaria en vida , convirtiendo sus capitales en rentas vitalicias ; pero prescindiendo de que no está probado que esto fuese un mal , si el testador no tenia parientes próximos , el temor sería nulo en el hombre que tuviese hijos , padres ú otros parientes inmediatos , á quienes sabía que la ley aplicaba sus bienes ; porque suponemos que la sucesion legitima ó *abintestato* sería arreglada segun los principios que dejamos sentados en el capítulo anterior. En esta suposicion es de creer que procurase conservar sus bienes para unas personas amadas ; y si á pesar de su afecto se entregaba á la disipacion , la facultad libre de testar no le haria seguramente mas económico , y le haria tal vez injusto con sus parientes.

Para contener á sus hijos en la sumision y el respeto , y premiar el mérito sobresaliente de alguno de ellos , bastaria que la ley permitiese al padre disponer de la cuarta parte de sus bienes en favor del benemérito ; y aun de esta facultad se abusaria frecuentemente , como se abusa con efecto en los paises donde las leyes la conceden generalmente : los primogénitos son los mejorados , y muy pocos son los padres que consideran en estas mejoras el mérito comparativo de sus hijos.

Si esto no se creía bastante para dar á la autoridad paterna toda la fuerza , toda la in-

fluencia , y toda la consideracion conveniente , la facultad de privar de su porcion á un hijo ingrato ó de costumbres depravadas , llenaria perfectamente este objeto ; pero para que este derecho no se convirtiese en tiranía , el padre no podria hacer uso de él sino por causas determinadas expresamente en la ley. En Aragon puede un padre dejar todos sus bienes á un hijo , y exheredar á los demas sin causa legítima ; y no por eso se observa que los hijos sean allí mas sumisos y respetuosos á sus padres , y de mejores costumbres que en Castilla , donde es desconocida esta facultad absurda ; y lo mas que el padre puede hacer , es mejorar a uno de sus hijos en el tercio y quinto de sus bienes. En Aragon , si el padre tiene hijos de dos matrimonios , regularmente los del primero son desheredados ; porque la madrastra trabaja por los suyos , y el padre mismo se inclina mas a los hijos cuya madre vé á cada momento , que le cuida en sus males , le consuela en sus aflicciones , y le hace la vida agradable ó ménos penosa. Una reforma es absolutamente necesaria en esta parte de la legislacion aragonesa : ó es necesario prohibir el segundo matrimonio habiendo hijos del primero , ó abolir la facultad de desheredar sin causa.

Apénas me atrevo a manifestar mi opinion sobre este punto importantísimo de legislacion : ¿ no me tendrá el lector por demasiado inmodesto y atrevido , si le digo que no pienso como

Bentham y otros grandes hombres sobre las ponderadas ventajas del derecho de testar? Sin embargo, no puedo decirle otra cosa sin hacer traicion á mi opinion. Yo hé leído, no me acuerdo donde, que los decemviro pensaban como yo; pero que no atreviéndose á privar á los vandidos ciudadanos de Roma de la libertad en que estaban de disponer de sus bienes para despues de su muerte, consagraron esta libertad en las leyes de las doce tablas; pero al mismo tiempo estaban en aquella época sujetos los testamentos á tales y tantas fórmulas y solemnidades, que apénas era posible hacer un testamento válido, y casi siempre se sucedia segun la ley ó *abintestato*.

Aun recibida por las leyes la facultad de testar, nunca debe ser tan extendida como la que el derecho decemviral concedió á los romanos: *uti pater familias legassit super familie, pecunie vesuoe ita jus esto*. Esto era hacer de cada padre de familia un tirano que no reconocia otra ley que su pasion ó su capricho, lo que no puede ser conforme al principio de la utilidad. Así, las leyes romanas mas nuevas limitaron esta libertad con el establecimiento de la legítima, de que el padre no podia privar á su hijo, sino por uno de los motivos expresamente señalados en la ley; y la legislacion de los mas de los pueblos modernos ha seguido en esta parte á la romana. Las leyes de España me parecen llenas de justicia y sa-

biduría en este punto : permiten al padre de familia disponer de la quinta parte de sus bienes como quiera, y así le dan medios de recompensar á personas extrañas que le hayan hecho algunos servicios , ó de hacer bien á las que ame particularmente : le autorizan tambien para mejorar á uno de sus hijos en el tercio de sus bienes, y el resto es lo que se llama legítima , que se parte igualmente entre todos los hijos. El testador que no tiene descendientes ni ascendientes en línea directa , que son los únicos herederos necesarios , puede disponer de sus bienes á favor de la persona que le parezca ; estas son las únicas herencias que me parece podrian gravarse sin inconveniente ni violencia con una contribucion razonable.

El testamento no debe estar sujeto á otras formalidades que las necesarias , para que racionalmente se crea que lo que expresa fué la voluntad libre del testador.

La legislacion francesa me parece muy digna de ser imitada en este punto : el testamento ológrafo , muy semejante al testamento militar de los romanos , es válido con solo que esté escrito todo y firmado por el testador con expresion de la fecha ; y si el testador prefiere hacer su testamento de un modo mas público y auténtico , la presencia de dos escribanos y dos testigos , ó de un escribano y cuatro testigos hábiles , basta para la validacion y firmeza

del acto , que, supuesta la facultad de testar, no debe recargarse de solemnidades que dificulten el ejercicio de ella , y den motivo á cuestiones y pleytos.

## CAPITULO V.

### *Derechos sobre servicios. — Medios de adquirirlos.*

DESPUES de las *cosas* resta distribuir los *servicios* , especie de bien que se confunde á veces con las cosas , y á veces se presenta bajo una forma distinta.

¿Cuántas especies hay de servicios ? Tantas, cuantos medios hay de poder el hombre ser útil al hombre, ya sea procurándole algun bien , ó ya sea preservándole de algun mal.

En este cambio de servicios que constituye el comercio social, unos son libres, y otros son forzados; los que la ley exige constituyen derechos y obligaciones; porque si yo tengo *derechos* á los servicios de otro, este otro está en un estado de obligacion con respecto á mí; estos dos términos son correlativos.

En su origen todos los servicios han si-