

Faint, illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page. The text is arranged in approximately 20 horizontal lines across the center of the page.

x-rite

colorchecker CLASSIC



~~76-2-Com 11~~

48-2-13-28

28

Fo
915
(1)

Disheredacion. Esposicion del tit. XIII, libro II
de las Instituciones de Justiniano.

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
BIBLIOTECA
MADRID

DISCURSO

DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL

DEL AÑO DE 1874 Y 1875

EN EL AÑO SOLEMNE DE REGIMEN LA UNIVERSIDAD EN

Doctrina: Exposición del III. libro II
de las Instituciones de Justiniano
DISEÑO CIVIL Y CAMBIO

DISCURSO

LEIDO EN EL PARANINFO

DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL

POR EL LICENCIADO

DON JUAN DE TAPIA Y NIETO

EN EL ACTO SOLEMNE DE RECIBIR LA INVESTIDURA DE

DOCTOR EN LA FACULTAD DE

DERECHO CIVIL Y CANONICO.



MADRID.

Imprenta de P. Conesa, Justa, 25.
1866.



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5316094028

Fo
915
(1)

DISCURSO

LEIDO EN EL PARLAMENTO

DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL

POR EL LICENCIADO

DON JUAN DE TABIA Y NIETO

EN EL ACTO SOLEMNE DE RECIBIR LA INVESTIDURA DE

DOCTOR EN LA FACULTAD DE

DERECHO CIVIL Y CANONICO.



MADRID

Imprenta de F. Comas, Justa, 20.

1888.

EXCMO. É ILMO. SR.

I.

Digno es, por mas de un concepto, fijar nuestra atencion en una de las causas que, fuera de toda duda, ha sido la que mas ha influido en los adelantos de la civilizacion Europea, « *El Derecho Civil de los Romanos*; » bajo cualquier aspecto que se considere á la civilizacion romana, ya siendo el bello ideal de anteriores sociedades, rindiéndole el justo culto que ha merecido á tantos Literatos, como Artistas y Poetas, ya no se la mire de un modo tan halagüeño y lisonjero, es un principio establecido que, Roma, ese pueblo rey con su sábia legislacion, ha sido el destinado á legar á la posteridad un rico tesoro de saber y de justicia: él dejó por medio de sus leyes monumentos imperecederos que ni la sucesion de los tiempos, ni los progresos de la civilizacion, ni las extraordinarias vicisitudes porque han pasado los pueblos, han sido suficientes causas para aniquilar monumen-

tos que, siendo la base de los Códigos modernos, han sido tambien á los ojos de hombres reflexivos y pensadores, la moral mas pura que el Autor de la naturaleza escribiera en el corazon humano; y segun la espresion de un célebre escritor, (1) la misma razon ilustrada en su mayor grado de cultura reducida á leyes escritas. ¡Qué dicha para un pueblo, Excmo. é Ilmo. Sr., el ser destinado á reducir á preceptos escritos las máximas eternas de la razon, legislando no solo para aquellas generaciones, sino que tambien para las que habian de sucederlas! Hé aqui la gran gloria del pueblo romano, pues que aun cuando con profundo pesar contemplase que el astro luciente que presidia sus destinos se eclipsaba por completo, vió placentero á la rica aureola que coronaba sus leyes ostentarse con tal brillantez, que sus fuertes resplandores no ha podido extinguirlos el trascurso de tantos siglos.

Roma, el coloso imperio, llevando sus aguerridas huestes hasta los limites de la tierra conocida, hace rendir á sus pies los demás pueblos á los que despoja de las artes, de las ciencias y de la cultura, de sus Dioses, y hasta de su civilizacion, para mejor formar el rico adorno que habia de constituir el trofeo glorioso de sus victorias, y cual si quisiera perpetuar su dominio, no ha querido que sus conquistas sean estériles para la humanidad, así como tampoco el que las naciones vencidas no guardasen mas que el recuerdo de sus grandes victorias; no, su legislacion aplicable á todos los tiempos, países y personas, respira aquella sabiduría, aquella profundidad de buen sentido, en una palabra,

(1) Leibnitz.

aquel espíritu vivificante de legislar que fué el carácter propio y singular de los Señores del mundo, cuyos destinos como no estuviesen aun cumplidos, parece que el cielo la tenía reservada para dominar eternamente sobre los demás pueblos, por su razón, por su sabiduría, después de haber reinado por su autoridad.

Dejando aun lado, por no ser mas prolijos en el justo encomio de la legislación romana, el manifestar cuál haya sido la influencia que pudieron tener en su perfección así las contiendas entabladas entre el patricio y el plebeyo, como la extensión de su poder, no menos que la sustitución del cristianismo á la idolatría, etc., se nos hace ver, fué tal el carácter y tal la preponderancia que adquirió el derecho en Constantinopla y Roma, que solo él bastó para dar al pueblo romano una dominación que la hacía mucho mas duradera que la que pudiera obtener por medio de sus grandiosas y memorables conquistas: en efecto, las obras legales del Emperador Justiniano, vemos no solo hacerse lugar en todas las Escuelas de Derecho y en todos los Tribunales, sino que tambien merecen la preferencia aun hasta en aquellas leyes de países que nunca estuvieron bajo su poderoso cetro. ¿Cuánto no pudiéramos estendernos si entrásemos en un particular análisis de las leyes de cada país comparándolas con las de Roma? ¿Qué demostraciones no haríamos tan evidentes de la verdad que llevamos sentada al ver que las unas son copias de las otras? Abranse los Códigos de nuestra España, de Inglaterra, Alemania y otros, y se observará como ellas son la fuente del derecho de todas las naciones Europeas, y que sin ellas en vano pretenderíase entender el verdadero, el natural sentido de las leyes. Díganlo sino hasta

los mismos que se apellidaban antagonistas y enemigos de las leyes romanas, por considerarlas inútiles y aun perjudiciales, que se les veia recurrir á ellas siempre que se hallaban indecisos en las varias resoluciones que en diferentes casos se les ofrecian, por no encontrar en las leyes de su país como resolverlas, viniendo á ser por lo tanto la inutilidad de aquellas un auxilio en sus dudas, y cuyo perjuicio, como equivocadamente creian, venia á convertirse en un fuerte apoyo, en el sosten de todas sus resoluciones. Tal es la importancia de tan sábia legislacion, tal la veneracion que le debemos.

La legislacion romana que ha merecido el dictado de *razon escrita*, ha sido y será siempre un objeto de gran valor para los Filósofos, no menos que para los Historiadores; ya la consideremos bajo el aspecto científico, ya bajo el terreno de la práctica, quedando justificado nuestro aserto, si los estrechos límites de un discurso permitieran presentar siquiera un bosquejo de la legislacion mencionada: mas como esto no sea posible, pasamos á esponer la doctrina de uno de sus títulos, acaso mas importantes cual es: *el XIII del libro 2.º de las Instituciones del Emperador Justiniano*, cuya esposicion forma el Tema de mi humilde é insignificante trabajo.

Mas, ¿qué podré decir desde este sitio que antes no haya sido hábil y científicamente espuesto por elocuentes personas cuya voz mucho mas autorizada que la mia, ha resonado una y otra vez bajo la bóveda del templo de las ciencias que hoy nos cobija? ¿Qué nuevos pensamientos, qué nuevas ideas podré emitir que no hayan sido sábiamente presentadas en este sagrado recinto en donde se han distin-

guido hombres de tanta valia, ya por su talento como por su saber y erudicion?

Al considerarlo, Excmo. é Ilmo. Sr., al sentir lo débil de mis fuerzas, lo escaso de mis conocimientos juridicos y el carecer por completo de un escogido, á la vez que poético lenguaje con que en otro caso engalanára mis desaliñadas producciones, y por otra parte, al ver toda la gravedad que en si encierra el asunto de que me voy á ocupar, me desalienta de tal modo, que temo no poder desempeñar mi cometido con toda la estension, con todo el acierto y brillantez que es necesario, y como hay derecho á esperar lo asi, de los que ocupan este honroso puesto.

Todas estas circunstancias, unidas á la benignidad que en alto grado distingue á quien en estos momentos tengo la honra de dirigir la palabra, me impelen más y más á suplicar su indulgencia, en la que plenamente confiado, doy principio á llenar la delicada mision que me ha sido encomendada.

II.

Uno de los tratados mas culminantes que vemos en todas las legislaciones civiles es, á no dudarlo, la constitucion de la familia: la familia, esa sociedad que á nuestra vista se presenta, regida por la mas sagrada, por la mas antigua de todas las autoridades, por la autoridad paterna, obra inme-

diata de la naturaleza, la que estendiendo sobre el dulce hogar doméstico su amado cetro, dirige con apacible mirada los vástagos de su propia vida que, semejantes á las jóvenes ramas del olivo, se hallan colocados al rededor de su mesa; ella es el elemento en donde el hombre nace, crece y se desarrolla para conseguir sus nobles fines, siendo la firme base sobre que descansa la existencia del Estado, la condicion de su progreso. Cuál sea la gran importancia de la familia en el órden social, desde luego se descubre si al hombre interesa cumplir sus fines, si al Estado, su existencia y su progreso.

Al ocuparse la legislacion romana de la autoridad paterna, no obstante de ser tan conformé en muchas de sus partes á la naturaleza, tan fiel intérprete de la razon, acoge, sin embargo, de un modo tal sus instituciones civiles, que ellas son las que forman su única regla; haciéndola desviar alguna vez, ya de lo que le marca la primera, ya de lo que le dicta la segunda, dando lugar con su manera de ser á lo muy oportunamente manifestado por el sábio Emperador, reconociendo y confesando que el poder de los Padres tal como se hallaba constituido en Roma, era peculiar y esclusivo de este pueblo. (1) Sabido es cuál era el poder que los Padres ejercian sobre sus hijos. Por la ley de Rómulo en un principio, mas tarde repetida y confirmada en la Decenviral, el Padre de familia se hallaba revestido de un poder tal, que venia á equipararse al que ejerciera el Señor sobre su esclavo; poder que jamás obtuvo la mujer, disfrutando tan solamente el Padre de toda clase de dere-

(1) Inst. párrafo 2.º de Patria potestad.

chos sobre sus hijos y descendientes, sin que para con ellos tuviese obligacion alguna, no teniendo los hijos á su vez sino deberes para con su Padre, y no gozando de derecho alguno con respecto de él: pues por mas que se hallasen ennoblecidos con alguna dignidad, por mas que disfrutasen de algun honor, siempre se les reputaba ó eran tenidos como una cosa ante su primogenitor de la que podia disponer con la omnimoda y libérrima facultad que pudiera hacerlo un propietario en todo cuanto le pertenece. (1) Aun habia mas, era tanto lo que se estendia el llamado, no sin razon, *mayestático poder*, que no satisfecho de autorizar á los Padres para castigar severamente á sus hijos, entregarlos á cualquiera en indemnizacion de un daño que hubiesen causado para repararle por medio de su trabajo, de desheredarlos libremente, de esponerlos á la inclemencia, le dá la facultad de venderlos hasta tres veces, y como si no fuera bastante, le concede sobre su vida un derecho por el que se le permite darlos la muerte. (2) Adquirimos, dice Ulpiano, por las personas que están bajo nuestro poder, (3) cuyo testo al esplicarlo los comentadores, añaden: El padre adquiria por su hijo.... los hijos heredaban para su padre, mientras que éste, si aquellos tenian su peculio, era su heredero. (4)

Hé aquí como se hallaba constituida la familia romana, y cuáles fueron así los derechos como el poder ilimitado que la ley concedia á su Jefe; encontrándose adaptado, como es

(1) Inst. lib. 1.º tit. IX. de Pat. potest. párrafo 1 y 2.

(2) Tab. IV.

(3) Frag. tit. XIX. párrafo 18.

(4) Heinec. ad. Leg. Jul. Poppaeam. lib. 2.º cap. 11.

consiguiente á sus severos principios aquel gran derecho de la patria potestad que bajo el nombre de *Desheredacion*, sancionaba con tanta concision como energia la célebre ley de las Doce Tablas (1) facultando como hemos visto y considerando al Padre no solo como un legislador en su familia, sino que haciéndolo único propietario de todo cuanto pertenecia á la sociedad doméstica, le concedia el derecho de disponer ó de hacer cuanto quisiera de sus bienes, pudiendo, en virtud de esta ámplia facultad, desheredar sin causa ni motivo alguno á sus hijos: *Pater familias uti legassit, ita jus esto*. Ley que, si bien poco conveniente al parecer, estaba en perfecta armonia con aquella legislacion, pues que segun sentir de Paulo, (2) teniendo entonces los Padres el derecho de vida y muerte sobre sus hijos, con mucha más razon debian tener el de escluirlos de la herencia á su antojo.

Calificase ordinariamente á esta legislacion de bárbara é hinumana, siendo vituperada al considerar la exageracion de los derechos concedidos al poder paterno. No es mi propósito, Excmo. é Ilmo. Sr., defender en esta parte á una legislacion que se hace poco aceptable si atendemos al estado de nuestra sociedad actual, mas no por eso déjase de conocer en este poder absoluto un principio de fuerza y unidad, que debía necesariamente influir sobre la sociedad política. El poder del lazo de la familia fué, á no dudarlo, una de las causas del engrandecimiento romano, en cuya robusta y austera organizacion encontró la antigua Roma la firme y

(1) Tabla V.

(2) Ley 11. tit. 2.º lib. 18. Dig.

anchurosa base de su libertad, que le dió alientos para conquistar al mundo, no siéndonos desconocido que esta institución, al efectuarse el cambio de sus primitivos principios, ha servido como de fundamento á la patria potestad de nuestros dias; no debiendo, por lo tanto, admitir tan desfavorables suposiciones, cuando sus instituciones han sido el asombro y admiracion de todos los pueblos. ¿Podía, debia ser gobernado en su origen un pueblo como el de Roma formado por multitud de bandidos de diferentes naciones, por unas leyes semejantes á las que pudieran dictarse para otros que, lejos de encontrarse como él, reunian condiciones de una ilustrada sociedad cuyas costumbres se hallaban suavizadas por la cultura de una civilizacion basada en el sentimiento de la dignidad humana? En un pais libre, en donde repetidas veces la autoridad seria menos acatada, necesidad fué conservar el vigor de la disciplina doméstica dando la posible estension al poder paterno. Si la mujer se vió destituida de este exorbitante poder, consecuencia fué de profundas meditaciones sobre la debilidad del sexo, á la que considerándola como precioso eslabon enlazado en la fuerte y ordenada cadena formada por las relaciones domésticas, necesariamente debia de reclamar los cuidados de un sexo protector, sometiéndose á los deberes de una útil, de una grata dependencia (1). Por último, los Romanos, efecto de su constitucion política y de las circunstancias anómalas en que se encontraban, juzgaron conveniente el constituir este poder, ya para la mejor organizacion de la familia, ya porque nunca creyeron podia ser perjudicial, puesto que nadie

(1) Orodea de Pat. Potest. tit. 5.º

atenta contra su persona, siendo los hijos parte de los que le dieron el ser; así como tampoco el que podía ser muy terrible, porque le consideraron bastante enfrenado por el grito de la naturaleza que resuena en el corazón humano; pero desgraciadamente la corrupción de costumbres penetra atrevida los umbrales del hogar doméstico, y aposentándose en él, cual si fuera su propia morada, introduce el vicio en el seno de las familias; amenaza á la sociedad con escándalos y abusos, antes desconocidos, siendo, por último, la causa de que tan augusto poder, fuese paso á paso languideciendo para después desmoronarse por completo. Tristes son en verdad los ejemplos que la historia de Romanos presenta, llenando de horror y espanto, no sin razón, al recordar los nombres de aquellos Padres que, desnaturalizados por completo, acercando impávidos con parricida mano á los puros labios de inocentes criaturas la funesta copa que llevando esculpido el nombre *Desheredacion*, guardaba en su seno el amargo nectar cuyos lamentables efectos, haciéndose sentir poco á poco, habían de proporcionar á la inocente víctima días de desventura, quizá tal vez de desesperación (1). ¿Mas, por estos abusos cometidos, podrán calificarse de inhumanas las disposiciones de tal legislación? ¿Pudo nunca ser su espíritu el facultar á los padres para que desheredasen injustamente á sus hijos? Indudablemente que no. Interrogado Solon, por qué no había establecido una pena contra los que maltratasen á sus Padres, contestó: «Es tanto el horror que la naturaleza tiene á tan inicua acción, que

(1) El niño C. Tercio, fué desheredado por su padre. Valer. Max. lib. 7.º cap. 9. párrafo 3.

no creo pueda haber hombres que se atreván á cometer tan horrendo crimen (1).» Ahora bien, si los sabios legisladores de Roma hubieran sido preguntados en aquel entonces, cuál fuera la causa por la que concedían tanta libertad á los Padres de familia, sin duda alguna hubieran contestado: son tales los afectos de amor y de cariño que tienen los Padres hácia sus hijos, que apenas creemos podrá suceder haya uno solo que juzgue tan injustamente de su misma sangre. Evidentemente se nos manifiesta esta verdad en tiempo de la República, que aleccionados ya los legisladores por una triste experiencia, arrancan el antifaz que cubria las indiscreciones del testador, imponiéndole la necesidad de escluir nominalmente al que ocupando, el primer lugar en la sucesión intestada, era anteriormente con frecuencia preterido (2).

III.

Que los descendientes son los herederos naturales de sus ascendientes, es una verdad que no necesita demostrarse; pues como dice un distinguido jurisconsulto de la antigüedad: (3) los descendientes no son otra cosa que los continuadores en el dominio de los bienes de sus predecesores,

(1) Plutarco, vida de Solon.

(2) Ley CXX. tit. 16, lib. 50. del Dig.

(3) Paulo,

cuya administracion adquieren nuevamente. Siendo los hijos deudores de los Padres por la vitalidad que de ellos han recibido, siendo asi mismo el objeto de sus privaciones y desvelos, cuyos productores é intensos trabajos se dirigen á satisfacer durante una dilatada série de años los gastos, tanto de su conservacion como de su educacion, procurando incesantemente por su bien, venciendo obstáculos que parecen insuperables, sufriendo simultáneamente disgustos mil, prodigando constantemente los mayores cuidados con la ternura y afecto que en ellos se debe suponer, y por fin, socorriendo las mayores necesidades que siempre se dejan sentir en una generacion que principia, son motivos suficientemente poderosos para que los descendientes ocupen el primer lugar en el orden de suceder: asi lo comprendieron los Romanos, cuyos hijos, como se hallasen clasificados en distintas condiciones para la sucesion, asi tambien el Padre tenia, segun ellas, la mayor ó menor facultad para desheredarlos: cuáles fueran los de mejor condicion entre estos, se nos dice en las *Constituciones de Justiniano*, ser los hijos varones, suyos, naturales y de primer grado; los cuales, segun el Derecho antiguo, como se hallasen constituidos en la potestad del Padre formando con él, por decirlo asi, un solo cuerpo, y por lo tanto, siendo considerados como condueños de los bienes de aquel, exigió para su exclusion la expresa voluntad del testador, requisito de tanta esencialidad que sola su omision daba lugar á la nulidad del testamento de un modo tal, que aun en el caso de que el hijo muriera antes que el Padre, ninguno podria ser heredero en virtud de un testamento que no era válido desde el principio, el cual, no habiendo tenido fuerza al tiempo de otorgarse, no era po-

sible la adquiriese mas tarde, pues como prescribe la regla Catoniana, (1) la institucion que no es válida á la muerte del testador, tampoco lo seria porque hubiese vivido mas tiempo, no pudiendo hacerse válido con el trascurso de los años, lo que en un principio iba marcado con el sello de la nulidad.

No sucedia lo mismo respecto de las *hijas suyas naturales y otros descendientes*, los cuales, no siendo de la misma condicion que los hijos, podian ser omitidos ó desheredados sin formalidad alguna, quedando el testamento válido y subsistente; disposicion muy conforme con la constitucion de la familia romana, en la que se observaba ser mucho mas fuertes los lazos de la pátria potestad con relacion á los hijos varones de primer grado, que respecto de las hijas y los nietos; pues en ella vemos que mientras los primeros para salir de la pátria potestad necesitaban de la triple manumision, á los segundos bastábales tan solamente una vez; mas no se crea por esto quedasen sin participacion alguna en la herencia así las hijas y los nietos; pues que aun cuando omitidos guardase el testamento todo su vigor, se les concedia el derecho de acrecer, en virtud del cual, uniéndose los omitidos á los herederos instituidos, venian á participar una parte de la herencia, la cual como dicen Ulpiano, (2) Cayo y Paulo (3) variaba segun la diversa clase de herederos.

De peor condicion eran en la antigüedad aquellos descendientes, que conocidos con el nombre de *póstumos*, no les era dado el ser instituidos herederos por considerarlos per-

(1) Ley 1.^a tit. VII, lib. XXIV, del Dig.

(2) Reg. tit. XXII, párrafo 17.

(3) Sent. lib. III, tit. IV, párrafo 8.^o

sonas inciertas; rigurosa doctrina, que si bien adaptada á la severidad de aquellos tiempos, no tardó en considerarse altamente perjudicial, dando lugar al establecimiento de un útil principio que sucesivamente habia de prevalecer en favor de aquellos hijos á quienes momentos antes de nacer, la desgracia arrebatava al ser que les habia dado la vida, y al que en otro caso prodigándoles las mas dulces y tiernas caricias habia de contribuir sin tregua ni descanso á su completa felicidad; modificase con tan saludable principio la dura condicion de estos desgraciados, los que saliendo de su antigua y angustiosa situacion, adquieren aquella, que al tratar de su interés hace se les considere cual si hubiesen nacido, concediéndoles el derecho de una institucion nominal, de una desheredacion espresa: así se nos manifiesta en aquel fragmento de Scévola, en el que hallándose contenida la notable fórmula de Galo Aquilio, (1) se hace notar la posibilidad de instituir á los póstumos, cuando al tiempo de su nacimiento ocupáran un primer lugar en la familia del testador, doctrina que venia á ser apoyada por la célebre ley Junia Veleya (2) la cual no solo permitia la institucion ó desheredacion de los descendientes que hubiesen nacido despues de la muerte del testador, sino que se hacia estensiva á los nacidos en el intermedio de la formacion del testamento y de la muerte de aquel.

Igualmente se hallaba adaptada á estos principios la teoria de la desheredacion acerca de las *hijas póstumas*, no teniendo por consiguiente aquella efecto alguno, si estas ha-

(1) Ley 19, lib. XXVIII, tít. II, del Dig.

(2) Ulp. Reg. tít. XXII, párrafo 19.

bían dejado de ser nominal ó colectivamente desheredadas, en cuyo último caso, el testador habia de hacer constar su voluntad de una manera tal, que no dando lugar á la duda, desde luego apareciesen con toda claridad comprendidas en la desheredacion, que segun Justiniano para su validez hacíase necesario dejarlas un legado (1) para evitar que una interpretacion favorable ó una presuncion benévola, pudiesen hacer benigna en cuanto es posible la voluntad de los Padres hácia sus hijos, considerando á las póstumas cual si no fueran escluidas de la herencia.

Los nietos *póstumos*, empero, si al nacer eran herederos suyos, gozaban de una condicion que no solo al testador se le prohibia el preterirlos, sino que ni aun podia desheredarlos *inter ceteros* como sucedia con los anteriores, teniendo por consiguiente que escluirlos de una manera expresa, por mas que careciese de nombre el que aun no habia nacido.

Semejante á la condicion de los póstumos era la de aquellos que, naciendo al tiempo de otorgarse el testamento, venian á ser herederos suyos aun en vida del testador, los cuales conocidos con el nombre de *cuasi póstumos*, ó *póstumos civiles*, entraban á ocupar en la sucesion legitima el lugar del heredero suyo; adquiriendo los derechos de tal; pues aun cuando segun antiguos principios se los considerase como personas ciertas, las que solamente podian ser instituidas mas no desheredadas, por no ser llamadas á la legitima sucesion, sin embargo, como pudiera muy bien suceder que antes de la muerte del testador llegaran á ocupar el pri-

(1) Inst. lib. II tít. XIII, párrafo 1.º de Post. *simil. ya I* (1)

mer lugar en la familia, haciase necesaria la promulgacion de una ley, que atendiendo á este inconveniente, permitiese la desheredacion, como así sucedió: viendo el caso en que se encontraban los nietos respecto del abuelo, dictase una ley en tiempo de Augusto, (1) la que si bien, que condicionalmente, les concede el derecho de desheredacion entrando á ocupar el lugar del Padre que les precedia, cuando este ya por muerte, emancipacion ú otra cualquier circunstancia dejaba de pertenecer á la familia: ley que hacia equiparar en un todo los cuasi-póstumos varones y hembras, ora fuesen Aquilianos, ora Veleyanos, Salvianos y Cornelianos, á los póstumos de ambos sexos gozando del derecho de la institucion nominal y de la desheredacion espresa.

No así sucedia con los *hijos emancipados* de la pátria potestad; los cuales hallándose en un principio bajo las estrechas y severas disposiciones que el Derecho Civil contenia, respecto de la familia, eran considerados no como herederos suyos, sino como estraños respecto del Padre que podia impunemente preterirlos, sin que para la validez del testamento fuese necesario la institucion ó desheredacion de tales descendientes; cuya doctrina, haciendo sentir la necesidad de adoptar nuevas reglas mas conformes con la justicia y la equidad, es modificada despues por el Derecho Pretorio el que fundado en la razon de que los emancipados no son menos descendientes por naturaleza ni menos procedentes de varon que los no emancipados, teniendo presente los sentimientos naturales, y no obstante de todo el prestigio, de todo el respeto que inspiraba la Legislacion Decembiral,

(1) Ley Junia Veleya.

llama á la sucesion abintestato á todos los descendientes que estuviesen en primer grado, aunque hubieran salido de la familia civil del difunto, y considerándolos como restituidos á su antiguo y primitivo estado de suidad, los equipára á los que permanecian en la pátria potestad, concediéndoles la *bonorum posesion* contra lo establecido por la ley de las Doce Tablas, en el caso de que hubieran sido preteridos por el testador.

Siguiendo el Pretor al Derecho Civil en la desheredacion y estableciendo por consiguiente la misma distincion que él, así respecto del sexo como del grado, hace aparecer de mejor condicion á las *hijas emancipadas*, que la de las que se hallaban constituidas en la pátria potestad, puesto que cuando aquellas eran preteridas, rescindian por completo el testamento, mientras que por la omision de estas no sufría modificacion alguna acreciendo tan solo por derecho civil en una porcion determinada con los herederos escritos, cuya notable desigualdad, segun Gayo, fué terminada por el Emperador Antonino, disponiendo que las hijas emancipadas no obtuvieran por la *bonorum posesion* mas de lo que pudieran adquirir por medio del derecho de acrecentamiento; (1) aunque segun la opinion de algun distinguido Jurisconsulto, no es un absurdo el que las hijas emancipadas fuesen de mejor condicion por el Derecho Pretorio que las no emancipadas por el Civil, puesto que además del derecho de acrecer que la ley civil les concedia, tenian por el Derecho Pretoriano el mismo que las emancipadas, anulando el testamento en su totalidad.

(1) Gay. Com. II, de sus Inst.

Por último, y formando por decirlo así el complemento de esta antigua doctrina, aparecen con una condicion igual á los nacidos de legitimo matrimonio, los descendientes que bajo el nombre de *adoptivos*, adquirian por medio de la adopcion los derechos y nombre de hijos familia; siendo de tal modo considerados durante permanecian en la pátria potestad del adoptante, que su omision en el testamento de este, anulaba *ipso jure*, cuanto en él se contenia; de aquí que el hijo adoptivo segun el Derecho Civil y Pretoriano saliendo del poder de su legitimo Padre, cesando por completo las obligaciones de éste para con aquel, y no siendo justo perteneciese á la vez á dos diversas sociedades domésticas, de aquí, repito, el que fuese tenido respecto del Padre adoptante, como otro cualquier hijo sometido á su potestad; mas como estos derechos concedidos al hijo adoptivo vinieran á ser destruidos por una emancipacion verificada por aquel, acude el Pretor entonces á su auxilio y fundado en los vínculos de la sangre que jamás desaparecen, le hace partícipe en los bienes de su Padre natural por medio del edicto *unde liberi*, impónole á este la obligacion de instituirle ó desheredarle espresamente, y en caso de omision, concédele á aquel la *bonorum posesion* contra el Testamento.

Nada diré, por lo tanto, de aquellos seres á quienes la desgraciada suerte de ser *hijos ilegítimos* les deparaba desde el momento mismo de nacer, una condicion mucho mas triste que la que en un principio les cupiera á los emancipados; pues que considerados como si careciesen de Padre, este podia preterirlos, sin peligro, sin dificultad alguna.

Tal fué, Excmo. é Ilmo. Sr., segun el derecho antiguo la diversa condicion de los descendientes en órden á la

sucesion; tal debia ser necesariamente la doctrina de una desheredacion sujeta por mucho tiempo á un sistema confuso y embrollado, seguido de frivolidades y caprichosas diferencias, como muy acertadamente dice un distinguido Jurisconsulto de nuestros dias.

IV.

Legislacion tan embrollada, tan llena de fórmulas y solemnidades en este punto, como lo demuestran la Instituta, las Pandectas y el Código, era indispensable fuese modificada por un sistema á la vez que sencillo, justo y uniforme. En efecto, no muy conforme Justiniano en esta parte con el sistema establecido por el primitivo Derecho, se propone su simplificacion, pero de una manera que al efectuarlo, rechaza, digámoslo asi, como anticuadas las diferencias habidas en él, y suprimiéndolas por completo, obtiene por medio de su Constitucion (1) la reforma de una doctrina, que envuelta en tantos rodeos y tan llena de sutilezas, habia de servir algun dia, como sucedió, de un perfecto modelo á las legislaciones posteriores.

Derogadas por el Emperador las distintas condiciones entre los descendientes de diversos sexos y grados, entre los

(1) Ley 4.^a lib. VI. tit. XXVIII, del Cod.

nacidos y por nacer, entre los constituidos en potestad y emancipados, iguala á todos ellos, mandando en su imperial disposicion sean nominal é igualmente instituidos asi como tambien igual y espresamente desheredados.

A la vez que proscribia estas diferencias y confirmaba el Derecho Pretorio, dejaba no obstante, una distincion, que debida á la manera de ser de las cosas, se hacia inevitable su existencia; anúlase segun ella, aquel testamento que lleva envuelta la omision de un descendiente que existe y que tiene un perfecto, un legitimo derecho á la herencia; mas cuando la omision recayera sobre un póstumo ó cuasipóstumo, el testamento era válido al principio, no rompiéndose hasta despues de verificarse la agnacion de aquellos ó la cuasiagnacion de estos. La Constitucion Justiniana no alterando en nada el derecho antiguo, respecto de los hijos adoptivos, reproduciendo la notable innovacion que el Emperador introdujo en las adopciones, sostiene la misma doctrina que en aquel entonces, siendo por lo tanto en gran manera necesaria la institucion ó desheredacion del hijo adoptivo, ora por el Padre adoptante en plena adopcion, ora por el natural en la adopcion menos plena.

Distínguese, empero, por su carácter de extraordinario aquel testamento que es otorgado por los *militares* á los que los Emperadores, Julio César, Tito, Domiciano, Nerva y Trajano, concedieron segun la Historia, cierto derecho privilegiativo en virtud del que no solo se les dispensaba de aquellas solemnidades esternas, formada por medio del número de testigos, por la rogacion, por el sello, por la suscripcion, y por la unidad del acto, sino que tambien de las internas

formadas por la institucion ó desheredacion espresa; podían, por lo tanto, instituir, desheredar, ó preterir á toda clase de descendientes con solo hacer constar su voluntad de una manera indudable, ya fuese como dicen los Emperadores Antonino (1) y Constantino (2) escribiéndolo ó con su sangre ó en el casco, ó en el escudo, ó en la vaina de su espada, ó finalmente en la arena con la punta de esta; requisito que era indispensable para su validacion. Sin embargo, el testamento militar puede decirse que no se hallaba dispensado de las reglas prescritas en el mismo derecho, relativas á la desheredacion; sino solamente de las formas; porque el militar en su testamento ó instituye á sus descendientes, ó los deshereda siempre; y como dice Ulpiano, (3) el militar ocupado en la espedicion, deshereda con su silencio. Desde luego aparece ser un favor especial, digámoslo así, dispensado á la voluntad del militar, que la pretericion hecha en su testamento, sea tenida por desheredacion; mas así como la voluntad de desheredar es clara, cuando el que sabiendo que tiene hijos ó su muger en cinta, los pretere y nombra otros herederos, así por el contrario el que crea por haber sido falsamente informado que sus hijos habian muerto ó ignoraba que su muger se hallaba en tal estado, no puede presumirse quisiese desheredar á aquellos, ó al póstumo; (4) presuncion que nace del tierno afecto de los padres hácia sus hijos, los que á no dudarlo serian instituidos herederos si aquellos hubieran sabido que estos existian, por lo cual

(1) Const. 1.^a tit. XXI. lib. VI. del Cod.

(2) Const. XV. tit. XXI. lib. VI. de id.

(3) Reg. tit. XXIII. párrafo X.

(4) Ulp. lib. XXIX. tit. 1. del Dig.

los descendientes que siendo preteridos por ignorar el ascendiente militar que existiesen, podrán muy bien como dice Vinio (1) ó reclamar la nulidad del testamento ó rescindirlo por el remedio pretoriano ó si fuesen póstumos, romperlo por su nacimiento.

La pretericion en el testamento del militar fundada en el privilegio, vemos que tiene la fuerza de la desheredacion: mas, ¿cuál es el fundamento para que tal aconteciese nada menos que en el testamento de la *Madre y del Abuelo materno*? Indudablemente la condicion de los descendientes, hacia que semejante pretericion tuviese la misma fuerza que en el testamento militar. Sabido es que en un principio y conforme al Derecho Civil, estricto é inflexible en sus teorías, separándose algun tanto del derecho natural, la madre y los ascendientes maternos eran considerados como estraños á la familia á que pertenecían sus descendientes, y no teniendo con ellos ninguna copropiedad, ni por la interpretacion, por no ser herederos suyos; ni por el edicto del pretor, por no acomodarse la ficcion de suidad á los descendientes por línea femenina; ni por el derecho imperial, por que en virtud de él, todos los descendientes preteridos anulan ó rompen el testamento; no teniendo ninguna especie de condominio con tales descendientes, vuelvo á decir, tampoco tenian necesidad de instituirlos herederos; pero despues el S. C. Orfiniano, considerando todo lo injusto, todo lo inconveniente de doctrina tan exclusiva, defiere á los descendientes la sucesion de la madre, concediendo igual derecho á

(1) Tertul. ley 33. párrafo 2.º de id. Paul. ley 36. párrafo 2.º de id.

los desheredados, es decir, á los preteridos por la misma, cuyo recurso manifestado tambien por el sábio Emperador en sus constituciones, (1) hace desaparecer completamente aquella diferencia que se dejaba notar entre los seres que componian la familia romana, ocasionada por sus diversas condiciones.

Hé aquí marcadas, si bien que imperfectamente y á grandes rasgos, las vicisitudes y modificaciones que en esta parte ha ido sufriendo con el trascurso de los años el inmortal Derecho, segun nos lo refiere el *tit. XIII, lib. 2.º de las Instituciones Justinianeas*: mas no con las variantes indicadas, no con las modificaciones sufridas quedaba reformado el Derecho de un modo que no dejase por eso de presentar al abuso un ameno á la vez que estenso campo, en el que enseñoreándose, causára los mas graves perjuicios, los daños mas trascendentales. Sabemos ya por el Derecho Civil, ya por las modificaciones introducidas en él, que en cuanto á la desheredacion, bastaba al Jefe de familia manifestar de una manera clara y terminante, que desheredaba á su hijo; sabemos que la madre y ascendientes maternos, podian desheredar á sus hijos y descendientes por medio del silencio, aunque mas tarde viéronse obligados á sustituirlo por la expresa declaracion; sabemos cuáles fueran las disposiciones prudenciales adoptadas por las leyes, no solo para evitar el error, sino para hacer ver á los ascendientes, la natural, la justa obligacion que tienen de pensar en sus descendientes, en el acto solemne de la testamentifaccion; todo esto sabemos; pero nada se nos dice hasta ahora, acerca de cau-

(1) Lib. II. tit. XVIII. de test. inof.

sas que pudieron promover la desheredacion; nada de la escogitacion de un medio, que pudiese, si no poner término á la desgraciada suerte de los hijos, al menos mejorar su situacion, cuando aconteciese que un odio antinatural é infundado, un extravío en la razon del padre, ó la creencia tal vez equivocada de algunas faltas cometidas á su autoridad, le hicieran pronunciar un terrible, un injurioso fallo sobre aquellos á quienes él les habia dado el ser, les habia transmitido la vida; puesto que aun se le dejaba en aquella omnimoda libertad, en aquel absoluto derecho de instituir ó desheredar á sus hijos: pero hé aquí que un cambio de costumbres, y el uso de una benigna interpretacion, se encargan de manifestarlo. A la manera que se iban sucediendo los dias y los años, en medio de aquella profunda oscuridad, ibase tambien dejando divisar en lontananza, la aurora de una civilizacion, cuya claridad, formada por la variacion de ásperas costumbres en otras mas suaves, ofrecia al Derecho de los Romanos dias de bonanza, y llenos de ventura.

V.

Al verse los Pretores ante un rigor tan excesivo, invocan la equidad, y exigen algun motivo con el cual, hiciérase desaparecer el mal efecto que se hacia ya notar, producido por el modo con que se efectuaba la desheredacion. Los Emperadores á su vez, introduciendo principios menos esclucivos, limitan considerablemente tan absoluto derecho, y con-

teniendo dentro de la razon y de la justicia aquella tan estensa autoridad, reducen á una prudente correccion, á un moderado castigo, el derecho de vida y muerte, y someten á un Tribunal superior, el uso que el Padre hiciera de la facultad de testar; hasta que por fin, como no se hallasen fijados legislativamente los justos motivos que habian de dar lugar á la desheredacion, como fuera la autoridad judicial la que prudencialmente calificase su mayor ó menor importancia, y como la ley dejase al testador en libertad de omitir en su testamento los justos motivos que tuviera para desheredar á sus descendientes, Justiniano por medio de una de sus notables novelas (1) viene á corregir completamente el derecho en esta parte, pues que en ella, además de determinar las justas causas de la desheredacion, manda terminantemente sean espresadas en el testamento.

Desde entonces, mirábase el testamento, si abusando de la facultad de testar, se habia lanzado temerariamente el rayo de la desheredacion, como obra de una pasion ciega, como fruto de un espiritu desarreglado: y ¿cómo no ser así, al ver el repugnante cuadro que nos presenta la Historia, formado por los sucesos ocurridos en el siglo VI, siglo demoralizado y lleno de corrupcion, en donde disolviéndose los matrimonios sin causa para ello, se instituian herederos á los segundos maridos, y en donde dejando en un completo abandono á los hijos legítimos eran postergados á los naturales, y aun á los que provenian de uniones ilegítimas?

A vista de tan tamaños escesos, los Emperadores haciendo uso de la clemencia, tienden una mano protectora en

(1) Nov. CXV.

favor de los hijos así desamparados, y los Jurisconsultos tomando en la debida consideracion los principios que la justicia y el derecho natural reclaman, discurren un remedio, que bajo el nombre *de queja de inoficioso testamento*, habia de servir en lo sucesivo para favorecer á los injustamente desheredados; (1) pues aunque si bien es cierto, les estaba prohibido hacer nuevas leyes ó anular las antiguas, tambien no lo es menos que valiéndose de una piadosa interpretacion, se les permitió considerar como incapacitados por derecho para disponer de sus bienes, á los que sin causa ni motivo alguno atropellaban los sagrados deberes que la naturaleza les imponia por calificarlos como destituidos de razon, (2) puesto que á no ser así, imposible parece, fuesen desheredados ú omitidos, los que por su tierna edad, dignos eran de la conmiseracion paterna, ó los que por su buen comportamiento se habian hecho acreedores á las justas recompensas que reclama la gratitud.

Solo la idea que se halla en el interior del hombre, esa bella idea de criar al hijo, á quien se le ha comunicado el ser y la vida, y la de dejarle con que procurarse sustento cuando ya no sea posible proveérselo, constituyen sagrados deberes, que ligados íntimamente entre sí, vienen á ser como el complemento de la gran obra encomendada á la autoridad paterna, de donde se deduce, que si los testadores pueden como dueños disponer de sus bienes de la manera y forma que mejor les plazca, tambien tienen que llenar como Padres los deberes que no solo la naturaleza, sino

(1) Pomponio. L, 120. D.

(2) Ant. de Hein. párrafo V, de test. inof.

que tambien la sociedad les impone hácia sus hijos: ante unos deberes tan santos los legisladores romanos no hechando en completo olvido la debilidad y las pasiones humanas, introducen contra las desmedidas é indiscretas debilidades de los que naturalmente deben proveer á la subsistencia de sus sucesores abintestato, un socorro mandado por la naturaleza, arreglado posteriormente por la ley.

En efecto, al propio tiempo que se concedió á los herederos estraños, por decirlo así, el beneficio de la ley *Falcidia* y de la *Trevelianica*, concedióse tambien por los legisladores en favor de los hijos á ejemplo de la primera, cierta porcion de los bienes de sus Padres bajo el nombre de *Legítima*; pues como no pudiesen el hijo, el padre ó el hermano, que á falta de disposicion testamentaria eran llamados á la sucesion legitima, atacar como inoficioso aquel testamento en que se les dejaba tan solo para cumplir con la ley una pequeña é insignificante parte de la herencia, se hacia urgente el establecimiento de una regla fija, que señalando cuál fuera la cantidad proporcional que debieran percibir los hijos, no se hiciera ilusoria la doctrina que exigia justos y fundados motivos para privarles de la sucesion.

Establecida entre los Romanos esta importante regla que ya nos es conocida con la denominacion de *Legítima*, fué limitada á semejanza de lo dispuesto por la ley *Falcidia*, (1) ya fuese cualquiera el número de hijos, ya de ascendientes ó de hermanos á la cuarta parte los bienes que hubieran de recibir abintestato, permaneciendo la cantidad fijada, sin sufrir alteracion alguna, por espacio de mas de doce si-

(1) Heinec.

glos, (1) hasta que por último, en la decadencia del colosal imperio, fué aumentada por Justiniano, el cual determinó hacerla estensiva, á la tercera parte, cuando los hijos ó hermanos fuesen cuatro, ó menos de cuatro, y hasta la mitad de la herencia, cuando pasasen de este número: (2) determinacion que elevada á la categoria de ley, fué acogida sin contradiccion alguna, no solo por el pueblo romano, sino que tambien por la mayor parte de los paises civilizados; sin embargo, no dejó de haber sus escepciones, como sucedió sin salir de nuestra España en el antiguo reino de Aragon, en donde conservando los Padres idéntica potestad que la ley de las *Doce tablas* concediera á los antiguos romanos, permanecen aun, como dice Escriche, (3) posesionados de aquella libre facultad que les autoriza para disponer de sus bienes, á medida de su voluntad, así como de desheredar á sus hijos cuyo sistema es seguido tambien en la mayor parte de los pueblos de las Islas Británicas, en donde no se admite la detraccion de la legítima en ciertos bienes de que el poseedor ha dispuesto por testamento.

Los reinos de Castilla por el contrario: adoptando las disposiciones del Derecho romano las hacen transmitir al siempre célebre Código de las Partidas, (4) abrazando por lo tanto cuanto en orden á las legitimas, dispusiera Justiniano en su notable novela (5).

Al llegar á este punto, Excmo. é Ilmo. Sr., despues de haber espuesto en cuanto mis escasas fuerzas lo han permiti-

(1) Ley VIII. párrafo 8. D. de inof. test.

(2) Nov. XVIII. cap. 1.º

(3) Dicc. de Leg. y Jur.

(4) Ley 17. tit. 1.º part. VI.

(5) Nov. XVIII. cap. 1.º

do, toda la doctrina de que nos habla el ya mencionado título XIII, y al examinar de nuevo tan interesante materia, dos cuestiones de un grandísimo interés vienen á presentarse ante nuestra consideracion, suscitadas la primera, por lo establecido en el Derecho antiguo; en el que hemos visto campear el sistema de la absoluta libertad de testar; y la segunda que la constituyen, el sistema restrictivo de aquella ámplia facultad, ocasionado por las modificaciones introducidas por Justiniano, cuya sábia y bien entendida reforma, fué hija tan solo de la grande necesidad que se dejaba en gran manera sentir, no producto de una idea amiga de la innovacion, no tampoco por un mero capricho de la novedad.

VI.

Bajo cualquier punto de vista que miremos estas dos graves cuestiones, siempre las veremos ofrecer la mas alta importancia en el órden social; y entre eminentes Jurisconsultos, formar un asunto altamente digno de sus fuertes discusiones y acalorados debates: y ¿cómo ser otra cosa, cuando nada menos que se trata de dar un derecho al Padre para que disponga de sus bienes como mejor le plazca, ó de concederlo á los hijos para detener la mano del Padre y hacer que se fije en ellos para que decida de su bienestar? Si poderosas son las razones que apoyan el sostenimiento de los derechos de aquel, no son menos fuertes y de alto peso

las que hablan en favor de los derechos de estos: y si ejemplos prácticos de algunos países han venido á robustecer el derecho del primero, sentimientos de familia vienen á ser el sosten del derecho de los segundos.

Al conceder la facultad de testar, no se nos oculta que la ley civil debiera de abandonar su intervencion en ella, puesto que en el caso contrario parece ejercer tal influjo que, á semejanza de la Tutela, constantemente se halla como vigilante centinela sobre los bienes del testador; mas, preciso es conocer, que la ley protectora de los derechos del hombre así desde la cuna como hasta el sepulcro, si se halla interviniendo en la facultad que se concede al testador, no es ciertamente por el deseo de introducir en el régimen de las familias trastornadoras reformas, ni mucho menos el despojar sin causa ni motivo, á la autoridad paterna de uno de sus mas grandes y sagrados derechos: no, tan distantes debemos de estar de pensarlo así, que solo la reflexion de no ser posible la pugna ó rivalidad entre la ley y la patria potestad, nos hará ver todo lo contrario; pues siendo la primera el fuerte sosten de la segunda, protegiendo al Padre en el ejercicio de su autoridad, en el hogar doméstico, y no siendo posible concederla otros deseos que nadie mejor que el Padre puede tener, cuando se trata del interés de su hijo, desde luego podemos esplicarnos la causa de la necesidad de su intervencion, y de la limitacion de la potestad paterna; recordemos por un momento el origen de las legítimas, así como los motivos que la Historia nos presenta para su razon de ser, y nos convenceremos no ser un obscuro enigma que no podamos descifrarlo con la mayor claridad.

Es una verdad que la absoluta libertad es tan necesaria á la propiedad cuyos derechos son absolutos, que sirviéndola como de complemento, viene á constituir esa gran facultad que dá al hombre derecho para hacer el uso que quiera de todo cuanto le pertenece; por consiguiente, si la testamentación es como una consecuencia de la propiedad, debe de obrar en ella el testador con la misma libertad y del mismo modo que cuando las leyes le permiten disponer de sus bienes; porque de lo contrario, no es posible deje de sufrir algun detrimento aquel derecho, asi como tambien el que se cree legitimamente dueño de sus bienes, puesto que no puede dejar de reconocer en ellos un condominio: aun hay más, bien sabido es de todos, que al conceder un derecho se concede con todas sus consecuencias; y que por consiguiente envolvería una contradicción si al Padre que se le reputa con derecho á todo cuanto le pertenece, y que es dueño legítimo de sus bienes se le negase la facultad de hacer el uso que quisiera de ellos; negativa que le haría aparecer ante la sociedad no de tan buena condición como la de que se halla revestido el célibe, dando lugar á poner en el terreno de la discusión asi los gratos y dulces consuelos como las incomodidades y trabajos que llevan en sí los derechos de la patria potestad. Sin embargo, y no obstante de estas reflexiones, tampoco se oculta á nuestra vista, que los derechos absolutos de la propiedad que son considerados tales como creación de la ley civil, dejan de ser absolutos, y principian á ser relativos en el momento que se trata de la familia; pues que de otro modo se les negaría á los hijos parte en ellos, cuando en el aumento de su fortuna han cooperado con el Padre; por otra parte, compensado se halla este á quien se ha limi-

tado la facultad de testar, cuando el suyo sufrió á su vez igual limitacion en su beneficio. Demostrado queda ya, que si el Padre como dueño absoluto de todo cuanto legítimamente le pertenece, puede hacer cuanto quiera de sus bienes, una penetrante voz de la naturaleza que resuena allá en su interior fortificada por la ley civil, le hace ver que tiene que llenar y cumplir como Padre el sagrado deber de dejar á sus hijos los medios con que subsistir proporcionados á su fortuna, cuando á él no sea ya posible procurar por su bienestar, no dando lugar en manera alguna á creer que el que se halla, digámoslo así, ennoblecido con los venerandos y respetables cargos de la paternidad, sea de una condicion mas inferior que la de aquel, que prefiriendo el estado célibe al del matrimonio, no ha querido, como dijo un digno Catedrático de esta ilustre Escuela, (1) elegir un compañero entre los hombres por no querer sujetarse á una ley que prescribe, al que se halla sirviendo de base á una familia, no pueda preterir sus hijos, reusando aceptar un estado que lleva consigo grandes, aunque justas legítimas cargas; un estado que engendra las alegrías dulcísimas del hogar opulento ó pobre, de la familia próspera ó menesterosa, por no verse privado de ese omnímodo y egoísta derecho de la facultad de testar. Justo castigo tendrá, como dice el mismo Profesor, el que prefiriendo en el instante supremo que separa la vida del ser, á la del no ser, los afectos tal vez del crimen, á los de un consorcio que Dios bendice escluyendo los hijos que adorarian nombre, por favorecer á aquellos que han de repetirlo con miedo ó con vergüenza.

(1) El Dr. D. Miguel Aragon.

Compréndese que la ley no hace otra cosa mas que anticiparse un poco á marcar los estrictos deberes de un Padre, deberes que nadie desconoce por abandonado que sea, deberes que hasta el más indolente é insensible no deja de cumplir y hacer, aunque no sea mas que siquiera por instinto, cuanto le ordena el augusto cargo de la paternidad: por lo tanto, la ley lo que hace en este caso es, manifestar que el padre cumple por necesidad, lo que con un tierno cariño desempeña, y desempeñaria siempre, sin la apariencia de esa obligacion que la ley le impone, pero que antes le estaba ya impuesta por naturaleza: la ley lo que hace es disminuir los placeres y satisfacciones de un Padre, y hasta resentir su amor propio, pues que mereciendo la más completa confianza en cosas de inestimable valor, parece desconfiar de él en cuestiones de intereses, cuando es un principio de autoridad en el órden de las familias, que nadie mejor ni con más acierto que el testador puede hacer la distribucion de sus bienes dejando á los unos y á los otros más ó menos segun lo hayan merecido, ya por su buen ó mal comportamiento, ya por sus buenas ó malas cualidades, pues nadie mejor que él tomará en la debida consideracion, no solo los diversos casos y circunstancias sino que tambien la necesidad que pudieran despues de su muerte sufrir respectivamente aquellas personas, que dependiendo de él, han sido tal vez la causa de su felicidad y próspero estado.

Ventajoso es al parecer, siguiendo estas consideraciones, la no intervencion legal en la facultad de testar; y si nos fijamos un momento en aquellos pueblos que poseyendo una testamentifaccion libre, lejos de carecer de moralidad dan ejemplo de ella, siendo en ellos grande el sentimiento de fa-

milia y en los que la autoridad del Padre no es mas despótica ó arbitraria, ni más efímera la suerte de los hijos, si nos fijamos, repito, en esos pueblos como en el antiguo reino de Aragon, en Cataluña y otros, encontraremos en medio de los repetidos y bien merecidos elogios, el respeto, la sumision y obediencia de los hijos, en una palabra, la buena armonia que en ellos reina y que preside á todas sus familias.

Efectivamente parece estar por demás la ley civil cuando la naturaleza está por cima de toda ley escrita; mas porque asi parezca, ¿podemos en ciertos casos de la vida calificar de inútil y de inconveniente á una ley que no hace otra cosa que secundar los fines de la naturaleza, á una ley que la sirve para hacer se cumpla lo ordenado por ella? ¿Qué vemos en la ley civil? ¿Acaso nos manda lo contrario que la ley natural? Y si lo que ésta nos prescribe estamos obligados á cumplir exactamente, ¿qué importa que al trasmitirnos su disposicion lo haga en union, ó mejor dicho, apoyada por una ley escrita que haciendo observar su mandato hace tambien su cumpla aun habiendo resistencia?

Ciertamente que ninguno mejor que el Padre de familias podrá hacer la reparticion de su fortuna, ni más conveniente ni más acertada para labrar la felicidad de sus hijos, pues que atendiendo al derecho natural ya de estos ó de los herederos más próximos, y siguiendo los naturales impulsos de sus tiernas afecciones que indudablemente están menos sujetas á estraviarse, harán que el testador cumpla fielmente con el precepto que la ley natural le impone; mas si el tierno afecto de los Padres hácia sus hijos, inspiran á la ley la mas absoluta confianza, ésta como dice el Consejero de

Estado Preameneu, (1) debe ser previsor y cauta debiendo conocer, hay abusos inseparables de las debilidades y de las pasiones humanas; unos deberes tan santos y sagrados, cuya violacion bajo ningun concepto y por ningun estilo debe consentirse, ni puede autorizarse. Ténganse presente los abusos cometidos que nos presenta la Historia por aquellos Padres, que convirtiéndose en tiranos y seducidos por los halagos de una persona interesada, han sacrificado las mas dulces, las mas tiernas afecciones de la naturaleza, dando lugar á la introduccion de la queja de inoficioso testamento: por los abusos, la ley háse visto obligada á limitar una facultad que podia ser pernicioso; siendo ellos la causa de que esta, como protectora de la sociedad humana, interviniese en el arreglo de los derechos y obligaciones, así entre los ascendientes, como entre los descendientes: los abusos, por último, han sido la causa de que señalando la cantidad fija de bienes que mutuamente deben dejarse aquellos, se señalaran tambien para evitar la tirania y el abandono, la ingratitude y falta de sumision; aquellos justisimos motivos, que los hacen indignos de la reclamacion de sus derechos.

Nada tiene de estraño que estos abusos de autoridad cometidos por los Padres tuvieran solamente efecto en Roma en donde sus crímenes y estravios pueden; sin embargo, tener alguna esplicacion por sus causas particulares, como la acumulacion de las riquezas, los vicios de las naciones vencidas mas, ¿no sucedió por desgracia lo mismo en nuestra amada pátria? (2) ¿No hubo entre los Visigodos iguales motivos?

(1) Cod. de Nap. tomo 2.º pág. 107.

(2) Fuer. Fuz. Ley 1.ª título V. libro VI.

¿no son acriminados los Padres por la ley de los mismos sucesos, de las mismas indiscrecciones, y hasta de las mismas dilapidaciones? A vista de semejantes ejemplos, es indudable lo necesaria y conveniente que es la restriccion en la absoluta libertad de testar, pues como dice un Jurisconsulto de nuestros dias, *en todo se halla el abuso, muy cerca de la facultad*, (1) además, suponiendo que tales abusos no existiesen, ¿no es muy posible que el Padre equivocándose alguna vez, sin reflexionar acaso que perjudica á sus hijos, deje de practicar con ellos ó de cumplir cuanto la piedad paternal exige de él? ¿No vemos á cada paso y á cada momento que el hombre por naturaleza frágil y débil, se equivoca con facilidad y que movido muchas veces por impresiones que recibe, forma mil juicios erróneos? Es una verdad que el hombre por mas honrado que sea, y por mas justificado que aparezca á los ojos de la sociedad, se halla espuesto á dejarse dominar alguna vez de ciertas simpatias, que creyéndolas razonables y justas, venga con ellas á cometer una gran injusticia, cuya reparacion por mas que despues lo deseara, no le será fácilmente lograr: hé aquí como hasta la misma piedad paternal se halla vivamente interesada en evitar que los testadores lleguen hasta el punto de perjudicarse, cuando considera el caso de que el cariño sea vencido por una fatal debilidad.

Al expresarme así, Excmo. Ilmo. é Sr., esponiendo las razones ante dichas, no se crea que es mi ánimo ponerme en abierta oposicion con el sistema de la libertad de testar, pues le considero sumamente útil en aquellos paises en que se

(1) Dr. Gutierrez, Tomo III, pág. 294.

halla establecido, al ver los felices y tan buenos resultados que ofrece: mas no le juzgo conveniente en otros pueblos cuya instalacion seria tal vez altamente perjudicial. Necesario es para poder calificar con acierto cualquiera de los dos sistemas presentados, apelemos antes á la esperiencia, que á lo dispuesto en los Códigos, y ella nos manifestará claramente por medio de los hechos el camino que hemos de elegir, ella nos presentará los buenos ó malos efectos que produzca en las familias, y ella nos dirá con el tiempo si las costumbres, clima, carácter y modo de ser de los pueblos, acojen y se acomodan en un todo á sus disposiciones; y sino, ¿qué sucederia en las *provincias forales* como en Cataluña, Aragon y Navarra, en donde durante un largo tiempo han sido no sin un buen éxito regidos por su peculiar sistema, si se tratase de verificar una completa reforma en su legislacion? ¿No se verian perjudicadas sus morigeradas é irrepreensibles costumbres así como los dulces sentimientos de la familia que son, por decirlo así, la base sobre que descansa la felicidad doméstica de estos pueblos? Ciertamente que sí. Sin embargo, y no obstante de su legislacion foral ¿quién no vé toda la justicia que en si envuelve la institucion de las legítimas, que nace al ser perfeccionada la civilizacion, y aparece en la esclarecida Roma, estableciéndose no solo entre las tribus salvajes de los Getas, sino que echando profundas raíces en España, Francia y otras naciones, la dan toda la fuerza y autoridad de ley?

¿Quién no vé en este sistema, que al lado de ese derecho que el hijo encuentra en la ley, se halla así mismo el castigo para el que se hace indigno en la desheredacion, derecho inherente á la autoridad paterna, que sirviéndola

como de arma poderosa hace que los hijos no se estralimiten en sus deberes castigándolos cuando por su malevolencia y mal comportamiento se han hecho acreedores de su justa severidad?

VII.

Al ocuparnos del derecho antiguo de los Romanos tuvimos ocasion de notar, no existía la desheredacion por justas causas, puesto que no tenia objeto alguno estando el Padre como estaba autorizado para hacer lo que quisiera de sus bienes; mas al efectuarse el establecimiento de la Legítima, vino á su vez á ser necesario el de la Desheredacion. Unidas la una íntimamente á la otra, han aparecido en la Historia constituyendo parte de un sistema, y teniendo en un todo la misma razon de ser. Esto mismo vemos sucede, no solo en el Derecho Romano, sino que tan bien lo hallamos consignado en nuestra legislacion, en la que ya por el *Fuero Juzgo*, (1) ya por el *Código de las Partidas* (2) vemos establecerse el mismo sistema de las legítimas, y por consiguiente la desheredacion por justas causas; en ellos son designadas como tales todas las injurias, todos los ultrajes graves de hecho, y la acusacion criminal contra aquel, en cuyos bienes se

(1) Ley 1.^a tit. V. lib. IV.

(2) Leyes 4. 5. 6. y 7. tit. 7. part. 6.^a

pretendia la legitima: y no podía ser otra cosa, pues que dando ocasion á la institucion del las legitimas los excesos cometidos por los Padres, no hay una razon por la cual, podamos inferir, que los hijos puedan ser mejores, ni mas moderados que aquellos, cuando la esperiencia ha demostrado todo lo contrario; y como dice Heinecio, es primero y mas intenso el amor que los Padres tienen hácia sus hijos, que el de estos para con aquellos: por lo tanto si abusos han cometido los unos, no es de esperar desgraciadamente que los otros dejen tambien de cometerlos.

Hase manifestado por alguno al impugnar la desheredacion, ser la legitima de Derecho público; y que esta clase de pleitos, llegaba á ser el oprobio de las familias, y el escándalo de los Tribunales.

Nada mas natural, nada mas puesto en razon y acomodado á los sentimientos de familia, que el hijo que se halla identificado con el Padre, que heredando su mismo apellido, y siendo considerado como el continuador de su persona, lo sea tambien de sus bienes; pero nada mas natural y nada mas justo, que dar al Padre, en gran manera ofendido por su hijo, un derecho que siendo un fuerte correctivo para éste, sirva al mismo tiempo para que venere y respete á su Padre agraviado por él: por lo demás, al decir que la legitima es de Derecho público, no es sino en aquel sentido, en que se trata de la exclusion de la absoluta libertad de testar; porque de otro modo, ¿cómo es posible pensar que así el Derecho público como el privado, fuesen á patrocinar y defender aquel hijo que, saltando por todas las leyes positivas, obrando contra todos los sentimientos de familia, quebranta los deberes que le impone la naturaleza y hasta los preceptos

del *Código Divino*? (1) Absurda é inmoral contradiccion envolveria, si aun hijo que sacrilego no solo levanta su atrevida é impura mano sobre los autores de sus días, sino que parricida atenta contra la vida de estos, y cuando el infame (2) debiendo socorrerlos y alimentarlos, se congratula tal vez, con un corazon impasible, en hacerlos sufrir los horrores que presenta el triste cuadro de la pobreza mas espantosa; contradiccion rara seria, si se le negase á este desgraciado é infeliz y tal vez anciano Padre, digno de mejor suerte, el derecho de escluir de la herencia al que por su mal y escandaloso proceder, se há hecho altamente indigno de ella. Es verdad que las *Leyes de Partida* (3) han llamado á la legitima, deuda natural; *debitum jure naturæ*. Mas esto no ha sido obstáculo para que admitieran justamente la desheredacion, puesto que en los casos en que ésta tiene lugar, el desheredado ha violado todos los derechos. No son menos sagrados los alimentos que la legitima, y sin embargo, aquellos cesan, cuando ha mediado una notable ingratitude.

Siendo la desheredacion un remedio contra el mal proceder de los hijos para con los Padres, vendria á ser una anomalia dejar cundir el mal, á pretesto del escándalo producido por su ejecucion, cuando la culpa, será mas bien del desheredado que dió ocasion á él: pues si por razon del escándalo, hubiera de hacerse desaparecer la desheredacion, seria necesario entonces proscribir para siempre todos cuantos pleitos y causas criminales afectáran al decoro y honra de las familias, como sucede con las de infanticidio, parricid.

(1) Exodo, cap. 20. V. 12.

(2) Exodo, cap. 15 y 21. V. 17.

(3) Part. 17. tít. 1.º

cidio, etc, mas como afortunadamente sean muy pocos los casos de desheredacion, aun no hay que temer semejante peligro: pues como dice sabiamente un distinguido Jurisconsulto (1) el número de los hijos ingratos, es mucho mayor que el de los Padres injustos, cuyo corazon está siempre abierto al perdon del hijo arrepentido, y lleva muchas veces hasta la tumba su silencio sobre los estravios del incorregible.

Al adoptar este derecho por juzgarlo no solo justo en sí mismo, sino que hasta conveniente para conservar los vinculos y el orden de las familias; dejase entreveer, asi en el Derecho Romano, como en el nuestro, un gran inconveniente, cual es el ser considerada la desheredacion, como una pena personal cuyos efectos pesan sobre los descendientes del desheredado á los que alcanzando siendo inocentes el castigo del Padre culpable, son escludidos de la herencia de sus Abuelos.

«Uno de los motivos, dice el orador francés Preameneu, que ha hecho suprimir el derecho de la desheredacion, es que la aplicacion de la pena al hijo culpable, se estendia á su posteridad, inocente; sin embargo, esta posteridad no debia ser menos querida de un Padre equitativo y justo en su venganza, pues que formaba una parte esencial de la familia y debia de encontrar en esta el mismo favor y los mismos derechos. Asi que, bajo el aspecto de la trasmision de bienes en la familia, la desheredacion no tenia sino consecuencias funestas: la posteridad, por numerosa que fuese de un solo culpable, era envuelta en su proscripcion.»

(1) Goyena. Proy. al Cod. Civ.

Grave y de suma trascendencia es este inconveniente; pero no se halla de un modo tal unido á la desheredacion, que si no se pasa por él, hayamos de abandonarla.

Tal vez no deje de haber medios eficaces por los cuales se consiga la reparacion de esta injusticia; si no se halla vasada mas que en la trivial y sutil máxima *de que no se admite representacion de una persona viva*, pues como las sucesiones, representacion y derechos civiles no reconozcan mas origen que la Ley Civil, esta que atiende asi al bien público, como al privado ó particular, puede darlas, modificarlas y quitarlos, segun sea mas conveniente.

Hé dado cima, Excmo. é Ilmo. Sr., á mi pobre trabajo, con la descripcion histórico-legal que me habia propuesto presentar ante vuestra consideracion, recorriendo en cuanto mis escasos conocimientos lo han permitido, todas las vicisitudes porque ha pasado el Derecho de los Romanos en lo concerniente al tratado de desheredaciones, examinando la utilidad y conveniencia de la institucion de las Legitimas, asi en Roma como en España, y esponiendo cuán necesaria ha sido y es la Desheredacion: mas antes de restituirme al silencio, y sin que se me juzgue con pretensiones que estoy muy distante de tener, séame permitido, sin embargo, optar por aquel sistema, que llevando la restriccion en la facultad de testar, es acompañado del efficacisimo remedio de la desheredacion; no dejando por eso de aplaudir aquel otro sistema que establecido en las provincias forales, ha producido tan buenos y felices resultados.—HE DICHO.

Juan de Espia y Nieto,

