

en el contrato de matrimonio no hace mas que garantizar la existencia de las condiciones jurídicas de la sociedad matrimonial. Pero desde este instante el consentimiento puede convertirse tambien en una forma de disolucion, que contenga la declaracion de los esposos de que han dejado de existir las condiciones esenciales de la comunidad. El consentimiento recíproco no es por lo tanto la causa del divorcio, sino la expresion pública ó el testimonio exterior de causas que los esposos no creen conveniente divulgar: es una forma que permite cubrir á los ojos del público ciertos motivos que pertenecen á la vida íntima de los esposos, y de cuya gravedad solo ellos pueden tener conocimiento <sup>(1)</sup>. Por esto la legislacion, para adquirir la seguridad de que el consentimiento mútuo no es producto de un capricho pasajero, sino de causas graves y permanentes, debe establecer la condicion de un plazo bastante largo entre la primera declaracion de las partes y la disolucion del matrimonio; es preciso que los esposos mediten con toda calma acerca de la gravedad de su rompimiento. El plazo debe ser proporcionado al estado de las personas y de las cosas. Necesitárase una autoridad que juzgase, no con arreglo á ciertas formas generales ó invariables, sino estudiando las circunstancias del caso especial. Esta autoridad deberia componerse de los parientes mas cercanos, reunidos en consejo de familia, y llamados á emitir un primer dictámen que el juez deberia tomar en consideracion.

Cuando un exámen maduro ó ciertos actos evidentes ponen de manifiesto la profunda desunion de los corazones, es preciso que el divorcio pueda efectuarse. Mantener la union por mas tiempo seria someter las almas á un suplicio que ningun poder tiene el derecho de hacerles sufrir; seria, ó arrojarlas en la indiferencia, comprimir todo arranque de espontaneidad, secar las fuentes de la vida, que solo se mantiene por una expansion y atraccion recíprocas, ó abrir á los corazones menos resignados las sendas de una perdicion cuyo término es imposible prever. Es cierto que en una union tan íntima, cada uno de los esposos debe estar dispuesto á actos de condescendencia y á sacrificios, pero no debe inmolarse el bien al

(1) Napoleon, al declararse en el Consejo de Estado en favor del divorcio por consentimiento mútuo, hizo resaltar perfectamente la diferencia que existe entre estos dos modos de considerar el consentimiento. El *primer Cónsul* dice, «que en el sistema de Emery el consentimiento mútuo no es la causa del divorcio, sino un *signo* de que este ha llegado á ser necesario... Este modo tiene la ventaja de ocultar al público ciertos motivos que no podrian revelarse sin ofender al pudor.» Véase *Motivos, informes y opiniones*, t. II, pág. 165.

mal, la virtud al vicio. El matrimonio es sagrado, no por la forma, sino por todos los elementos divinos y humanos que en él se reúnen. No debe, pues, subordinarse el fondo á la forma, el fin al medio. Cuando el objeto del matrimonio, que es la comunión de los corazones, no puede realizarse, es preciso romper la forma, devolver la libertad á las almas, y dejarles la facultad de unirse á otras con quienes puedan vivir con una vida conforme á la voluntad divina y á la naturaleza humana.

Estos principios, deducidos de la naturaleza moral del matrimonio, son indudablemente aplicables al estado en que los esposos no han tenido aun hijos. Pero la existencia de estos ¿no debe modificarlos? Los hijos son un *efecto* del matrimonio; sobre los esposos recae su responsabilidad moral y jurídica, y tienen respecto de ellos deberes de que no pueden eximirse bajo pretexto alguno de libertad. Estos deberes se resumen en la educacion física, intelectual y moral. Pero la separacion de los padres perjudica necesariamente la educacion moral, porque impide que los hijos se eduquen en esa atmósfera de benevolencia y cariño, que es el primer alimento de sus corazones. Pero esta educacion se dará mas difícilmente aun en una familia en que los esposos no están de acuerdo, en que la desunion les induce á proferir palabras y les sugiere actos que son para los hijos un ejemplo funesto. En estos casos, la separacion, aunque siempre es una calamidad, es apetecible por el bien de todos. Por lo demás, los deberes y nuevos sentimientos que resultan del nacimiento de los hijos, son los motivos mas fuertes que pueden obligar á los padres á no separarse hasta la última extremidad.

Los esposos separados quedan moral y jurídicamente libres para contraer matrimonio con otras personas. Las opiniones religiosas pueden determinar á un esposo á no hacer uso de esta libertad; pero la ley no debe establecer acerca del particular prohibicion alguna.

El legislador debe permitir, mas no estimular el divorcio. Su deber consiste en rodear la separacion de dificultades bastante grandes para retardar la demanda, sin provocar no obstante con una severidad excesiva relaciones inmorales entre los sexos, y sin ofender la personalidad moral de un esposo. La legislacion debe encaminarse á que el pensamiento de la separacion no nazca ligeramente y no pueda ser fácilmente ejecutado; es preciso que sirva de advertencia á los esposos, induciéndoles á ponerse de acuerdo en sus costumbres y caracteres.

Por lo demás, como el divorcio no es sino una necesidad social que resulta, ya de un error ó de una equivocacion acerca de la persona, ya de los vicios contraidos por un esposo, se irá haciendo menos frecuente á medida que el hombre y la humanidad progresen en su desarrollo intelectual, afectivo y moral. Lejos de admitir que las uniones de dos personas para toda la vida sean contrarias á la naturaleza humana y que desaparecerán en el porvenir, debe preferirse sostener que la educacion mas completa de la mujer y del hombre en todas sus facultades, establecerá entre dos individualidades mas ricamente desarrolladas nuevos puntos de contacto, de los que nacerá una comunidad mas íntima y duradera. Una union para toda la vida es el ideal hácia que debe dirigirse el perfeccionamiento social; pero esta union no puede ser impuesta por las leyes, porque es el producto de la libertad y la cultura moral propias de los hombres.

## § CI.

*De los derechos y de las obligaciones recíprocas entre padres é hijos.*

Las relaciones entre padres é hijos se revisten esencialmente de un carácter moral y jurídico. El nacimiento de un hijo establece el lazo sagrado de la familia. El hijo hace brotar en el corazón de los esposos los sentimientos hasta entonces ignorados, de la plena afeccion, del sacrificio completo y continuo hácia la criatura que Dios ha confiado á sus cuidados. Los padres son para su hijo la Providencia visible. Por esto mismo, semejantes relaciones tienen una pureza divina, son un reflejo del amor con que Dios mira á la humanidad, y forman una nueva fase de la moralidad, porque son una fuente de nuevas virtudes. También bajo este aspecto, el matrimonio, destinado á trasformarse en la familia, se presenta como una institucion eminentemente religiosa y moral.

La relacion de derecho que existe entre padres é hijos es *recíproca*: unos y otros tienen derechos que hacer valer y obligaciones que cumplir. Las antiguas teorías de derecho natural han tenido trabajo en comprender la razon de esta relacion de derecho que no reside, como una filosofía materialista ha llegado á imaginarlo en un derecho de propiedad que adquieren los padres sobre los hijos, como sobre obra suya; tampoco se encuentra, como otros han supuesto, en un convenio tácito entre padres é hijos; se desprende todavía menos, como se ha supuesto también, de un delito

cometido por los padres al dar nacimiento á seres incapaces de ayudarse á sí mismos, delito que exige una reparacion por medio de los socorros suficientes; la razon reside, independientemente de la voluntad, que es su causa, en el estado de union matrimonial y familiar, fundada en la naturaleza moral y física del hombre, y que obliga á los padres, como los mas próximos, á cuidar de toda la personalidad del hijo; por esto, pues, los padres y los hijos se deben mutuamente ayuda y asistencia. La ayuda que los hijos tienen que recibir consiste particularmente en la *educacion, conservacion y alimentacion*; pero los padres pueden también, en caso de necesidad, reclamar socorros de los hijos.

La educacion es la obligacion principal de los padres, y para que pueda tener lugar la educacion, tienen derecho, por parte de los hijos, á la *obediencia* y al *respeto*.

La educacion es la obra comun de los dos esposos. No obstante, en la primera infancia la madre está especialmente encargada del cuidado de formar al hijo, bajo el aspecto físico é intelectual, porque las mujeres saben dirigir mejor que los hombres hasta cierta edad el espíritu del niño. Solo cuando la razon y la reflexion empiezan á manifestarse con mas energía, los hijos varones deben ser confiados á los hombres.

El *poder* inherente al derecho y á la obligacion de dar la educacion, se comparte igualmente entre ambos esposos; pero en la primera infancia lo ejerce más la mujer que el marido. No existe *poder* exclusivamente *paternal*; el poder pertenece á la vez al padre y á la madre, y se funda, no en el hecho puramente físico de la generacion, como creyeron los antiguos autores, sino sobre la obligacion de tomar el cuidado de toda la persona del hijo y principalmente de las funciones de la educacion.

Los padres no tienen un poder arbitrario sobre la educacion é instruccion de los hijos. No son libres, para no instruirles absolutamente. La instruccion elementaria debe ser *obligatoria* <sup>(1)</sup>, porque inicia en los primeros elementos del saber que son las condiciones necesarias para poder gozar de todos los demás bienes ofrecidos

<sup>(1)</sup> Es verdaderamente extraño que los Estados civilizados, cediendo á un falso respeto á la libertad individual, es decir, á la arbitrariedad de los padres, no hayan sancionado todavía este principio fundamental de toda sociedad humana. Sin embargo, en los últimos tiempos la cuestion de la instruccion *obligatoria* ha hecho muchos progresos en Bélgica, en Francia, en Italia y hasta en Inglaterra, y se puede ya prever, que se decidirá en estos países, como se ha resuelto ya hace tiempo en Alemania (comprendida el Austria) en bien de sus habitantes.

por la sociedad, para cumplir mejor todos los deberes y hacer un uso mas inteligente de todos los derechos. Los padres deben tener la libre eleccion entre la instruccion pública ó privada, y el Estado tiene solamente el derecho de hacer acreditar, por medio de comisiones de exámen, que se ha dado una instruccion suficiente. Los padres deben acordarse siempre que los hijos no son absolutamente su propiedad, que les están confiados por la Providencia con el cargo de hacerles aprovechar de todos los elementos del bien y del progreso ofrecidos por medio del desarrollo de la cultura humana.

El poder jurídico del padre y de la madre termina cuando los hijos llegan á la edad en que pueden guiarse por su propia reflexion en las principales circunstancias de la vida. Las relaciones que continúan subsistiendo entre ellos despues de esta edad, tienen ante todo un carácter de libertad moral que la ley no puede cambiar en un carácter de derecho. Los hijos continúan debiendo á sus padres deferencia y respeto, sin que resulte de aquí para estos un poder que pudiera ejercerse arbitrariamente hasta sobre los hijos que han llegado á su edad madura <sup>(1)</sup>.

Los principios generales del derecho respecto de las relaciones entre padres é hijos, deben aplicarse igualmente á los hijos *naturales*. Fruto de uniones reprobadas por la moral, estos hijos sufren moralmente las graves consecuencias de la falta de sus padres, cuando se ven privados de la benéfica atmósfera de la vida doméstica. Pero pueden aspirar á todos los derechos que se derivan de su estado civil, y estos derechos deben serles garantizados por el Estado sin perjuicio de la libertad moral. Es verdad que el Estado no puede obligar á los padres á que reparen su primera falta respecto de los hijos, por un matrimonio subsiguiente, porque esta union, aun cuando fuese posible, debe contraerse siempre libremente; pero

<sup>(1)</sup> M. Mittermaier dice en la *Revista de legislacion y jurisprudencia*, t. VIII, página 418:

«No puede aprobarse la disposicion del art. 131 del Código civil, que exige por parte de los hijos mayores hasta la edad de treinta años cumplidos, un llamado *acto respetuoso*, que pudiera mas bien calificarse de *acto irrespetuoso*, pues se cumple por el intermedio de un alguacil, y el hijo envia una notificacion á su padre, como un acreedor á un deudor. Hay mucha mas dignidad en la disposicion del código holandés; que en semejante caso hace intervenir el ministerio del juez.»

El legislador debe pensar tambien en garantizar los hijos contra la arbitrariedad ó las preocupaciones de sus padres; en caso de negativa injusta, la falta de consentimiento de los ascendientes púdiere ser suplida por la autoridad judicial. Esto es lo que prescribe el derecho alemán. Pero es difícil precisar cuáles son los motivos de negativa que deben ser respetados.

debe asegurar á todo hijo el derecho de hacerse reconocer por sus padres, y á la madre el de hacer reconocer á su hijo por el padre.

El Estado no puede, pues, sancionar medio alguno por el cual quede destruido este derecho <sup>(1)</sup>; y por otra parte, debe abrir al hijo ó á su madre todas las vías del derecho, para obtener del padre el reconocimiento de su estado <sup>(2)</sup>.

Los hijos reconocidos pueden, por consiguiente, aspirar á que sus padres provean á su subsistencia y educacion, pero no tienen el derecho de concurrir con los legítimos á la sucesion materna y paterna en una proporcion determinada.

La *tutela* tiene el mismo fundamento, y se rige por los mismos principios que el poder que ejercen los padres sobre los hijos; tiene su origen en la necesidad de completar la educacion de los hijos que han perdido á su padre ó su madre, ó á uno y otro, y que no han llegado todavía al completo desarrollo de su razon. La tutela pertenece naturalmente á los parientes mas cercanos; pero el padre y la madre pueden tambien elegir las personas á quienes con-

<sup>(1)</sup> El establecimiento de los tornos, inventado por una falsa filantropía, no solo es inmoral en si mismo y funesto á los niños, es tambien contrario á un principio fundamental de la justicia. El niño tiene derecho á un estado civil.

<sup>(2)</sup> La investigacion de la paternidad está prohibida. «Este principio, formulado por el código francés y adoptado por muchos otros países, ha sido inspirado por una falsa consideracion del escándalo que muchas veces resultaria de semejantes procesos, y por la esperanza de que ejerceria una influencia favorable en las costumbres, haciendo á las mujeres mas cuidadosas de su honor; pero esta prohibicion es una violacion flagrante de un principio de justicia hácia la madre, como tambien hácia el hijo, porque desliga al padre de la obligacion natural de proveer á la subsistencia y educacion de aquel, y á la alimentacion de la madre, durante el tiempo en que se encuentra imposibilitada de procurársela por sí misma. Es indudable que las mujeres *que corpore questum faciunt*, y los hijos que tengan, no pueden intentar un proceso de este género, á consecuencia de la imposibilidad de la prueba y de la falta de toda presuncion moral en favor de la madre. Pero toda mujer que no se ha colocado en una situacion degradante, debe ser admitida á hacer reconocer su hijo. Así, pues, este derecho existe en todas las demás legislaciones de Europa y los Estados-Unidos (á excepcion de la Luisiana); y la justicia como la moral pública exigen que sea de nuevo garantido por las legislaciones que lo han abolido. La ley puede tomar algunas medidas que impidan vergonzosas especulaciones, prescribiendo, por ejemplo, á imitacion de la inglesa de 1834, que la madre nunca perciba parte alguna de la cantidad á cuyo pago puede verse condenado el padre; pero el principio debe ser respetado. Véase acerca del particular, una *Memoria de M. Roder: Kritische Beiträge zur Vergleichung der deutschen und ausländischen Gesetzgebung über die aussereliche Geschlechtsgemeinschaft*. El autor discute las principales cuestiones que conciernen á este asunto, y rechaza el principio del código francés como contrario á la moral y á la justicia.

sideran mas aptas para ejercer, respecto de sus hijos, las funciones de tutor. Al mismo tiempo la sociedad está investida de la *tutela suprema*, y el Estado debe cuidar de que los tutores particulares desempeñen bien sus atribuciones. Al derecho positivo atañe arreglar detalladamente las maneras con que debe conferirse y ejercerse la tutela en general.

Por lo regular suele haber en la familia *criados* ó domésticos, cuyas relaciones con sus amos deben ser consideradas bajo el doble punto de vista del derecho y de la moral. Estos sirvientes, cuyas virtudes consisten en la obediencia, la fidelidad y la adhesión, son como auxiliares ó miembros pasajeros de la familia. Los amos están obligados respecto de ellos, no solo por el pago de sus salarios, sino tambien por el cuidado que deben tomarse por su cultura intelectual y moral.

## § CII.

## De la sucesion testamentaria y ab-intestato.

## I.—Del derecho de sucesion.

La cuestion de la sucesion, aunque se enlaza con la de la propiedad, debe resolverse con arreglo á los principios del derecho de personalidad y del derecho de familia, que en esta materia se han perdido generalmente de vista.

¿La sucesion *testamentaria* y *ab-intestato* se funda en derecho natural? Esta cuestion es resuelta de diversos modos por los antiguos y modernos autores. Los escritores del siglo xvii y sus partidarios del siglo xviii, como Hugo Grocio, Puffendorf, Barbeyrac y Wolf, admiten casi sin exámen el derecho de testar, asi como la sucesion *ab-intestato*, considerando al uno como una consecuencia de la libertad de disponer de la propiedad, y basando la otra sobre la *voluntad presunta* del difunto. Por el contrario, la mayor parte de los autores modernos, partidarios de las teorías que fundan el derecho sobre el individualismo de la personalidad, tales como el mismo Kant, Fichte, Gros, Krug, Haus, Droste-Hulshoff, Rotteck y otros muchos, no admiten ninguna especie de sucesion en derecho natural.

En su concepto no hay sucesion testamentaria, porque la muerte extingue todos los derechos del hombre con la voluntad que les crea y que no puede fijar el nacimiento de un derecho á partir desde un momento en que ella ha dejado de existir: rechazan la su-

cesion *ab-intestato*, porque la comunidad de los bienes no existiría mas que por la duracion de la vida. Segun estos autores, los bienes de un difunto se convierten en bienes vacantes, que, á juicio de unos, caen bajo la aplicacion del derecho del primer ocupante, generalmente el mas próximo pariente, y al de otros, pertenecen al Estado.

Estas opiniones emanan de la concepcion individualista y atomística del derecho. Examinadas de acuerdo con la nocion completa del derecho, la cuestion de las sucesiones testamentarias y *ab-intestato* reciben una solucion diferente.

Establezcamos desde luego los principios que se refieren á la vez á las dos especies de sucesiones.

El derecho que regula todas las relaciones segun los fines legítimos del hombre y de toda asociacion humana, debe tambien regular el derecho concerniente á los bienes en caso de muerte, tanto respecto de la familia de que ha sido miembro el difunto, como de la libre disposicion que debe quedar á cada uno por relacion á sus bienes, aun para el caso de muerte. Hay, pues, que combinar en el derecho de sucesion dos puntos de vista como dos fines igualmente importantes, el de la familia, que prevalece en la sucesion *ab-intestato*, y el de la personalidad libre, que prevalece en el derecho de testar y la sucesion testamentaria.

La sucesion *ab-intestato* se justifica por la naturaleza y el fin de la familia y por los deberes que esta engendra. La familia se distingue de cualquiera otra sociedad en que no establece un lazo entre miembros que tienen una posicion igual, sino que reúne las generaciones, las edades, como los sexos diferentes en una comunidad de vida que no acaba por la muerte de uno de sus miembros, y continúa entre los que sobreviven hasta que adquieren una posicion distinta. Todavía el vínculo natural y moral independiente de toda voluntad les retiene á todos en cierta comunidad de deberes y derechos. Pues esta comunidad lleva consigo la comunidad de los bienes (como propiedad colectiva, v. p. 384), que es de presumir durante el matrimonio mismo, cuando no hay convenciones contrarias, y débese aplicar en el caso de muerte, en cuanto no hay disposicion testamentaria. Los hijos entran al nacer en esta comunidad moral y de bienes, y cuando uno de los miembros llega á morir sin testamento, su parte toca á los sobrevivientes, sea de acuerdo con el contrato de matrimonio, sea de conformidad con los principios de igualdad aplicados á los padres é hijos y á sus descendientes. A estas consideraciones generales, en alguna manera

ontológicas, se agregan razones poderosas sacadas de la vida íntima de la familia. El hombre dotado de la facultad de sentimiento y de afecto, tiende naturalmente á manifestar esta afección por medios exteriores, y los bienes sirven respectivamente á esto de vehículo natural. Por lo mismo vemos en la historia que los pueblos, hasta en un grado inferior de cultura, dejan transmitir á los próximos parientes objetos muebles en alguna manera impregnados de la personalidad del difunto por el trabajo, y el deseo de adquirir para los hijos, de asegurar su suerte, ha sido siempre uno de los más fuertes estímulos en la producción de los bienes, y considerado como un deber para los padres. La sucesión *ab-intestato* está así todavía fundada, sobre el afecto y generalmente también sobre el deber que los padres tienen que cumplir con relación á sus hijos. Sin duda esta sucesión hace que en muchos casos lleguen bienes á manos de aquellos que no han contribuido á su producción y conservación por su propio trabajo, fuente principal de la propiedad; por esta razón el Estado tiene también el derecho de someterlos á principios y á medidas de orden general, y de oponer restricciones; pero como no tiene el derecho de destruir un afecto fundamental de la naturaleza humana y su manifestación en un dominio importante, él debe reconocer siempre el principio de la sucesión *ab-intestato*.

El derecho de testar ha sido reconocido especialmente como emanación del derecho de personalidad. Hemos visto que se va demasiado lejos al pretender que la voluntad no puede tener efecto después de la muerte. Así como la actividad afectiva, moral ó física de todo hombre, en cualquiera esfera subordinada que haya vivido, se extiende sin contradicción por sus efectos más allá de la tumba, así también no hay razón social que se oponga en derecho á que el hombre haga durante su vida, con conocimiento de causa, una disposición por lo que respecta á sus bienes, bajo la condición de que principie á producir sus efectos desde el momento de su muerte. Es un negocio que tiene su causalidad en la voluntad viva, pero suspendida en sus efectos para el caso de muerte. El argumento decisivo en favor del derecho de testar está suministrado por la naturaleza racional y moral del hombre, que elevándose por medio de su razón por cima del tiempo y del espacio, ligando el pasado y el presente con el porvenir, proponiéndose y prosiguiendo fines lícitos de beneficencia, de gratitud, de afecto, que se extienden con frecuencia más allá de la vida, tiene también el derecho de afectar un conjunto de medios para el cumplimiento de es-

tos fines. Rehusar al hombre el derecho de testar es tratarle como á un ser puramente sensible, incapaz de concebir un fin más allá de esta vida, ó hacerle obrar en conformidad con la máxima: después de mí el diluvio. El derecho de testar se ha ejercitado sin duda la mayor parte del tiempo en favor de parientes, de amigos, pero ha sido también causa de la creación y conservación de las fundaciones de beneficencia.

En último lugar, conviene considerar el derecho de sucesión en sus relaciones con la religión, y sobre todo con la idea de la inmortalidad, de la cual ha sido una manifestación en los principales pueblos cultos. Es el genio de Leibniz<sup>(1)</sup>, que haciendo brotar de todas las materias que aborda las más profundas verdades, refiere la causa del respeto de que se halla rodeada la voluntad del difunto á la inmortalidad del alma y á la persistencia de su voluntad más allá de esta vida. Más tarde otros, como Krause, Zacarias, en Francia, Laferriere (*Historia del Derecho francés*), han expresado opiniones análogas. Un estudio más profundo de la historia del derecho ha hecho ver que entre los antiguos, en la India, en China, y sobre todo en Roma<sup>(2)</sup>, se constituyó el derecho de sucesión, en primer lugar para asegurar el servicio de los *sacra*, el culto de los lares, de los manes (de *manere*, permanecer presente), en el hogar de la familia, y que el testamento fué considerado en Roma como la forma jurídica para asegurar la permanencia, la inmortalidad, si no del alma, al menos de la voluntad<sup>(3)</sup>. Existe to-

<sup>(1)</sup> En su *Nova methodus jurisprudentiæ*, p. II, § XX, Leibniz dice: «Testamenta mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis. Sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum; quod vero hæredes reliquerant concipiendi sunt procuratores in rem suam.» Gundling hacia á esta opinión, que no adoptamos en la forma jurídica, la singular objeción (V. su *Dissert. de principis hered.*): «Non constat, utrum anima sit damnata an secus; quis autem damnatae animæ voluntatem censeat exequendam?»

<sup>(2)</sup> En los últimos tiempos, es principalmente Lasalle (el filósofo socialista, † 1864, quien en su obra *System der erworbenen Rechte* (sistema de derechos adquiridos, etc.), obra en la cual quiere probar que no hay derechos adquiridos, que todos los derechos no son más que momentos fugitivos en la evolución dialéctica del espíritu universal (alma del mundo), ha dado á luz (en el segundo volumen, conteniendo una historia del derecho romano de sucesión), las relaciones íntimas de este derecho con el culto de los lares ó manes y con las ideas de la voluntad inmortal.

<sup>(3)</sup> Quintiliano (*Instituciones*) parece expresar, con relación á esto, el pensamiento íntimo del espíritu romano cuando dice: «Neque enim aliud videtur solatium mortis quam voluntas ultra mortem.» Ciceron (*Tusc. quæst.* I, c. XIV), ensanchó todavía el pensamiento diciendo: «Quid procreatio liberorum, quid propa-

davía un hecho digno de notarse, y es que los pueblos germanos, que primitivamente no conocían testamentos (*nullum testamentum*, como dice Tácito), adquirieron el conocimiento de los testamentos por la Iglesia y para un interés religioso (como *Seelgerathe*, es decir, para bien de la pobre alma, por medio de los donativos hechos á la Iglesia para el caso de muerte). Estos hechos históricos vienen en apoyo de una idea mas profunda del derecho de sucesion, que establece siempre así, al menos en los testamentos, un lazo *personal* inmediato entre el difunto y el heredero testamentario. El respeto á la última voluntad no se explica realmente mas que por la fé en la inmortalidad del alma; menos habida consideracion á una voluntad arbitraria, ó si se quiere perversa, que no tienen las leyes que respetar, que al *bien* que el testador quiso hacer á una persona ó á una institucion.

En cuanto á la relacion histórica entre la sucesion ab intestato y la sucesion testamentaria, la primera existe en todos los pueblos de cultura mas antigua, porque se funda principalmente sobre el lazo orgánico de *familia*, mientras la otra aparece en la vida de los pueblos cuando la conciencia de la *personalidad* se ha desarrollado mas por medio del trabajo.

#### II.— Del arreglo social y político del derecho de sucesion.

Las sucesiones, enlazadas como lo están con el sistema de la propiedad, interesan á todo el orden social <sup>(1)</sup>; deben, por lo tanto, hallarse sometidas á principios de derecho social, que por una parte fijen límites á la arbitrariedad individual en el ejercicio del derecho de testar, y por otra, establezcan el régimen mas justo de la sucesion *ab intestato*, é invistan al Estado del poder de tomar todas las medidas reclamadas por el interés público.

I. El *derecho de testar* no debe ejercerse de una manera arbitraria y sin restricciones. Concediendo la parte debida al derecho de personalidad y libertad de que es una emanacion, es preciso tener tambien en cuenta el lazo de familia y hacer que el testador respete las obligaciones naturales que resultan del matrimonio y del parentesco. Obedeciendo á este principio de justicia familiar, casi todas las legislaciones han impuesto al testador la obligacion de de-

gatio nominis, quid adoptiones filiorum, quid testamentorum diligentia, quid ipsa sepulcrorum monumenta, quid elogio significant, nisi nos futura etiam cogitare?"

(1) V. Primera division, seccion II, lib. III, *Política de la propiedad*.

jar una parte determinada al conjunto que sobrevive y á los hijos; y la mayor parte de ellas lo ha exigido tambien con razon, en favor del padre y madre, y aun algunas en favor de los hermanos y hermanas; sin embargo, en este último caso es mas difícil demostrar la obligacion natural. En los Estados Unidos, y por lo que se refiere á ciertos bienes tambien en Inglaterra, la libertad de los testamentos es ilimitada (salvo la reserva concedida á la mujer), y en los tiempos modernos se ve aumentar el número de los autores que dan á este sistema, sobre todo bajo el punto de vista económico, la preferencia sobre el de la porcion legitima (*legítima*) <sup>(1)</sup>. Pero aunque esta porcion que ha de dejarse á los hijos pueda ser todavia mas restringida, es necesario considerar el principio exclusivo de disposicion arbitraria como incompatible con los deberes y los sentimientos de la familia.

II. La *sucesion ab-intestato* debe regirse en general, no por la ficcion de la voluntad presunta, sino por el orden de los deberes reales que el difunto estaba obligado á cumplir. Es preciso por lo tanto, llamar en primer lugar y con el mismo título al conjunto que vive y á los descendientes <sup>(2)</sup>. Entre estos, todos los hijos, que constituyen el primer grado de parentesco, suceden á la vez y en porciones iguales; el derecho de primogenitura ó el derecho del hijo segundo, así como la exclusion de las hijas, son contrarios á

(1) En particular es M. Le Play quien en su *Reforma social* habla á favor del sistema americano contra el sistema francés, al cual reprocha de haber, en una gran parte de la Francia, á consecuencia de las ventas y de la division que lleva consigo, reemplazado un gran número de propietarios por quinteros. M. Schaffle (*Das gesellschaftliche Sytem der Wirthschaft*, 1867), aprueba tambien el sistema americano como una consecuencia esencial del principio del *self-government*, aplicado al jefe de familia como propietario. En un artículo de la *Revue des Deux-Mondes*, de enero de 1866, se hace tambien valer un punto de vista moral, diciendo: «Se cree que un hijo respete mas á su padre, si le considera como un deudor forzado, que si no debe esperar nada de él, y si cuanto mas le está permitido esperar de la ternura paternal lo que la ley no le ha dado; en América el hijo no espera nada del padre, á menos que no lo haya merecido.» Sin responder bajo el punto de vista económico, que precisamente el derecho de testar puede obviar muchos inconvenientes, resultantes de la division igual en las sucesiones *ab-intestato*, y que el sistema del reparto deberá hallar en el porvenir su correctivo en la asociacion agrícola, debemos recordar que la familia está esencialmente basada en un principio de comunidad de deberes y de derechos, que impone tambien ciertos límites al derecho de testar, límites que se podrán fijar mejor teniendo en cuenta diversas circunstancias (por ejemplo, si los hijos tienen todavia necesidad de educacion ó no), pero no abolir.

(2) No se sabe por qué extraño olvido el código francés, que parte del supuesto afecto del difunto, ha podido pasar por alto este derecho del cónyuge.

los principios de justicia. Si los hijos fallecidos anteriormente dejan á su vez hijos, estos deben ocupar, segun el sistema de la *representacion*, el lugar de su padre y madre. Las legislaciones que rechazan la representacion en todo ó en parte, están inspiradas por un principio aristocrático, y tienen por objeto la concentracion de las fortunas.

A falta de un conjunto que sobreviva y de descendientes, es preciso llamar con el mismo título al padre y á la madre, por un lado, y á los hermanos y hermanas por otro. Los códigos que solo consideran la proximidad de grado excluyen á los hermanos y las hermanas, que están en el segundo grado, en beneficio del padre y de la madre, que se hallan en el primero; pero es mas justo admitir el concurso de estos ascendientes y colaterales, con arreglo al concurso de los deberes. Cuando únicamente hay ascendientes de diversos grados, debe heredar el mas próximo (\*); y solo conviene conceder una pension alimenticia á los que la necesitan. Por lo que concierne á los colaterales, los que son, como los hermanos y las hermanas carnales, parientes por un doble lazo, no deben excluir á los demás; aquí puede establecerse, á imitacion del código francés, dos masas, y dar á los hermanos carnales una doble parte, en tanto que los consanguíneos solo lo toman en la masa paterna, y los uterinos en la materna. El sistema de la representacion debe adoptarse igualmente en la sucesion colateral.

Mas allá del cuarto grado de parentesco la sucesion *ab-intestato* no puede ya considerarse como de derecho natural, porque las principales razones que la justifican cesan completamente en este caso.

Una cuestion muy controvertida es la relativa á saber si los hijos naturales reconocidos deben ser llamados á la sucesion. Las legislaciones que, como el antiguo derecho germánico, han tratado por medios indirectos de robustecer el lazo de la familia é impedir las uniones ilegítimas, han excluido á estos hijos como bastardos. En efecto, estos hijos no forman parte de la comunidad moral consagrada por el derecho y no pueden concurrir como herederos con los hijos legítimos; no obstante, tienen derecho á la educacion y á una pension alimenticia.

III. Las medidas que el Estado debe tomar con relacion á las sucesiones, en un interés social y político, se han indicado ya en la

(\*) El código francés hace aquí dos porciones, una para los parientes paternos otra para los maternos y llama el mas próximo en cada linea.

teoría de la propiedad. Además de su deber de velar por que las disposiciones testamentarias hechas con miras de utilidad ó de caridad pública, sean ejecutadas por autoridades especiales, colocadas bajo su intervencion, el Estado tiene el derecho de imponer mas fuertemente las sucesiones por el establecimiento de un *impuesto progresivo*. Las sucesiones que no llegaran á un mínimo relativo al número de herederos, estarian exentas de toda carga; las otras estarian sometidas á un impuesto que aumentaria en razon de la cantidad de los bienes dejados y del grado de parentesco.

El Estado puede despues reducir sucesivamente los grados de sucesion hasta el cuarto, porque las sucesiones mas allá de este límite no están fundadas en derecho natural. La parte mas grande que el Estado puede tomar hoy en los bienes de sucesion puede justificarse tambien por los mayores deberes, no solamente de proteccion, sino tambien de instruccion, que ha tomado á su cuidado y de que en gran parte ha descargado á las familias (\*).

### CAPITULO III.

DEL DERECHO DEL MUNICIPIO Y DE LA NACION.

#### § CIII.

Como todo lo que se refiere al municipio y á la nacion se explica con alguna extension en el derecho público, aquí nos limitaremos á indicar los principios generales.

I. Del *municipio*. El municipio es el segundo grado de las sociedades fundamentales que abarcan todos los aspectos de la personalidad humana. No es una mera circunscripcion territorial para un objeto político; es, por el contrario, una comunidad de familias para la prosecucion de todos los fines esenciales de la vida; es, por lo tanto, á la vez una comunidad para el fin civil y político, para el religioso, para el económico de la industria, de la agricultura, del comercio y del consumo, y para el intelectual de la instruccion. Por esta razon el municipio puede cuidar de intereses que traspasarían el fin de una institucion puramente civil.

(\*) Es imposible, sin embargo, aprobar la medida propuesta por M. Bluntschli en el artículo *Eigenthum* (propiedad) del *Staatswörterbuch* y consistiendo en constituir bienes adquiridos por el Estado por medio de su participacion á las sucesiones un fondo para *hacer dotar por el Estado familias pobres*. Semejantes actos de beneficencia individual salen fuera del fin del Estado, que solo debe velar por los intereses general es.