

INSTITUCIONES CIVILES (*)

PATRIA POTESTAD: CONCEPCIÓN ANTIGUA Y MODERNA

FILIACIÓN: LOS HIJOS DE NADIE

SUCESIÓN: FUNDAMENTOS.—CLASES

I. El estudio de la familia comprende el análisis de dos círculos de relaciones íntimamente solidarios: el de la sociedad conyugal y el de la paterno-filial. Ambos han debido reflejar en su constitución y desenvolvimiento los ideales y preocupaciones más o menos extravagantes de cada época. Sería un error, pues, limitarse al estudio de los códigos para derivar una nueva concepción de la patria potestad: los códigos son la tradición, más o menos viva; son la expresión del pensamiento ancestral y si en materia de preceptiva—que es de la esencia de los códigos—puede afirmarse que el cuerpo de normas más perfecto está retrasado al sancionarse por que mientras el legislador reflexiona, pesa intereses, descubre relaciones, los hombres continúan su madeja inextricable de actividades siempre distintas o no idénticas, cómo ha de pretenderse que los códigos agoten el ideal jurídico que fija su impronta profunda en cada institución social!

El régimen de la patria potestad ha ofrecido fases netas: ha sido una institución furiosamente individualista, primero; una

(*) La carencia de un texto adaptado a las exigencias de esta parte del programa me ha decidido a publicar esta síntesis de mis conferencias con propósito exclusivamente didáctico.

institución pseudo-social después por que se concibe todo lo relativo a ella como de interés público pero se entrega, sin suficiente control, el mecanismo a un individuo que se cree con derecho a abandonar moralmente a sus hijos o explotarlos como elementos de producción en la lucha económica de que el hogar es trinchera; al presente se inicia en la doctrina una franca corriente que podríamos llamar socialista a causa de que se caracteriza por la más severa exigencia del cuerpo social respecto al deber de los padres en mira de la común felicidad de que el hijo es un engranaje. En la antigüedad la patria potestad se definía preferentemente como un conjunto de derechos que el padre tenía sobre la persona de los hijos; en la actualidad, como un conjunto de deberes más que de derechos que se tiene por los padres sobre la persona y los bienes de los hijos; en el porvenir puede asegurarse que la patria potestad será definida como una función social delegada por la colectividad en los padres que ofrezcan garantías suficientes para la formación de la personalidad social del hijo. De la misma manera que el absolutismo brutal de los patriarcas no disolvió el cuerpo social, la realización de la patria potestad como función social delegada en el padre no disolverá más la familia que lo que está hoy por culpa especialmente del pésimo sistema de producción cuya bancarrota ha sido precipitada por el advenimiento de la gran industria.

En la edad patriarcal la sociedad paterno-filial era una organización requerida por el más grosero individualismo: podía definírsela como una porción del patrimonio del patriarca afectada a sus necesidades humanas (comercio) y trascendentales (culto). Los hijos poseían valor en cambio y el primer varón era el salvador del padre difunto. Es natural que en tal estado social, inexistente otro poder como el del Estado que pertenece a una fecha ulterior, el poder del padre se ejercitara sin límite alguno: los hijos constituían una suerte de propiedad por derivación (generación). El poético concepto del padre expresado como "un ente

finito que tiende al infinito” en el sentido de la solidaridad económico-bio-psicológica de las generaciones pertenece a nuestros días y presupone un enorme progreso.

La asimilación del hijo a una cosa se expresa en la lógica de la vida como la potestad de venderlo, abandonarlo, y aniquilarlo. La familia lo era todo; fuera de ella estaba el extraño que no podía participar de los sacrificios religiosos a los dioses del hogar, que tenía otros dioses y por lo tanto era un verdadero enemigo o por lo menos un “sospechoso”. Se estaba en la plena barbarie caracterizada por el imperio de los sentimientos egoístas. El advenimiento del Estado debía ser objetivación de los sentimientos egoaltruístas. En Esparta el Estado fué omnipotente y, según las palabras de Hermann, “Esparta es el sepulcro de la vida de familia”. Platón preconizó en su república que los hijos fueran educados por el Estado. Esto mismo han resuelto los bolshevikis más no por odio a la familia como algunos espíritus prevenidos y unilaterales afirman: la situación de la mujer en Rusia es de absoluta igualdad al hombre siendo una patraña lo del comunismo de las mujeres que propiciaba Platón pero que no han resuelto los soviets. Los hijos en Rusia son alimentados, educados y atendidos por el Estado sin ser arrancados del poder de los padres, en forma de una “tutela pública” pues habiéndose movilizado a los padres en el “ejército de la producción” se ha creído justo velar por los hijos en forma más eficaz que lo que se hace entre nosotros. Y entiéndase que no entro a juzgar en pro o en contra la organización de la familia del comunismo ruso; me interesa solo poner de manifiesto que Platón fué más comunista que Lenin y que Esparta lo fué tanto como Rusia. Entre nosotros la clase media y la popular ofrecen el espectáculo frecuente del más completo abandono de los hijos. Las exigencias de “struggle for life” arrancan del hogar durante la mayor parte del día a los padres que van, cada uno por su lado, en procura del salario exiguo para subvenir a las necesidades más urgentes: pero apenas se sobrevive. En-

tretanto los hijos crecen en el mayor desamparo; nada dije de su alimentación y de su indumentaria pero debo en justicia decir que no pueden ser sino espíritus deformes sobrecargados de taras y predisposiciones horribles, sea que vivan de "gavroches", sea que agiten sus débiles cuerpos en la pugna honesta y amarga por el centavo mezquino. Sigo con el resto de Grecia. De Atenas no cabía aducir lo que Demóstenes dijera de Esparta: que "primitivamente las mujeres y los hijos no pertenecían a los jefes de familia sino a la Patria". Pero, en general, Grecia está inspirada en nobles principios por lo que al régimen de las personas se refiere. No podía obrar de otra manera un pueblo idealista e imaginativo preocupado de embellecer los cielos y la tierra; de vincular las aladas exhortaciones de los preámbulos legislativos de Zaleuco y de Carondas a las rígidas normas de la convivencia: esos preámbulos constituyen saludables devocionarios de fe cívica y de exaltación estética, y descubren un hondo sentido de la vida. La patria potestad griega es un poder de protección recíproca en el sentido de que si estaba fundada en la debilidad del hijo establecía, por vía analógica o de compensación, una suerte de protección para el padre anciano por parte del hijo que siendo adulto podía asimilarse a un padre de su propio padre convertido por los achaques en un verdadero infante. Aristóteles había dicho: "Hay tres categorías de personas que no pueden actuar por sí mismas: el esclavo, el niño y la mujer. El esclavo no tiene voluntad; el niño la tiene pero incompleta; la mujer también pero impotente". De modo que el concepto según el cual es necesario "completar la personalidad" es antiguo. El padre ateniense era una especie de tutor responsable ante la República y esta responsabilidad no era teórica a la manera que lo es generalmente en nuestras sociedades complejas y reglamentaristas por que reputándose una lesión moral para la ciudad el abandono o la desatención del hijo cualquier ciudadano podía acusar al mal padre ante el arconta. Por excepción se autorizaba la venta de las hijas:

Solón, que fué el legislador de la prostitución con fines de preservación aristocrática, llegó a permitir la venta de las hijas que se hubieran prostituido. Para la exposición de los hijos no existía prohibición legal pero la sanción de la opinión pública era inevitable, tanto como hoy lo que no impide la multiplicación en nuestras cristianísimas sociedades de las casas de expósitos, cunas y asilos de que la piedad ufana señorea...

Entre los germanos la patria potestad no era rigurosa; ciertamente el padre tenía el derecho de repudiar al hijo recién nacido pero su autoridad se hallaba limitada por el consejo de los parientes que ejercía una función de amparo de los hijos bajo la potestad paterna. Debe hacerse notar un contraste curioso: mucho se ha hablado del individualismo de los germanos pero el régimen de la familia no pertenecía al tipo individualista en tanto que Roma realizó la hazaña de cimentar dentro del estado político (imperio) un verdadero estado doméstico (familia).

Entre los hindos la patria potestad era suave, su panteísmo les hacía imaginar con horror la muerte o la venta del hijo por el padre. Siendo todas las cosas expresiones de una divinidad multiforme no eran admitidos el vejamen o la fuerza llevados contra cualquier expresión de vida así fuera humilde. Responde a tan profundo concepto de la naturaleza las reglas expuestas por Manú para la expiación de los pecados cometidos por el uso de los cinco instrumentos domésticos "con que se puede matar a pequeños animales". Además, la ley prohíbe al padre recibir la más pequeña remuneración por dar su hija en matrimonio estimándose el hecho vedado como una venta.

En Israel se abandonaban los hijos, se vendían como esclavas a las hijas; Moisés quitó a los padres el derecho de vida y muerte sobre los hijos que en tiempos de Abrahán eran incuestionable.

En parte alguna la patria potestad presentó una expresión tan férrea como en Roma si se exceptúa a China en que el padre

podía hasta matar al hijo “sin expresar el motivo”, y a los celtas que, malgrado su cristianismo, se sintieron fieles herederos de la brutal legislación quiritaria. Roma siguió hasta mucho después de la realización del Estado practicando el régimen del patriarcado. Una ley de las Doce Tablas autorizaba al padre a matar a su hijo deforme declarando que esto “no es muerte” pues el padre tiene potestad de vida y muerte sobre el hijo. Era tal autorización fundada en motivos estéticos o sociales? Hoy algunas tribus, como Esparta antaño, suprimen a los niños deformes o débiles por que no podrían ser soldados y en cambio representan un individuo negativo desde el punto de vista de las subsistencias mas estas son consideraciones propias de pueblos eminentemente guerreros; Roma fué una organización conquistadora pero no un pueblo guerrero. No me parece aventurado afirmar que el temor romano por los monstruos y los prodigios fuera un temor supersticioso como el de los íncubos, magos y hechiceros que tanto dieron qué hacer a los varones del Santo Oficio durante la Edad Media y parte de la moderna.

El “paterfamilias” podía vender hasta tres veces al hijo. Posteriormente Alejandro Severo suavizó el rigor de los primeros tiempos limitando el derecho de corrección de los hijos, antes absoluto, a un castigo moderado. Por fin, la venta de los hijos se reputó por Adriano como cosa ilícita y deshonesto (“res illicita et inhonesta”) permitiéndose sólo en caso de extrema pobreza del padre y respecto de los recién nacidos.

He dicho que los hijos eran necesarios a la salvación del padre difunto. El primogénito o el varón, si era antecedido por alguna hija, estaba destinado a perpetuar los sacrificios del culto a fin de asegurar la felicidad del padre en la otra vida. Manú había dicho: solo es perfecto aquel que consta de sí mismo, mujer e hijo. En Egipto, Israel, India, Persia, Roma, Germania, existía la institución del matrimonio con fines netamente religiosos. El “hijo del deber”, “el puente que conduce al cielo” son otros tantos

nombres del hijo cuya vida se extinguía en los límites del hogar de sus antepasados varones. La necesidad de este hijo acarrea situaciones terribles a la mujer estéril o a la que no siéndolo había entregado sus encantos a un hombre sin virilidad. En último caso se creó una forma de filiación artificial: la adopción. El egoísmo del padre de familia siempre tuvo la habilidad de arbitrar un expediente para no ser un maldito de ultratumba.

Los códigos actuales definen—expresa o implícitamente—la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que las leyes acuerdan e imponen a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos. La equiparación—teórica en buena parte—del hombre y de la mujer desde el punto de vista civil ha determinado un sensible progreso en cuanto al sujeto activo de la potestad que se sigue llamando “patria” (de patres) aún cuando ella se atribuye a ambos progenitores si bien la de la madre se halla enervada durante la vida del marido, a los efectos civiles, y sólo se manifiesta en el estrecho campo de la vida doméstica.

La concepción de la patria potestad como un poder organizado preferentemente en interés del hijo representa otra importante diferencia con el mundo antiguo que la entendió como de inmediato si no absoluto interés del padre. Pero hoy no se satisface con la legislación marcadamente individualista las exigencias del naciente ideal jurídico. No se ha reparado lo bastante en que el hijo es un sujeto transitorio mientras que el hombre es un elemento social susceptible de ser soldado del progreso o factor de desequilibrio y degeneración. La patria potestad de nuestros códigos representa una amalgama de principios germanos y romanos recibidos a través de la época de los estatutos, es decir, de los municipios. Nuestro código—para referirme al que más de cerca nos toca—establece, por ejemplo, el derecho del padre para elegir la profesión que el hijo ha de abrazar y muchas veces, en virtud de esta potestad excesiva que se ejercita arbitrariamente por padres ignorantes o negligentes, se ve a niños contrariados fun-

damentalmente en sus nacientes ideales ingresar a conventos para ser cruzados de una fe que los padres imponen despóticamente como si en el hijo no hubiera una personalidad destinada a ser plenamente libre y soberana aunque, transitoriamente, imperfecta pero siempre respetable como lo es el capullo de que eclosionará la flor. Este derecho que entrega el destino del hijo a la buena fe sectaria o supersticiosa del padre recuerda mucho al "paterfamilias" romano. La solidaridad de la familia germana se revela, en nuestro sistema, por la responsabilidad de los padres a causa de los hechos delictuosos de los hijos, responsabilidad civil tan sólo pero que presenta a la familia como una unidad fuerte; por la obligación de los hijos respecto de sus ascendientes en lo que se refiere a alimentos y cuidados sin que exista la recíproca; por la identidad de los herederos con la persona civil del causante que los conduce alguna vez a la curiosa situación de responder por deudas del padre sin recibir caudal hereditario alguno, lo que no se fundó en razones de moral sino de injusta ficción.

Lo que interesa a mi objeto es revelar la insuficiencia de nuestro actual régimen de la patria potestad a los fines de la realización de la personalidad del hijo. El individualismo, contra el que ya se ha dado muestras de reacción en cierto proyecto que ha pasado a engrosar la carpeta de nuestra Cámara de diputados nacional, ha buscado satisfacer las exigencias de las unidades en perjuicio evidente de la coordinación de ellas que es la sociedad. Empiézase por suponer familias de sujetos inhábiles al autorizar matrimonios de varones de catorce años con mujeres de doce olvidando que no basta la aptitud fisiológica para la cohabitación al objeto social del matrimonio puesto que los padres deben ser los medios propios de garantía que se ofrecen a la sociedad para la formación adecuada de la personalidad del hombre que transitoriamente se llama hijo en el seno de la familia no por que deje de serlo al alcanzar la mayor edad o la emancipación sino por que la importancia de la calidad de hijo es relativa al ejercicio de la

patria potestad. Nuestra ley—y como ella muchas otras—yerra no solo en lo relativo a la edad de los contrayentes sino también en la enumeración deficiente de las causales de inhabilidad que, como la epilepsia, la sífilis, el alcoholismo, aportan crecido porcentaje de degenerados con que debe cargar, como con pesado fardo, la sociedad. Pero nuestra ley fué elaborada en época de gran valimiento de su magestad el hombre al que se le habían declarado derechos intangibles y le habían “creado” un Estado encargado de velar por la supremacía de tan gloriosa entidad metafísica. Es natural, pues, que tal ley no reparara en casos harto frecuentes en que los padres en ejercicio de la patria potestad constituyen un peligro social por su ineptitud o por su falta de ecuanimidad no ofreciendo las suficientes garantías como jefes de familia. No basta—contrariamente a lo que cree el código—que los padres nutran el cuerpo de sus hijos, que no les den malos ejemplos, que no les traten brutalmente para que se hagan dignos de la confianza pública. El mal puede provenir de actos positivos como de actos negativos: de la indiferencia, la despreocupación, lo que se ha empezado a llamar con propiedad “el abandono moral” que es la atención del cuerpo a costa de la desatención del espíritu; del carácter díscolo, egoísta, del padre que, aunque no estalle en fieras tempestades de azotes, mantiene en el hogar un ambiente de inquietud, de desasosiego que hace al hijo abandonarlo poco a poco para buscar en lazos muchas veces mercenarios la tibia serenidad que le niega el rincón paterno. Estas situaciones francamente graves hacen del hijo un ser librado a todas las contingencias, un caldo de cultivo para todos los gérmenes antisociales. La nueva legislación deberá adoptar para los nuevos principios una nueva terminología: no sería sensato pretender acomodar a nuevas acepciones los antiguos vocablos. Este prurito, profesado por Rosmini que habla del hijo “como medio del padre” y del *dominio* o *señorío* a que aquél está sometido, aunque en cierto sentido que difiere del patriarcal, fomenta confusiones y absurdos aparte de

revelar un pobre espíritu de servilismo por el pasado caduco. La futura legislación, por tanto, deberá definir la patria potestad—si quiere realizar algo que no es de su incumbencia por que corresponde a la doctrina—a la manera que lo hace Garnieri Ventimiglia “como una delegación del poder social”, como un derecho de preferencia para los padres que reunan las cualidades adecuadas para obrar el desarrollo integral de la personalidad del hijo especialmente desde el punto de vista de los sentimientos ego-altruistas es decir, sociales. Este concepto puede resultar a los ortodoxos del derecho clásico un grave avance de la colectividad sobre el individuo, algo con ribetes de socialismo con lo cual ciertos eruditos de epidermis pretenden haber caracterizado lo abominable pero es necesario si se quiere que la sociedad pueda depositar en cada individuo una parte de la responsabilidad que comporta la colosal obra de la evolución. Convengamos en que vivimos una hora de bancarrota para el individualismo que, por un sarcasmo paradójico, culminó a favor de la revolución francesa y en que la legislación debe ser no la expresión más o menos disimulada de una prepotencia de clase sino la más exacta aproximación del ideal jurídico, inmanente ilusión de lo perfecto social, que nos sorprende día a día con una nueva cumbre sobre la que hay que venerar el flamante dios (fetiche dicen los irreverentes) del derecho.

II. Teleológicamente la familia puede definirse como la sede normal de la función reproductiva. Los hijos constituyen la meta conyugal, sea que se considere el hecho de la filiación como manifestación del instinto animal, instinto altruista especialmente en algunas especies inferiores cuyos individuos tributan con la vida su satisfacción; o como expresión del egoísmo patriarcal que depositaba en los hijos el destino de su existencia ultraterrena, o como superevolución de aquellas primitivas aspiraciones adaptadas a la vida ético-jurídica de las actuales sociedades ego-altruistas.

Los hijos constituyen al presente el verdadero límite de la fa-

milia cuyo círculo se estrecha visiblemente a medida que se amplifica el de la colectividad, aconteciendo precisamente lo contrario en la era patriarcal en que la potestad del jefe se ejercitaba no sólo sobre los hijos propiamente dichos sino también sobre los esclavos, servidores, clientes y mujeres que integraban esas vastas amalgamas de individualidades biológicas sobre que descendía implacable el despotismo del señor de los *famulus* (esclavos) nombre de que procede el de la institución poco a poco redimida, por fortuna, de su bastardo origen. El vínculo paterno-filial implica relación de causa a efecto: “el conato del hombre mortal por hacerse inmortal”. Esta misma idea la expresa Miraglia cuando dice que “si el hombre vive en otros por medio del matrimonio revive en otro por medio de la generación”. Este fenómeno representa la más exacta coordinación de caracteres físicos y psíquicos entre engendradores y engendrados pudiendo afirmarse que constituyen para éstos un patrimonio más cierto y permanente que el constituido por las cosas materiales. Las escrituras llaman al hijo: “chispa, incremento” de los padres y la solidaridad que tales expresiones involucran entre padres e hijos ya se sabe que en la antigüedad se entendió rigurosamente: los hijos debían responder del dolo de los padres.

El ejercicio de la función reproductiva ha debido, después de los períodos del salvajismo y de la barbarie, sujetarse a normas rígidas destinadas a establecer, como reacción firme contra la unión promiscuitaria, líneas precisas de tolerancia que pueden tener una doble razón de ser: el interés cohesivo de la propia familia y la defensa del organismo social. Se comprende sin esfuerzo que, en la era primitiva, inexistente el Estado y ausente toda posibilidad de diferenciación sólo existiera una categoría de hijos sin relación alguna a impedimentos por razón de sangre, de fidelidad o de condición de los progenitores. Pero el Estado, reconociéndose una super-estructura familiar, experimentó la urgencia de consolidar la familia como acto de auto-defensa y creó un tipo de garantía,

la familia de la ley (legítima) no limitando los efectos del acatamiento o de la transgresión sólo a quienes se vinculaban sexualmente sino llevándolos hasta los frutos de las vinculaciones cuya situación, en la esfera de las facultades y merecimientos, quedaba preestablecida para lo cual el Estado tuvo precisión de artificios muchas veces absurdos que, a favor de la inercia legislativa, imperan hoy a guisa de magna aberración.

Se constituyeron, pues, categorías de hijos oponiéndose a la ilegitimidad la legitimidad como criterio general dentro del que no tardaron en señalarse sub-criterios. Pueden resumirse en el siguiente cuadro las distintas denominaciones:

HIJOS	legítimos	de pleno derecho. por legitimación. por unión putativa. por adopción.
		adulterinos. incestuosos. sacrílegos. manceres. bastardos. naturales.

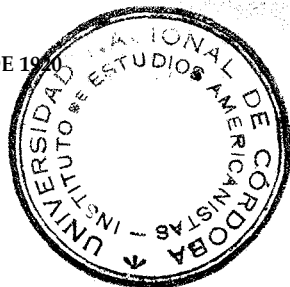
El derecho usa dos formas dialécticas de la certeza: la presunción y la ficción de que los romanos fueron maestros. Ambas actúan con singular amplitud—no diré eficacia—en la economía de las instituciones civiles. La primera subcategoría de hijos legítimos, la de los de pleno derecho, está fundada en una presunción necesaria: la de que todo hijo nacido de unión legal, dentro de ciertos términos, mínimo de formación y máximo de disolución del vínculo nupcial, tiene por padre al marido. Tal presunción tiene por base otra: la de la absoluta fidelidad de la mujer. Sin embargo el derecho no ha podido extremar la presunción al punto de rechazar elementos de certeza ofrecidos por situaciones de hecho (ausencia, impotencia del marido, separación de cuerpos,

etc.) que darían lugar a que el presunto padre contestara la legitimidad del hijo.

El artificio del legislador no pudo acabar con las uniones de hecho que, sin calificarse de delitos, se constituían con prescindencias de los cánones sociales. Y no sólo debió convencerse de la imposibilidad de refrenar el impulso de la naturaleza sino de la necesidad de incorporar a la vida regular el contingente de los cónyuges irregulares que podían legalizar su situación a la fecha de la concepción del hijo con lo cual la legitimación de las relaciones de los padres acarrea la del accesorio—si se me permite la expresión—el hijo. Si las legislaciones civiles hubiesen sido dictadas sin sujeción a un evidente individualismo la legitimación del hijo debería operarse como si dijéramos automáticamente por el hecho del subsiguiente matrimonio de los padres pero las legislaciones han juzgado equitativo hacer depender la situación del hijo del arbitrio de los padres que deben declarar categóricamente su voluntad de legitimar al hijo, privilegio que no se justifica si no es por un menguado cálculo.

El subsiguiente matrimonio de los padres constituye la única forma de legitimación en los países democráticos en tanto que los monárquicos estilan además el decreto real (*rescriptum principis*). En Roma se conocieron, aparte de los indicados, el que consistía en una oblación a la orden de los decuriones (*per oblationem curiae*).

Existen ciertas uniones nulas por razón de consanguinidad entre los cónyuges, por razón de subsistencia de un matrimonio anterior respecto de uno o de ambos cónyuges, por razón de error en la persona y otras situaciones análogas. Estrictamente consideradas pueden estimarse semejantes uniones como verdaderos adulterios o incestos, algunas veces, pero con la característica de la total ausencia de dolo por parte, por lo menos, de uno de los cónyuges. Los matrimonios putativos se caracterizan por ser uniones nulas modificadas fundamentalmente por la buena fe, es decir, por la excusable ignorancia de la situación jurídica que im-



pedía la legalización de las relaciones de sexo y sexo. Los hijos de matrimonio putativos se consideran legítimos mientras no se pronuncie la nulidad. solución equitativa que no siempre las leyes han dado a los conflictos entre la moral y la utilidad social.

Hay una filiación artificial exactamente equiparada a la legítima: la adopción. Históricamente representa ella una preocupación religiosa: aquel individuo que no había logrado hijos debía procurárselos en otra sangre a fin de que no se extinguiera el fuego doméstico propicio a los manes y, por consiguiente, los sacrificios destinados a labrar la felicidad del ascendiente varón fallecido. No corresponde estudiar las formas de la adopción ni su evolución histórica desde que la naturaleza enciclopédica de nuestro curso nos lo veda. A lo más puede decirse que si como institución de marcado carácter religioso ha desaparecido en las sociedades modernas se mantiene por razones individuales y sociales tan valederas que aún en aquellos países cuyos legisladores no la han admitido como mecanismo de derecho existe como mecanismo de hecho. Si no cabía suponer en la era patriarcal del derecho de Roma un fundamento distante del egoísmo del jefe de la familia para explicar la adopción hoy, merced al progreso de los sentimientos altruistas cuya expresión sintética es la simpatía, y a la excitación del instinto solidario causada por la aspereza y complejidad de la lucha por la vida, se experimenta la necesidad de acrecentar los elementos de estímulo. Si no se encontrara suficiente esta aseveración examínese la cuestión desde el punto de vista más psicológico de la lógica de las pasiones. El hijo constituye para los padres un complemento precioso e insustituible. La filosofía de todos los tiempos ha presentado la fuerza y la cerebración del adulto descansando, agitándose, multiplicándose en aras de la debilidad y de la inconsciencia del infante. La vida de familia es imperfecta, sus horizontes mezquinos, el porvenir sombrío cuando los padres no ven paralelamente extinguirse sus energías y reforzarse en sus hijos que, al fin, son ellos mismos bajo otra forma y sobre otro cua-

drante... Y aquella unión estéril busca un apoyo a su deficiencia, un asilo a su invalidez, un encanto plástico que recibe la síntesis de ese amor en una fusión afectiva que reemplaza en lo posible al fruto de la fusión sexual que no llega... Y he aquí cómo se justifica la adopción en todos los tiempos y en todas las latitudes. Son unilaterales, pues, los codificadores cuando omiten la adopción del cuerpo de las instituciones civiles "por ser extraña a las costumbres": consideran el antecedente mezquino de las ceremonias fúnebres y olvidan la manifestación permanente de la tendencia de los hombres a asociar su vida: en la edad juvenil a la mujer; en la edad viril y caduca a los niños. Los países en que se proscribía la adopción conocen y practican el sistema tanto como los que lo legislan. Esta es la verdad; entre nosotros las clases pudientes realizan la adopción en forma de institución de heredero y en tal virtud producen efectos jurídicos las adopciones de hecho.

En la actualidad han desaparecido de la doctrina y, con mayor motivo, de la legislación las sub-classes mancer, sacrilego y bastardo. Mancero era el hijo engendrado en prostituta; sacrilego era el engendrado por individuo investido de órdenes sagradas y esta caracterización no careció de importancia mientras el régimen del matrimonio fué asunto de derecho canónico; bastardo era el engendrado en mujer virgen o viuda honesta. Naturales, adulterinos e incestuosos forman las únicas sub-classes de los hijos ilegítimos en las legislaciones contemporáneas.

En Roma se tenía por hijo natural el nacido de concubina que fuese única y habitase en calidad de tal en la misma casa del padre siendo ambos libres y pudiendo contraer entre sí legítimo matrimonio. (Novel. 18 cap. 5. C. de Naturalibus liberis). Igual concepto, salvo detalles, expresaba la ley de Partidas. (ley 2, t. 14 part. 4). La ley de Toro (ley 1, t. 5, lib. 10. N. Rec.) llamaba natural al hijo tenido por padres que al tiempo de la concepción o del nacimiento podían casarse, concepto excesivo pues podía así ocurrir que el fruto del adulterio resultase hijo natural si los con-

yuges adúlteros al tiempo de la concepción habían enviudado al del nacimiento del hijo. Era la ley de Toro más liberal que las actuales que toman por punto de referencia a los efectos de calificar el hijo solo la época de la concepción. En las citadas legislaciones ocurrían curiosas transformaciones y ya quisiéramos hoy una tan grande elasticidad. A su debido tiempo indicaré cómo podían los hijos adulterinos transformarse en naturales y los incestuosos en legítimos lo que, ciertamente, a nosotros nos resulta un problema chino.

Los hijos naturales no gozaron siempre del mismo favor de la ley. Parece que Grecia fué severa con los hijos naturales hasta que Pericles legitimó a su hijo natural. En Roma los hijos naturales eran considerados miembros de la familia de la madre y, como tales, con cierto derecho de sucesión a los bienes de ella y de su familia. El padre solo les debía alimentos. En la época imperial se les consideró también hijos naturales del padre que entró al ejercicio de la patria potestad y con ciertos derechos hereditarios. La revolución francesa llamó a la sucesión de los padres tanto a los hijos legítimos como a los naturales aunque no en pie de igualdad.

Una cuestión interesante y que solo puedo tratar muy someramente es la relativa a la investigación de la paternidad o maternidad por parte del hijo natural. Algunas legislaciones como la holandesa, italiana, francesa, chilena, prohíben la investigación de la paternidad. Pretendiendo justificar el precepto del código francés Michelet sostiene que “la generación de parte del padre, fuera del matrimonio, no funda la unidad espiritual de la persona del hijo con él mientras que la madre por el hecho solo del parto vive en una natural unidad con el hijo”. Cómo no ha de establecerse la unidad espiritual del padre con el hijo cuando la herencia hará del hijo una expresión más o menos completa del padre en lo psico-fisiológico? El hecho del parto no establece unidad; es, a lo sumo, un suceso incontestable. Y en la circunstancia

de la determinación de la madre y de la indeterminación del padre radica la lógica—harto ramplona—de las disposiciones prohibitivas. No se repara en la falsa posición adoptada al equiparar el hecho de la efectividad del parto con la prueba del hecho. Por que como el juez ni los testigos es forzoso que presencien el alumbramiento, y es común que él se oculte como un hecho bochornoso; resulta poco menos que insuperable para el hijo probar la maternidad a pesar de que nadie pueda discutir que ha salido de alguna mujer. En cambio al padre se lo puede individualizar perfectamente por un conjunto de hechos que, aunque no puedan llegar a la constatación plena de la vinculación sexual, permiten afirmar la presuntivamente con arreglo a la más formidable lógica.

La verdadera razón del privilegio acordado al hombre debe buscarse en la prepotencia del sexo que sabe usar de eufemismos para esconder su injusticia; estos resabios de la irresponsabilidad patriarcal constituyen una odiosa derogación de los principios sobre que reposa el orden civil.

Nuestra ley, al igual que las inglesa, norteamericana, portuguesa, española, sueca, noruega, austriaca, suiza y dinamarquesa, permite la investigación de la paternidad y de la maternidad, salvo el caso en que la madre haya contraído después legítimo matrimonio con otro que el padre del hijo natural. ¿Por qué este precepto? Se dice que por la necesidad de proteger la “redención” por el matrimonio de la que, soltera, cometió una debilidad. Yo creo que no puede haber consideraciones de ningún género que impongan el quebrantamiento de la verdad. La mujer y el hombre cuando van a celebrar nupcias deben, en nombre de ese amor supuesto sincero y altruista, empezar por exhibirse mutuamente tal cual son: si la mujer oculta su caída—que socialmente se reputa una deshonra y en el mercado del matrimonio significa una desvalorización—defrauda al marido. Esta situación hipócrita y desleal no se concibe y sobre todo no autoriza a cubrir la mala fe de la cónyuge.

El hijo ha sido llamado “natural” por oposición a “legítimo” y esta nomenclatura como la relativa a hijos de nadie (adulterinos e incestuosos) proviene del derecho romano.

Con la excepción de la legislación austriaca que divide a los hijos en legítimos e ilegítimos sin distinguir entre éstos a naturales, adulterinos e incestuosos, las legislaciones actuales y con mayor razón las antiguas, han extremado su rigor con los frutos de las uniones de personas que, al tiempo de la concepción del hijo no podían contraer justo matrimonio, sea por impedírsele una unión anterior o el vínculo de sangre o afinidad.

La calificación de adulterino ha evolucionado paralelamente al concepto civil de la personalidad de la mujer. Las leyes mosaicas (Lev. cap. 20, p. 10. Deu. cap. 22 p. 22) las romanas (ley 6, p. 1, ley 34, p. 1, D.) y las de las partidas (ley 1, tit. 17, part. 7) coinciden: tiénese por tal el concúbito de un hombre (no importa si libre o no) con una mujer que se encuentra casada con otro. No se concebía la infidelidad del marido por más que la de la mujer era castigada con pena de la vida. Ello se justificaba por la asimilación de la hembra a una cosa incorporada al patrimonio del marido y la consiguiente ausencia de todo elevado concepto de la vida conyugal. La influencia de las ideas cristianas determinaron una nueva situación de la mujer, a lo menos en el terreno de la teoría, definiéndose el adulterio como el acceso carnal de personas que no podían casarse por hallarse ambas o sólo una de ellas ligadas a un matrimonio anterior.

Los códigos actuales han recibido el criterio del derecho canónico. Pero es curiosa la liberalidad de ciertas leyes que han precedido a las actuales, como la de Toro citada ya, que permiten la transformación del hijo adulterino en natural. Podía acontecer esto cuando, si bien a la fecha de la concepción del hijo ambos padres habían sido casados cada uno con otra persona, a la fecha del nacimiento del hijo habían enviudado: es decir, que na-

ecía el hijo cuando se había removido el obstáculo que impedía el matrimonio.

Actualmente, la idea que determina la calificación de incestuoso para el hijo es la condición de los padres desde el punto de vista del parentesco civil, si bien durante el imperio del derecho canónico se lo extendía al espiritual.

Una ley de Partidas extendió ingeniosamente la calificación de hijo incestuoso al habido por religiosa profesa. El glosador López indicó el motivo: la religiosa profesa—dice—tiene la investidura de esposa de Jesucristo que es nuestro padre. Sin embargo, la jurisprudencia no tuvo en cuenta a “la esposa de Jesucristo” sino a “la perjuración del sagrado voto” y los hijos de las monjas se consideraron sacrílegos como los de los clérigos y frailes.

Aunque se ha disputado al respecto, Escriche asume la responsabilidad de afirmar, con suficientes pruebas por cierto, que los hijos incestuosos podían transformarse en legítimos por el subsiguiente matrimonio de los padres, lo que se lograba mediante la dispensa del parentesco por la autoridad eclesiástica, siempre magnánima para con los que no escatimaban el pago de los correspondientes derechos. Cita Gener en su obra “La muerte y el diablo” la tarifa cancelaria y penitenciaria del Papa Juan XXII en uno de cuyos items se lee: “Por la absolución del que hubiese cometido incesto con su madre, su hermana o cualquier otra mujer que fuere su pariente por sangre, por alianza o bien con su madrina: cinco gros”. Voltaire inserta en su Diccionario Filosófico un extracto de la tarifa que pagaba Francia a Roma por bulas, dispensas y absoluciones de matrimonio por causa de incesto, oscilando los derechos entre un mínimum de sesenta y cinco libras y un máximum de cuatro mil quinientas treinta.

El incesto es un delito hoy, pero sin este repugnante apareamiento no habría sido posible la multiplicación del género humano. Si se acepta la teoría inductiva y humana de la promiscuidad primitiva en el seno del clan no hay duda posible. Tampoco pue-

de haberla si se acepta la teoría teológica y bíblica, según la que en el origen Dios creó una pareja. En efecto, dice Max Stirner: “Cuando Dios creó la primera pareja y Caín mató a Abel, la producción ulterior de la especie humana tuvo que ser de una de estas dos maneras: o Dios volvió a empezar con Eva el acto de la creación o Caín se unió a una hermana; ahora bien, esta hermana no existió, según la Biblia, que presenta a la primera pareja humana como bipuerista (maltusiana). Caín, pues, tomó otra mujer pero donde? La contestación es que este fratricida, como único descendiente de Adán, es el padre del género humano”.

El horror del incesto que en nuestros días radica en un sentimiento ético, ha debido constituirse, con el andar de los tiempos, iniciándose en una aversión orgánica determinada por la repetición de los partos degenerados. Hoy mismo se constata el horror por ciertas uniones que, aunque no calificadas de incestuosas, dan productos degenerados en virtud de los inconvenientes de la misma sangre a los fines de la reproducción: las de primos hermanos, por ejemplo.

La condición de los hijos adulterinos e incestuosos en el antiguo derecho era relativamente menos despiadada que en las del mundo civilizado. Parece que en tiempo de Gayo la legislación romana les acordó cierto derecho a la sucesión pretoria. En medio de la confusión consiguiente a distingos y sutilezas de todo género se advierte en la legislación española de la Edad Media algún precepto que consagra ciertos derechos para los hijos adulterinos e incestuosos; así una ley de Partidas (p. 4, t. 19, ley 5) establece la obligación para la madre y sus ascendientes de criar, si tuviesen como hacerlo, a los hijos adulterinos e incestuosos. Respecto del padre, a causa de ser incierto, no tiene derecho sino a los alimentos “si lo ficieren por su mesura moviéndose naturalmente a criarlos et a hacerles alguna merced así como farían a otros extraños por que non mueran”. No pueden heredar al padre ni a la madre pero ésta

podía hacerles merced de hasta la quinta parte de los bienes en vida o en muerte.

No es arbitraria la suposición de Rosmini cuando asienta que este odio a los hijos adulterinos e incestuosos parece ser una supervivencia de la absurda situación de los hijos responsables del dolo de los padres, que tanta boga tuvo en el antiguo derecho. Es sencillamente estupendo que no concibiéndose en el orden penal contemporáneo el castigo de los hijos por los delitos de los padres, se encuentre en el orden civil muy justificada la inicua e hipócrita máxima que declara a los hijos adulterinos e incestuosos “sin padres” en nombre de una moral egoísta que se empeña en cerrar los ojos ante la evidencia, como si el orden social y la firmeza de la familia fueran a conmovirse por que se otorgara a los hijos de uniones vedadas el derecho que las bestias tienen al amor, al amparo de sus primeros días. La ley se empeña en extender un manto de armiño sobre el lodo: quiere evitar los pleitos escandalosos pero por qué los autoriza cuando el marido quiere contestar la legitimidad del hijo o sus herederos—a falta de aquél—acusan a la mujer de adulterio? Es estúpido que se acuerde derecho a terceros para investigar la paternidad del hijo y que se deniegue ese derecho al propio hijo. Desde cualquier punto de vista que se examine la cuestión: civil, social y hasta sentimental resulta inconcebible la situación de los hijos adulterinos e incestuosos que sólo tienen derecho a los alimentos, derecho que no es tal desde que depende en absoluto de la voluntad de los padres. La nueva concepción de la función social del hombre, la influencia determinante del ambiente doméstico, el valor insustituible que tiene a los efectos de asegurar la lucha por la vida en condiciones normales la posesión de un nombre, de un carácter y de una profesión, cosas todas que exigen el reconocimiento previo de la personalidad civil, imponen como un deber urgente para los legisladores, la revisión de las categorías de hijos que constituyen una amenaza permanente para el bienestar social y una ignominia para las insti-

tuciones, por desgracia inspiradas en un grosero individualismo que sacrifica los más legítimos intereses en aras de un prejuicio antisocial.

III. De institución tan importante como la sucesión no puedo tratar, de conformidad a la naturaleza de nuestro curso, sino aquello de más permanente y general que yo encuentro en lo que se refiere a sus fundamentos y a sus distintas clases.

El hombre puede definirse a los fines del derecho sucesorio como un elemento diferenciado por el parentesco dentro de la asociación y como una voluntad autonómica a cuyo influjo se halla sometido un conjunto de cosas—corporales e incorporales—denominado patrimonio. He señalado en la caracterización antecedente, las indispensables bases de la institución sucesoria: es decir, la familia y la propiedad individualista.

El patrimonio es una forma de supervivencia de la personalidad psico-fisiológica desde el punto de vista civil. Había cierta lógica cuando en el derecho bárbaro pronunciada la muerte civil se procedía por el Estado a la confiscación de los bienes del “muerto-vivo”, a causa de que si se había extinguido la personalidad frente al derecho no podía mantenerse una situación de dominio sobre las cosas. Sin embargo, extinguida por el hecho natural de la muerte la voluntad imperante—hablo con el criterio de los sistemas civilistas—subsiste el derecho de propiedad; no deja de ser curioso el hecho de la prolongación del derecho (propiedad) más allá de los límites de la vida del derecho-habiente (propietario-causante). No es el patrimonio un accesorio de la personalidad? Supuesto así no se tiene por dogma del derecho civil que lo accesorio sigue la suerte de lo principal? Y si los códigos hablan del “ánimo” a los efectos de la mantención del dominio, no se ha extinguido tal dominio desde que falta el ánimo del que fué propietario? Pero caben otras cuestiones no menos intrincadas. Es absolutamente individual la propiedad? No existe una copropiedad familiar? No es el propietario un socio de la colectividad? Des-

graciadamente no puedo detenerme en el examen de tantas y tan delicadas proposiciones, pero a medida que la exposición lo requiera insinuaré algunas respuestas.

La institución sucesoria organizada cada vez más con el objetivo social empezó por ser expresión de absoluto individualismo. Aparte de la época más o menos fabulosa en que el comunismo del clan no permitía sino muy limitadamente el imperio de la transmisión de los bienes por causa de muerte, es interesante descubrir en el seno de la familia patriarcal la sucesión con un contenido netamente religioso. Así lo ha hecho notar Cicerón y a tal punto se desconocía la función económico-social del patrimonio (noción esta que cada vez va exigiendo mayor campo) que, como luminosamente lo denuncia Fustel de Coulanges, no consistía la sucesión en el paso de los bienes a través de las personas sino, muy al contrario, en el paso de las personas a través de una entidad inmutable; el hogar y la tumba de los antepasados. El feudalismo dió una forma nueva a la inmovilidad del patrimonio fundando el estado familiar; la revolución francesa, por una lógica reacción contra el régimen feudal, echó mano de un criterio político-social: la igualdad y de uno económico: la circulación de la riqueza para destruir los mayorazgos, vinculaciones, manos muertas, etc.; todo ese reducto de opresión económica, todo ese aparejo de despotismo político fué abatido—en parte al menos— por el genio liberal y democrático de la revolución.

Nuestro objeto se circunscribe a investigar el fundamento de la sucesión tal como se encuentra, en sus grandes líneas, organizada en los países que se dicen civilizados: tratar de exponer las razones que parecen justificar la institución sin emprender el estudio crítico de ellas, pues este problema que vendría a ser el de la legitimidad o ilegitimidad de la sucesión correspondería en todo caso a la filosofía del derecho.

Ninguna institución de la vida civil es comprendida tan fundamentalmente por lo que se llama la cuestión social que no es

sino el aspecto agitado de la lucha por el derecho, como la sucesoria; la razón es clara: tiene por base la propiedad individualista y es una forma del capitalismo. Por eso las doctrinas socialistas, ortodoxas o no, el socialismo utópico o sentimental y el marxista, las declamaciones bellas y flamígeras de Kropotkine, las vigorosas prosas de Jaurés, las tajantes críticas de Nordau, han coincidido en la necesidad de suprimir la institución de la herencia. Unos abogan por su total supresión del casillero civil; otros por que se suprima el testamento. Aunque no debamos alistarnos en la discusión que nos llevaría fuera de nuestro objetivo y rechazando en absoluto la opinión de los reaccionarios que creen que en la cátedra debe omitirse la consideración honda, seria y serena del problema de la justicia social; recordaré, de paso, que si en el seno de las asambleas legislativas de la Francia revolucionaria, individualista y burguesa, no prosperaron las ideas de Mirabeau, Tronchet, Robespierre, Petion, la revolución realizada en nombre de su Majestad el Hombre sin pretender tocar—piadoso eufemismo!—“al sagrado derecho de propiedad” lo redujo a su más exiguo contenido en materia de disposiciones por causa de muerte. En nuestros días la Rusia bolshevista, comunista y proletaria, por decreto de fecha 24 de mayo de 1918 ha resuelto que todos los bienes (dinero, inmuebles, valores) pertenecientes a particulares pasen, a su muerte, a ser propiedad de la República Socialista Federal de los Soviets, quedando absolutamente suprimida la herencia, si bien Tassin nos cuenta cómo se ingenian los afincados para burlar la nueva ordenación.

Mi criterio es que la herencia posee sólidos fundamentos aunque creo que sólo debería admitirse respecto de las cosas que puedan ser ganancias del trabajo pues no admito la propiedad privada de las fuentes naturales de producción como la tierra, por ejemplo. Trataré, hecha esta salvedad, de enunciar los fundamentos de la institución sucesoria. D'Aguanno discurre con alguna amplitud al respecto iniciándose por la fase biológica de la cuestión

y aún cuando nos sea extraña la consideración de las doctrinas de Haeckel y Darwin podemos afirmar, como una conquista definitiva de la ciencia, el hecho de la herencia psico-fisiológica comprobada por la antropología y la psiquiatría. Entonces si existe un capital—permítaseme la expresión—común a los individuos de una misma familia en forma de predisposiciones, taras, morfológicas o esenciales; si se hereda la estructura ósea, los sistemas orgánicos (digestivo, nervioso, circulatorio, etc.) los rasgos fisonómicos, las enfermedades, los instintos, las facultades intelectuales ¿puede discutirse la legitimidad de la herencia en el campo económico? Si se acepta la propiedad individual en principio no cabe discusión. Pero esta herencia psico-fisiológica comprende tres órdenes de caracteres según Ribot: se heredan caracteres específicos es decir, comunes a la especie por ejemplo la predisposición para el lenguaje articulado; caracteres raciales o nacionales esto es, comunes al grupo étnico o nacional a que el individuo pertenece, por ejemplo, la coloración de la piel, la predisposición al régimen de vida y al temperamento particular de la sociedad, aparte de caracteres más secundarios; por último, se heredan los caracteres familiares a que ya me he referido.

Otro fundamento de la herencia lo encuentro en el hecho de la copropiedad familiar, esto es, en la solidaridad de intereses que la familia supone (herencia legítima) y en la autonomía individual (herencia testamentaria). La simpatía que vincula a los miembros de la familia suscita el legítimo egoísmo del hombre en medio de la lucha por la vida y si es verdad que la materialidad del afán pertenece a uno la energía, la tenacidad, la habilidad, están estimuladas por el amor de los seres con que se lo comparte. En realidad cada cosa que constituye el patrimonio es una adquisición de una energía conjunta en que se funde la mútua simpatía de los miembros de la asociación y esta fuerza de cohesión aparece metamorfoseada en actividad lícita. En tal sentido puede decirse que la familia ha adquirido las cosas que, por otra parte, son des-

tinadas a los fines de la organización doméstica mediante la satisfacción de las necesidades comunes. Es en el seno de la familia donde se generan los sentimientos ego-altruistas que caracterizan la vida social. Estos hechos indiscutibles permiten afirmar la copropiedad familiar no en el sentido del condominio civil sino en el de la solidaridad de los intereses o, según Rosmini, como derecho pleno del propietario en concurrencia con el derecho relativo de los de más. Contra esta afirmación se sostiene que toda manifestación de riqueza es no otra cosa que el fruto del progreso social que perfecciona el sistema de la producción y el de garantía en que el trabajo se ejercita. Que, por lo tanto, nada que no sea lo necesario para la vida debe ser patrimonio individual, pero como se ve se está dentro de un círculo vicioso: qué es lo necesario? qué es lo útil, qué lo superfluo? Además se disputa respecto de la legitimidad del derecho de propiedad que yo acepto, con exclusión de la que recae sobre la tierra, como la total ganancia del esfuerzo en condiciones de libre acceso a las fuentes naturales de producción bajo la administración social. Reconozco, pues, un fundamento biológico (herencia biológica) y un fundamento psicológico (simpatía) a la institución civil de la sucesión. Pero no sería completa la enumeración si olvidase el fundamento económico-social (función de la riqueza) en cuya virtud el Estado interviene en la reglamentación de la suerte del patrimonio individual estableciendo limitaciones a la facultad dispositiva del causante, determinando los grados de concurrencia a la liquidación del patrimonio, exigiendo el pago de impuestos, etc., pues la circulación de la riqueza en condiciones que asegure su mayor difusión así como el reconocimiento de la cooperación familiar desde el punto de vista de la producción, no se lograría si se omitiese por el Estado la reglamentación del arbitrio individual y de la exigencia de los miembros de la familia. Ciertamente no deja de contrariar al espíritu simplista esto de tener que equilibrar fundamentos de diversos órdenes por que tenemos una fuerte tendencia a lo absoluto

aunque abominamos del derecho natural metafísico, pero siendo los bienes indispensables a los tres órdenes de actividades interdependientes: individuo, familia, sociedad (Estado) y coexistiendo ellos como categorías históricas me parece legítima la ingerencia mayor o menor de cada uno en la tarea de hacer circular tales bienes (patrimonio) pudiéndose a lo más atribuir, según el ideal de cada época, influencia preponderante a uno sobre los otros y, en tal concepto, puede afirmarse en el actual régimen civil el predominio acentuado de la ingerencia social o estatal sobre la individual y doméstica.

Por lo que respecta a las clases de sucesiones el derecho contemporáneo sigue la tradición legislativa. Como una manifestación del derecho doméstico, forma antecedente del derecho social, se halla en los orígenes la sucesión intestada. El testamento (de *testatio mentis*: testimonio de voluntad) como acto unilateral y potestativo, a la manera que es practicado hoy, pertenece a época muy posterior. Mucho se ha disputado acerca del fundamento de la sucesión intestada que, como se sabe, es la transmisión operada sin la intervención de la voluntad expresa del causante. Alguien ha sostenido que lo que legitima la sucesión intestada es el derecho del primer ocupante. Se supone que la muerte destruye toda situación jurídica y, por tanto, que no puede hablarse de propiedad del difunto; que los bienes quedan sin dueño y pertenecen al primer ocupante y siendo los demás miembros de la familia los que están más inmediatos al patrimonio, ellos vienen a ser los primeros ocupantes. Esta teoría prescinde en absoluto de todo criterio que no sea de hecho y aparte de que podría discutirse cual o cuales de los miembros de la familia son los primeros ocupantes el hecho de la ocupación por sí no puede fundar el derecho de propiedad y si se sostuviera que pueda fundarlo a los fines de la recepción del patrimonio del difunto podría ocurrir que un extraño a la familia se erigiera en primer ocupante, con lo cual el concepto de la sucesión intestada habría desaparecido. Pero esta es

una teoría arcaica, feudal, con que muchos han pretendido legitimar la propiedad territorial de pueblos desposeídos por aventureros que hicieron su Eldorado unos en el nombre de Dios y otros en el nombre del rey.

La teoría de Grocio que asimilaba la sucesión intestada a un tácito testamento alcanzó más boga; todavía se dice eso de la voluntad "presunta" concepción que fué combatida en sus comienzos, entre otros, por Cocceio que fundamentó la sucesión intestada en la comunidad familiar de los bienes. Por más que no deba admitirse que haya grados teóricos de afección por que ésta es un producto de la vida misma, algo muy relativo, elástico y subjetivo que, es claro, escapa a todo tipo abstracto, fijo y exacto el Estado reconociendo en la asociación familiar una interpenetración en sus elementos que se traduce en: unidad psico-fisiológica, unidad ética y por tanto unidad de exigencias económicas se ha visto precisado a echar mano de una presunción, la de la mayor o menor solidaridad psico-biológica del heredero con el causante, creando verdaderas gradaciones del presunto afecto que se traduce en porciones pecuniarias. Muchas teorías pueden proponerse para explicar el fundamento de la sucesión intestada pero creo que todas, más ó menos, coincidirán con la que dejo dicha al principio. Sucesión intestada, sucesión legítima son términos sinónimos: con el primero se significa la falta de voluntad explícita del causante, con el segundo la fuente de que se origina: la autoridad de la ley.

La sucesión testamentaria ofrece el ejemplo típico del control social sobre lo que se llama la autonomía de la voluntad individual. En principio el propietario posee un poder absoluto sobre la cosa y, por tanto, para disponer entre vivos o por causa de muerte. No obstante, el derecho civil que ha creado un tipo metafísico: "el buen padre de familia", supone que normalmente los padres deben ser vigilados a fin de que su ligereza, falta de equanimidad, maldad o torpeza no irroguen perjuicio a los hijos. El poder social limita, a tal fin, la facultad dispositiva creando una

clase de herederos “necesarios” o “forzosos” para los cuales se para del patrimonio del causante o testador porciones “legítimas” es decir, lo que la ley les acuerda privilegiadamente sin tener para nada en cuenta la voluntad del causante.

No podemos entrar a estudiar qué teoría justifica el testamento en cuya virtud la voluntad del hombre “se enfutura” según Filomusi. Bástenos saber que Grocio vió en el testamento una institución de derecho natural como una forma o consecuencia de la facultad de enajenar propia del dueño asimilando con poca fuerza aunque con mucha agudeza el testamento a la venta. Leibnitz sostuvo que se justificaba el testamento por la inmortalidad del alma. Siendo el testamento una expresión de voluntad y ésta una facultad del alma qué influencia podía tener sobre tal voluntad el aniquilamiento del cuerpo por la muerte?

Estas son cuestiones que hoy carecen de interés; no tardó en verse que si se admitía que la voluntad de obligarse expresada en un documento de crédito comprometía a los herederos del causante no había para qué discutir sobre la existencia o inexistencia de dicha voluntad después de la muerte, pues lo único que al derecho le interesaba era descubrir una expresión de voluntad en el momento en que el acto se realizó por que es entonces que la voluntad se fija y exterioriza como energía de un hombre que no importa saber (y por otra parte es ridículo pretender asegurarlo) si por la muerte ha de convertirse en fantasma o no.

La sucesión testamentaria no se reconoce sino después de una lucha entre el individuo y la sociedad. En muchas sociedades primitivas razones religiosas o políticas no permitieron el testamento. Comienza él por la forma de una verdadera ley; en Roma estaba reglado el orden de la sucesión y no se concebía que fuera modificado tal orden sino por una ley especial que era el testamento *calatis comitii*: el testador rogaba al pueblo congregado por curias bajo la presidencia del pontífice que se le concediese hacer disposición de sus bienes de presente o para después de sus días; no se

ha establecido bien si el pueblo asistía como testigo o a objeto de votar la petición. Lo cierto es que esta forma era difícil y definitiva. También fué usado el pacto sucesorio pero con el inconveniente de no poder revocarse por la sola voluntad del disponente. Como hace notar Kohler este era un grave defecto pues la autonomía de la voluntad individual no lograba imponerse. El testamento "per aes et libram" constituye en tal sentido un progreso. Consistía en una venta ficticia. El testador en presencia del "libripens" y de cinco testigos que representaban las clases sociales de Roma simulaba vender a un amigo (*familiae emptor*) el patrimonio que debía dividirse a la muerte del falso vendedor. Como el falso comprador era un verdadero ejecutor testamentario (*fiduciario*) no tenía interés personal en que el patrimonio se dividiera en esta o en otra forma, entre esta o aquella persona desde que cumplía una misión de mera confianza. Era entendido, pues, que el testador poseía la facultad de modificar el testamento en todo o en parte. Ya se ve actuar una voluntad activa, la del testador; la del fiduciario o falso comprador era pasiva. La iglesia que se interesaba en colmar los cielos de bienaventurados favoreció las donaciones "pia causa", es decir, los legados para el alma con lo que acabó de reafirmarse el arbitrio unilateral del disponente. Es así, a grandes rasgos, cómo del seno del derecho colectivo se destacó el derecho individual desde el punto de vista de la transmisión de los bienes por causa de muerte.

La lucha se mantiene; ella es el motor del progreso.

ARTURO ORGAZ
