





**Historia y Legislación  
de la Legítima**

<b>BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA</b>	
<b>Nº DE ORDEN</b>	<b>4674</b>
<b>UBICACION</b>	<b>C. 22</b>
<b>FICHA MATERIA</b>	

\_\_\_\_\_

**Aquiles Horacio Guaglianone**

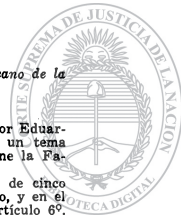


# **Historia y Legislación de la Legítima**

**I**

## **Fuentes Antiguas**

Tesis laureada con el Premio Eduardo Prayones  
y recomendada al Premio Facultad (1939)



De acuerdo con lo resuelto por el Consejo Directivo, el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

RESUELVE

Art. 1º — Institúyese el premio universitario anual “Profesor Eduardo Prayones” destinado a la mejor tesis que versare sobre un tema comprendido en el derecho civil, a juicio del jurado que designe la Facultad y con arreglo a los términos de la presente ordenanza.

Art. 2º — El premio consistirá en una medalla de oro, de cinco argentinos de peso con el cuño que apruebe el Consejo Directivo, y en el pago total o parcial de la impresión de la tesis, conforme al artículo 6º.

Art. 3º — El jurado está compuesto por cinco miembros designados por el Consejo Directivo; tres de ellos, por lo menos, serán profesores titulares de Derecho Civil de la Facultad.

Art. 4º — Las tesis o trabajos deberán ser presentados antes del 30 de septiembre en cinco ejemplares impresos o a máquina.

Art. 5º — El fondo para sufragar el premio estará formado:

a) Por la renta de pesos 20.000 moneda nacional nominales en bonos hipotecarios del Banco de la Provincia de Buenos Aires, que depositará la Comisión Pro homenaje doctor Eduardo Prayones con ese destino;

b) Por el 30 por ciento de la renta correspondiente a dichos bonos que habrá de capitalizarse;

c) Por los réditos no aplicados, una vez satisfecho el premio o declarado éste desierto.

Art. 6º — Adquirida la medalla a que se refiere el art. 3º, el premiado recibirá, además, el importe de los intereses anuales hasta completar el 70 por ciento para contribuir a los gastos que originase la impresión de la obra, pero en ningún caso esta suma podrá exceder de pesos 5.000 moneda nacional. El 30 por ciento serán invertidos en bonos hipotecarios del Banco de la Provincia de Buenos Aires, que acrecerán el capital originario.

Art. 7º — Si se suprimiese el requisito de la tesis para el doctorado o si en un año determinado no se hubiera recomendado ninguno de esos trabajos al premio a que se refiere esta ordenanza, se acordará el mismo a la mejor obra que, sobre el tema indicado en el artículo 1º se realizara en cualquiera de los institutos, seminarios o Centros de estudios de la Facultad.

Art. 8º — Autorízase al Decano para reglamentar la presente ordenanza.

Art. 9º — Elévese al Consejo Superior para su aprobación, etc.

ZAVALLÍA.

Carlos A. Agarragaray.

A los héroes de la lucha por el derecho  
A la memoria de mi padre, inmortal!



**La Facultad no se solidariza con las opiniones vertidas en esta tesis, cuya responsabilidad incumbe sólo al autor.**



**PRIMERA PARTE**

**ORIENTE Y GRECIA**









## I

### GENERALIDADES

1. — No se discute ya que, en el derecho antiguo, familia, propiedad y sucesión constituyen un solo organismo, cuya armonía requiere el estudio de las tres formaciones jurídicas, cuando se aborda el conocimiento profundo de cada una.

Con respecto al tema que abordaremos en esta tesis, nada más acertado que la precedente conclusión. Sobre esas columnas de la sociedad se ha erigido, en todas las civilizaciones, el edificio del Estado y, combinando sus elementos integrantes, se caracteriza a un pueblo y se llega a la necesaria comparación entre varios, para desentrañar su genuino origen.

Desde que la familia indoeuropea se asienta sobre el territorio de su conquista, la tierra —ignorada causa de su progreso vertiginoso —asume el papel de un hijo más en la prole, y su virginidad agreste cobija a los penates que guiarán, en el futuro cercano, la actitud de los hombres y del pensamiento.

El antepasado epónimo, el héroe que engendró a la familia eupátrida o patricia, se contenta en el reposar sobre el mismo campo de su andanza mitológica y enseña, desde la tumba

construída en el rústico cobertizo, el camino secular a sus descendientes.

2. — Adquirir la noción de propiedad, supone imaginar su transferencia a través de las generaciones. El pater que administra el lote primitivo, busca entre la grey al que, más allá de la muerte, cumplirá la función que a él incumbe y honrará su sepulcro. Lógico encadenamiento de concepciones que nace, bajo similares perspectivas, en pueblos apartados por la distancia y los caracteres raciales.

Manú, el legendario codificador de la enseñanza india; Moisés, el severo y venerable patriarca del Exodo; Hammurabi, el inflexible rey caldeo <sup>(1)</sup> y Solón, arconte reformador y demócrata, se encuentran, como salidos de un mismo claustro de cultura, en la ley que sancionan para sus pueblos.

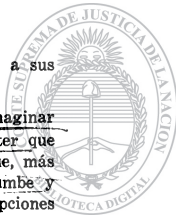
¿No es maravillosa esta universalidad en las ideas? Para el historiador que busca la luz, no con el documento sino mediante la razón atrevida de las teorizaciones, la maravilla sólo reside en la posibilidad ilimitada del pensamiento humano que, partiendo de un producto espontáneo y simple de su naturaleza —la familia—, evoluciona hasta las más abruptas peñas de la abstracción.

La historia del derecho no es, así, sino la historia de la familia. No cabe particularizarla en un proceso económico; es tan sólo una decantación de relaciones interfamiliares. La propiedad no resulta de un avasallamiento del débil, sino de una usurpación cometida dentro de la familia. La herencia no importa transmitir los bienes privados por la muerte de su titular, sino que consiste en el mantenimiento de la unidad de un grupo primario sobre la mudanza terrestre.

A estas conclusiones llega, ineludiblemente, quien pro-

---

(1) Una extensión a las razas semitas nos será imprescindible en nuestros estudios.





fundiza sobre temas del derecho antiguo. El campo de experimentación está desbrozado allí de influencias extrañas y teorías complejas, y se ofrece con la virginidad de su pristina naturaleza.

Es preciso, sin embargo, precaverse contra toda afirmación rotunda. Hasta que Roma impone en el mundo el fruto más noble de su pensamiento, extraordinariamente dotado para la creación jurídica<sup>(2)</sup>, el derecho sólo abarca un puñado de reglas, vacilantes e imprecisas, incluidas en un conjunto heterogéneo con otras normas sociales. No era posible aún diferenciar el derecho de la religión, la moral o la filosofía. Las leyes eran, más bien, aplicaciones de principios religiosos, aunque en el fondo, y quizá ignorándolo sus mismos prohijadores, regulasen relaciones completamente libres de elementos místicos.

Es buen método, pues, que la tarea del historiador-jurista se limite a abstraer la norma de derecho de las reglas morales y religiosas que obscurecen su sentido, y a investigar el nacimiento de esas normas con casi absoluta prescindencia de los razonamientos expuestos por autores antiguos.

La leyenda, aunque veraz generalmente dentro de un amplio marco histórico, abruma en notable forma la labor del estudioso, pues disfraza con el velo de la mitología las verdaderas causas de los fenómenos sociales. Y bien; la historia de la antigüedad, cuando es relatada por autores de la época, rara vez se aparta de la leyenda; los que, como Tucídides y Polibio, presentan en germen el método de los contemporáneos y

---

(2) El juicio histórico ha reconocido cierto el augurio de RUTILIUS CLAUDIUS NAMATIUS:

"Porrige victuras romana in sæcula leges,  
Solaque fatales non vereare colos".

se guían hacia la comprobación exacta de los hechos, constituyen extraordinarios precursores de la ciencia moderna.

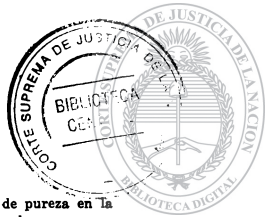
3. — La máxima dificultad de estos estudios no reside, empero, allí. Si la tarea sólo se circunscribiese a librar a las leyes de las interpolaciones debidas a los glosadores, la obra, aunque fatigosa, depararía relevantes éxitos. Mas, salvando la legislación romana, la historia del derecho antiguo se ofrece al jurista tras una valla que resiste a todos los esfuerzos: la oralidad de la norma. ¡Felices si, rompiendo el principio uniforme, hallamos textos escritos en la India, Caldea, Israel o Creta! Aunque oscuros, ¡cuántas sugerencias, cuántos raciocinios ágiles y prometedores despiertan! No hay escritura enigmática que detenga el afán del investigador. Un Champollion descuella en seguida y descubre la clave de la piedra grabada; tras él acuden los sabios, con su carga de conocimientos, métodos y experiencia para la investigación. Y hasta que el texto no ha sufrido la meticulosa disección a que lo somete la curiosidad científica, no se detiene la bulliciosa sed de los eruditos.

Pero Grecia, la extraordinaria tierra donde floreció Platón, cumbre del pensamiento humano, no guarda, para el jurista, la ofrenda de un código de Manú o un Antiguo Testamento. Inspiradora del hombre eterno, prefirió conservar en la mente de sus ciudadanos las leyes que generó desde la invasión helénica, y aún naufragan los doctores en el drama de Eurípides o en el vigoroso alegato de Iseo, sin que les quepa juzgar, originalmente, el espíritu de sus leyes <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> CHARLES GIRAUD, en un artículo que publicara en la *Revue de législation et de jurisprudence* (*Du droit de succession chez les Athéniens*, tomo 16, pág. 97 y siguientes), ha resumido en exactos términos, la dificultad que señalamos, con especial referencia al derecho ateniense. —Dice: "Los textos originales del derecho ático no existen ya desde hace





mucho tiempo; ni aun los griegos los poseían en estado de pureza en la época de Demóstenes y sus oradores rivales. En el intervalo que separa esta época de aquélla en que vivía Solón, el viejo dialecto ático se había modificado y los textos primitivos de la legislación ateniense habían recibido, en la lengua moderna, una forma nueva. Pero las leyes de Solón sufrieron, también en su fondo, un ataque, aún de mayores consecuencias, por la revolución política que condujo a Lacedemonia a la dominación general de Grecia. Bajo el arconte Euclides, cuando se restableció la antigua constitución tras de expulsar a los treinta tiranos, las leyes de Solón fueron revisadas, tanto sobre el fondo del derecho, como sobre el lenguaje de los textos, y es difícil distinguir, en los fragmentos que han llegado hasta nosotros, lo que pertenece a una u otra de esas épocas. Aun corregidas, estas leyes no han llegado a nuestro conocimiento sino en jirones que se encuentran esparcidos en los oradores griegos, alterados por los antiguos copistas y por las transcripciones modernas. Así, en materia tan vasta como la de las sucesiones, el texto principal que nos queda se refiere a las sucesiones colaterales; para los demás tópicos de la materia, sólo cabe confiarse a inducciones y conjeturas. Afortunados aun si la ley alegada por el orador o el gramático griego no es apócrifa, como sucede con un texto de Solón invocado por Andócides, o bien si no está de tal manera parafraseada, por necesidad del juicio —como los textos que cita de ordinario Iseo—, que es casi imposible a la crítica moderna discernir cuál es la verdadera disposición de la ley bajo el ornamento difuso de una discusión sospechosa e interesada. Agréguese a estas dificultades arqueológicas los inconvenientes propios de la lengua misma, que, flexible pero algo vaga, no tiene ni la ruda sencillez ni la precisión rigurosa de la romana, y deja así amplias perspectivas a la más caprichosa interpretación. Agréguese, en fin, que las poblaciones griegas no tuvieron, como Roma, una clase aristocrática de jurisconsultos constantemente ocupada en la elaboración de la lengua jurídica y en la conservación de las formas del derecho. En una palabra, es posible representarse cuál es la condición del historiador concienzudo del derecho griego, pensando en las torturas que estarían reservadas al historiador del derecho francés, en un siglo futuro, si el texto de nuestras leyes pareciese, si los escritos de nuestros grandes intérpretes se hubieran perdido, y si no quedase a nuestros descendientes, para conocer y apreciar el conjunto de nuestro derecho público y privado, sino alegatos incompletos de algunos abogados y las indicaciones imprecisas de nuestra literatura. ¡Y a pesar



4. — Con esta breve introducción nos hemos propuesto dos finalidades:

a) Justificar que en el estudio de la legítima en las legislaciones antiguas, se aborde como premisa necesaria el concepto de la propiedad y la familia que privaba en esas épocas;

b) Renovar el análisis de este derecho y reivindicar su importancia como fuente del contemporáneo.

Permítasenos, además, que dentro del método a seguir, limitemos nuestros afanes sobremedida en lo que respecta al mundo oriental y profundicemos en la legislación griega. Ese propósito se fundamenta, en cierto modo, sobre razones prácticas, pues consideramos que, cuando menos jurídicamente, interesa al hombre de hoy el conocimiento de las normas seguidas por quienes fueron sus antecesores inmediatos y pesan aún sobre su conducta. Por otra parte, si bien es cierto que existe una unidad en las bases sociales de todo el pueblo ario (\*), nos proponemos evitar repetidas desviaciones hacia la prehistoria, a fin de no recargar innecesariamente la exposición, y consideramos también que Occidente resume e interpreta lo que de común abriga con Oriente.

5. — En los capítulos que siguen intentaremos demostrar que la legítima no es, en los términos absolutos con que se lo ha venido afirmando, una creación romana: es posible, por el

de ello, estos trozos dispersos y desgarrados ofrecen aún majestuosa forma a nuestra admiración! Profundas combinaciones se revelan en medio de esos restos esparcidos, y el genio de la erudición no desespera de reconstruir, con estos preciosos fragmentos, el imponente edificio de una de las más grandes creaciones jurídicas de la antigüedad...". Por fortuna, descubrióse en 1884 un texto que ha venido a remozar y confirmar los estudios anteriores. Es la ley de Gortyna, a la que dedicaremos párrafo aparte en esta tesis.

(\*) RODOLFO VON IHERING: *Prehistoria de los indoeuropeos*. Traducción de Adolfo Posada. Madrid, 1896.

contrario, generalizarla a otras civilizaciones, porque importa un retorno a la propiedad colectiva de la familia, entendido este concepto en su más amplio significado.

Nuestro razonamiento nos lleva hacia esa tesis, partiendo de esta idea: la propiedad inmueble, nacida con la transformación del pueblo nómade en sedentario, pertenece, en sus comienzos, a un grupo de unidad consanguínea y religiosa a la vez. Administrada primero por el patriarca o jefe de ese grupo, tiende luego, por un proceso que calificaremos de usurpación, a convertirse en pertenencia privada del administrador, con lo que se insinúa, susbtituyendo a los derechos del heredero necesario, la libertad dispositiva más amplia que haya conocido el mundo: el *uti legassit paterfamilias ita ius esta romano*.

En Roma esta libertad se logra íntegramente en el derecho quiritario, pero, a causa de los abusos que genera, provoca un movimiento de retrocesión hacia las formas primitivas, retroceso que se materializa y cobra fuerza de ley en una *querela o petitio hereditatis utilis*, creada por el tribunal de los centumviro y que, argumento procesal al principio, encontró luego su fundamentación en el *jus civile*.

En Grecia, la usurpación cometida por el patriarca no llega a constituir una propiedad privada de atributos completos, puesto que, a pesar de confirmarse en la reforma soloniana, no conquista la libre disposición por testamento; sólo está permitido al propietario desprenderse de una parte de sus bienes, en beneficio de extraños, mas el resto, necesariamente, será recogido por los hijos.

La querela de los centumviro y la limitación griega constituyen, en términos generales, la fuente directa de la legítima en vigor en los códigos modernos, y pueden ser equiparadas entre sí, aunque la primera implique una valla erigida contra







la libre disposición y la segunda el límite alcanzado por ésta en su desarrollo absorbente.

Grecia y Roma representan dos sendas de evolución. Aquélla, primitiva y cautelosa, se reencarnará muchos siglos después en la Germania. La otra, segura y doctoral, codifica su experiencia milenaria y alumbra el derecho contemporáneo. Porque bien es cierto que la propiedad familiar griega, es la misma germana, que provoca extrañeza a Tácito y César; y el dominio quiritarario romano, el mismo de la legislación napoleónica.

6. — Entendemos, en resumen, que la legítima no es en la antigüedad un derecho sucesorio *stricto sensu*, sino la expresión de un derecho personal y directo sobre los bienes, a favor del llamado con justeza heredero (de *heres*: propietario). Esta idea se desarrolla, en consecuencia, afirmando que el heredero no recibe, por el hecho de la muerte del *de cujus*, la propiedad de un patrimonio, sino que, por el contrario, asume la administración y el ejercicio de las calidades que le pertenecían, desde antes, como titular de los mismos derechos.

A continuación trataremos de fundamentar este sistema. Adelantamos desde ya ser nuestra creencia profunda que, hasta la época en que el derecho romano se codifica y adopta las soluciones del moderno, el primitivo concepto del dominio se mantiene latente en las relaciones de familia y, aun en el edicto reformador de la pretura, deja huellas impresionantes de su subsistencia.

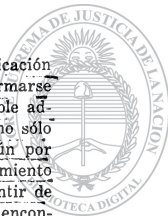
No ignora el jurista cuál es el destino común de las instituciones sociales. Así como la patria potestad comenzó por ser, en todas las civilizaciones, un despotismo más o menos absoluto del padre sobre el hijo y fué tornándose luego en un conjunto de derechos a favor de éste, así la doctrina de la legítima se aparta de su tronco indudable —la propiedad co-

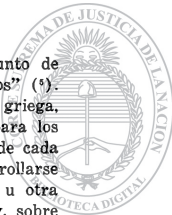
lectiva— y busca en motivos de orden moral la justificación de su existencia. Pero un espíritu sutil no puede conformarse con las explicaciones de la teoría moderna; no le es dable admitir que, en una época de utilitarismo, cuando el derecho sólo es una creación rudimentaria y la economía se rige aún por reglas de indudable ingenuidad, dominen en el pensamiento del legislador motivos psicológicos que no cuadran al sentir de los tiempos. Tal vez Roma fué la encrucijada donde se encontraron la tradición antiquísima y las nuevas ideas de los jurisconsultos, formadas al calor de la filosofía griega, y quizá por ello su lugar predominante en la historia de la ciencia jurídica.

7.— En la antigüedad la familia constituye el elemento político más poderoso; en mejores palabras, es el elemento único de la sociedad y sólo luchando contra ella podrá imponerse el Estado.

En la primera época de la civilización grecorromana, no existe el individuo como ente dentro del organismo social; se le ignora casi en absoluto, está absorbido por el grupo que integra y no advierte aún la fuerza de su personalidad.

La historia del derecho se marca, precisamente, por estos tres elementos, que van privando uno tras otro, a expensas del que predominó primero: familia, ciudad, individuo. Glotz lo dice en manera definitiva: “No son dos fuerzas las que veremos en presencia, la familia y la ciudad, sino tres: familia, ciudad e individuo. Cada una ha gozado sucesivamente de preponderancia. Toda la historia de las instituciones griegas se refiere así a tres períodos: en el primero, la ciudad se compone de familias que guardan celosamente su derecho primordial y someten a todos sus miembros al interés colectivo; en el segundo, la ciudad subordina a la familia, llamando en su ayuda a los individuos liberados; en el tercero, los excesos





del individualismo arruinan a la ciudad, hasta el punto de hacer necesaria la constitución de estados más pequeños” (\*).

Estos párrafos, que caracterizan a la civilización griega, pueden entenderse, empero, como juicio universal para los otros pueblos antiguos. El período de preponderancia de cada uno de los elementos referidos pudo, sin duda, desarrollarse con mayor o menor exclusivismo y rapidez, en una u otra época de la evolución. Pero el hecho está comprobado y, sobre la base de su verdad histórica, corresponde encarar las instituciones.

8. — Si, pues, se parte de la preponderancia primitiva de una célula política —la familia— y si el nacimiento del concepto de propiedad coincide con la dominación de ese sistema, es preciso rechazar a priori todo raciocinio sobre cuestiones atinentes a ambos derechos, que se base en la limitación de los estudios al solo análisis del dominio individual (\*), porque, como dice Guiraud, en semejante estado el individuo nada es por sí mismo, no goza de valor ni seguridad sino por el apoyo que le prestan los suyos; su fuerza, sus derechos, sus recursos le vienen de la familia que integra; un lazo estrecho de solidaridad le une a ella ('). ¿Y cómo, entonces, juzgar sobre instituciones que encuentran su raíz en ese período, colocando por fundamento al individuo?

Todo ensayo, en conclusión, sobre la legítima debe abordar, como peldaño primero de sus inducciones, el problema del cuerpo social, no ya en la amplitud de los derechos espe-

(\*) G. GLOTZ: *La cité grecque*. París, 1928. Colección: *L'évolution de l'humanité*. Pág. 6.

(\*) HENRY SUMNER MAINE: *L'Ancien Droit*; trad. francesa de J. G. Courcelle Seneuil. París, 1874. Pág. 244.

(') P. GUIRAUD: *La propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête romaine*. París, 1893. Pág. 52.

cíficamente determinados que le constituyen, sino en la abstracción del núcleo último que lo caracteriza en las sucesivas etapas de su historia. Cuando la sociedad ha sido así definida en el corazón mismo de su existencia, clasificará el jurista los diversos institutos en el verdadero cuadro que les corresponde por su origen y causa. Tiempo queda para seguir a los fenómenos sociales en el devenir que les lleve, desde la genuina concepción que les dió vida, hasta el depurado criterio de justicia que fundamente su eternidad. En tanto, el acertado método científico brindará nuevas soluciones para los problemas que sin cesar se suscitan.



## LA ORGANIZACION FAMILIAR

1. — El planteamiento del tema nos fuerza, pues, a la dilucidación de ciertos puntos, antes de considerar el régimen positivo de la legítima en las civilizaciones antiguas.

De las propias deducciones que dejamos expuestas, se va sin mayor esfuerzo hacia la búsqueda de los principios fundamentales que deben guiar al razonamiento. Creemos encontrarlos en dos premisas, a las que asignamos capital importancia:

a) Si la *debita portio* —como decían los romanos— es un derecho eminentemente producido en las relaciones de familia, precisa determinar *ab initio* cuál era, en el primitivo estadio de los pueblos indoeuropeos y semitas, el concepto de la agrupación familiar. Interrogante de sugestivo vuelo.

b) Y si la legítima es, en su esencia, un derecho a la propiedad de ciertos bienes, importa, necesariamente, definir la propiedad. Otro interrogante de insospechadas derivaciones.

Ambas premisas, lector, agotarían las posibilidades de una tesis que pretende cumplir su propósito inicial. Temas de polémica y teoría, guardarán siempre una mayúscula incógnita para el historiador. Mas eludir su estudio es como desprenderse del problema mismo cuyo esclarecimiento se persigue.



Por ello, sin profundizar en un campo de tan espinosa vegetación, juzgamos razonable y útil acoger, aunque en forma sumaria, las afirmaciones que la ciencia admite hoy, casi universalmente, como demostradas.

2. — La familia antigua es una institución más compleja y amplia que la moderna.

Este principio, abonado por el decir de autores antiguos y contemporáneos, ha sido expuesto por Sumner Maine en términos que obligan a la cita. Sin resolver lo que constituye casi el misterio de su formación, es de suma trascendencia describir ese grupo de extraordinaria vida, que llegó, en cierto período, a integrar y absorber la sociedad toda.

La familia antigua —dice el autor inglés— “no es con exactitud la que concibe un contemporáneo. Para comprender el primitivo concepto de la familia, es preciso dar a las ideas modernas una extensión y una limitación importantes. Debemos considerar a la familia como extendiéndose constantemente por la absorción de extraños, y advertir que la ficción del hijo adoptivo imita tan de cerca al parentesco real, que ni la ley ni la opinión común encuentran diferencia entre éste y el nacido de aquella. Por otra parte, las personas incorporadas teóricamente a una familia por la ascendencia común, están ligadas entre sí por el poder del ascendiente de más edad, padre, abuelo o bisabuelo. La autoridad del patriarca es un elemento tan esencial para la noción del grupo de familia, que hace que todos los miembros de ésta desciendan, en forma real o supuesta, de él; y así es posible comprender cómo, si alguna persona —sea o no pariente de sangre— es substraída de hecho al poder del jefe, se la considere siempre, en el derecho primitivo, como perdida para su familia” (\*).

---

(\*) H. SUMNER MAINE, op. cit., págs. 125 - 126.





Así definida la familia; establecido que no sólo la forman los parientes consanguíneos ni todos éstos se comprenden en su unidad; sentada la primacía de un individuo - símbolo sobre todo el grupo, que resume en su persona la compleja organización de la célula, cabe de inmediato exhibir su espíritu y situarla históricamente.

3. — Hemos dicho en otro estudio <sup>(9)</sup>, que la sociedad primitiva se halla impregnada de una poderosa dosis de misticismo. Toda manifestación social es, en grado sumo, un fenómeno religioso. ¿Pero es posible sobrepasar todo límite y decir, en términos absolutos, que en las civilizaciones de tipo inferior, y aún bárbaro, cada acto humano de proyección secular sea, exclusivamente, causado por la creencia?

Se sabe que, palabras más o menos, ésa es la tesis resumida en una obra de fama a fines del siglo <sup>(10)</sup>. Fustel de Coulanges la expone en frases que no dejan lugar a dudas: “Lo que une a los miembros de la familia antigua —dice— es algo más poderoso que el nacimiento, que el afecto, que la fuerza física: es la religión del hogar y de los antepasados. Por ella la familia forma un cuerpo de asociación en esta vida y en la otra. La familia es una asociación religiosa todavía más que una asociación natural. También veremos después que la mujer no figurará verdaderamente en ella hasta que la ceremonia sagrada del casamiento la haya iniciado en el culto; que el hijo tampoco figurará si ha renunciado al culto o se ha emancipado; que el adoptado será en cambio un verdadero hijo, porque si no tiene el nexo de la sangre poseerá algo me-

---

<sup>(9)</sup> *La iniciación en las tribus primitivas*. Buenos Aires, 1935. Inédito. Investigación personal en el Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales.

<sup>(10)</sup> FUSTEL DE COULANGES: *La ciudad antigua*. Trad. española de M. Ciges Aparicio. Madrid, 1908.



jor, *la comunidad del culto*; que el legatario que se niegue a adoptar el culto de esta familia no disfrutará de la sucesión; que, en fin, *el parentesco y el derecho de herencia se regularán, no por el nacimiento, sino conforme a los derechos de participación en el culto, tales como la religión los ha establecido*. Sin duda que la religión no ha creado la familia, pero seguramente que *ella le ha dado sus reglas*, y de allí que la familia antigua haya recibido una constitución tan diferente de la que hubiese tenido si únicamente los sentimientos naturales la hubiesen fundado... *Una familia era un grupo de personas al que la religión permitía invocar el mismo hogar y ofrecer la comida fúnebre a los mismos antepasados*" <sup>(11)</sup>.

Los extremos a que llega la tesis expuesta, le enajenan el favor del crítico. Hoy no es posible compartir criterios tan absolutos, aunque sin que ello implique desterrar del concepto de familia la influencia de la religión. Cabe deducir que el grupo primitivo es el resultado, más bien, de causas exteriores, de leyes físicas que dirigen al individuo por rutas de las cuales no puede separarlo su inteligencia. El culto resume posteriores explicaciones de esas leyes desconocidas y supone, cuando se especifica en la creencia en comunes antepasados, una familia ya en robusto desarrollo y una civilización pujante.

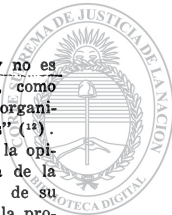
El error consiste, a nuestro parecer, en juzgar las instituciones con el índice de los textos antiguos. No se advierte que, de tal manera, sólo se recoge la opinión de personas que tenían ante sus ojos fenómenos sociales degenerados o transformados, y se olvida también que el curso del tiempo cambia, en oportunidades, la recíproca función de las causas y los efectos.

Sea como sea, la influencia de Fustel de Coulanges ha

---

<sup>(11)</sup> FUSTEL DE COULANGES, op. cit., pág. 46; véase, asimismo, página 88.





sido decisiva sobre los historiadores contemporáneos, y no es de extrañar, por ello, que autores de tanto prestigio, como Beauchet, le sigan sin vacilar y afirmen que "toda la organización de la familia reposaba sobre las ideas religiosas" <sup>(12)</sup>. El mismo Guiraud, después de subrayar la pobreza de la opinión que atribuye al culto doméstico la preeminencia de la familia sobre el individuo, expresa, en otros párrafos de su obra, que la religión sirvió en Grecia de fundamento a la propiedad raíz, conceptos ambos contradictorios, ya que ésta nace y se configura de acuerdo al tipo de familia que predomina en la época <sup>(13)</sup>.

En la actualidad se vuelve contra una teoría que, sabiamente expuesta y basada en la hábil búsqueda de datos históricos, cayó empero en el error de remitir a una sola causa la producción de los fenómenos sociales. El estudio sereno de los hechos ha puesto en evidencia la falacia de sus principios, muy generalizados, y, sobre todo, la posibilidad de otras causas, a veces de superior fuerza, que obraban conjuntamente con la religión.

4. — El espíritu de la familia primitiva está, pues, impregnado de misticismo, como que ello es característica de una época en que se ignora aún elementales principios científicos. Pero la creencia no es sino envoltura con la que se tiende a disfrazar, y mismo justificar, reglas de no inmediata comprensión.

Se está de acuerdo, en principio, sobre que la religión no interviene en el origen de la familia. ¿Por qué no hemos de creer, luego, que siguieron obrando, en forma latente, las mis-

---

<sup>(12)</sup> LUDOVIC BEAUCHET: *Histoire du Droit Privé de la République Athénienne*. Chevalier - Marescq et Cie., editores. París, 1897. Tomo III, pág. 587.

<sup>(13)</sup> P. GUIRAUD, op. cit., págs. 30 y 262.

mas causas primeras? Esas fuentes, cuya desaparición posterior provocó la decadencia del grupo y el favor de la familia natural, son las que caracterizan a esa formación histórica, y la creencia sólo viene a reforzar, con sus elaboraciones estrictamente mentales, lo que sólo es producto de causas exteriores.

5. — Es nuestro parecer que el espíritu del grupo originario se perfila en su sola evolución.

Si la familia precede a la ciudad, cabe concluir —permítasenos la paradoja— que ella constituye, en la primera época, el Estado mismo. Cada tribu nómade es, entonces, a manera de pequeña nación, cuya unidad íntima se explica y define con iguales notas a las que sirven hoy a los internacionalistas para explicar y definir las naciones modernas: comunidad de origen, de lengua, de jefe, de creencias y, aún, de alimento, etc. No es preciso investigar cómo, en determinado momento, se formó el grupo, ni cómo nació la lengua, ni por qué quienes venían del mismo país siguieron distintas sendas; existen razones de afinidad innegables que arrastran a los hombres por los más diversos sentidos. Fuera de duda, debióse entonces abrigar una idea religiosa, aunque rudimentaria y oscura, que fué luego desarrollándose, en el curso del tiempo, hasta adquirir extraordinario vigor. Mas cuando ya la *gens* tiene poderosa coherencia y realiza el progreso de cambiar su naturaleza nómade en sedentaria, la irresistible atracción que ejerce la tierra sobre el individuo enaltece el recuerdo del antepasado y lo vivifica en la tumba que, piadosamente, vela en el lote familiar. Así cobra resonancia y priva el culto de los antepasados.

¿Pero acaso esa creencia no es, en resumen, la veneración del grupo? La noble carga de mantener siempre vivo el fuego en los altares, ¿no significa contribuir a la perpetuidad de la familia, ya que toda rememoración asegura el futuro? Y el



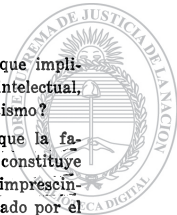
fervor religioso, ¿no es defensa contra la amenaza que implican el multiplicarse las familias, su acercamiento intelectual, la yuxtaposición de las viviendas, y, en fin, el sinecismo?

Tendemos así a dejar sentado, escuetamente, que la familia primitiva no es un grupo religioso, sino que constituye en sí la nación misma, agrupada alrededor del jefe imprescindible y de su privilegiada prole. Es el clan, influenciado por el símbolo que ha venido a divinizar lo que es un producto directo del ambiente, afinidad y causas económicas. Y, como no calificaríamos de "institución religiosa" al Estado que profesara con exclusividad un culto, así tampoco podemos atribuir esa calidad a la familia primitiva.

6. — El grupo, siguiendo la natural evolución que hemos señalado —de la familia a la ciudad, de la ciudad al individuo—, tiende a eliminar de su contenido las características que constituyen, precisamente, los elementos del Estado y circunscribir su dominio al lazo agnático o consanguíneo. Así, por un lado, la ciudad se vigoriza al absorber la contribución de cada familia, y por otro, ésta disminuye su poder, subordinándose al Estado.

¿Cómo se cumple la decadencia de la familia? Por la confederación de las diversas unidades que, luego de formar la fratria, la tribu y la ciudad, llegan con el sinecismo al Estado. Concurrentemente, dislocada la célula, privada de su autarquía, tiende a reconstruirse en otra agrupación, no ya política sino civil; el *oikos* griego y la *domus* romana son sus ejemplos; la familia agnática y consanguínea, las dos nuevas etapas del progreso.

Este encadenamiento de instituciones puede ser, sin peligro, generalizado a todos los pueblos y civilizaciones origina-



rios, y debe referírsele a la uniformidad misma del pensamiento, su objeto y actor principal <sup>(14)</sup>.

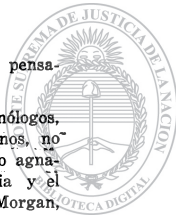
7. — Desde el clan, supuesto primero de los etnólogos, hasta la *gens*, grupo familiar primitivo de los romanos, no existe tal vez sino un término de evolución: el vínculo agnaticio. La mujer pierde, en absoluto, su independencia y el privilegio sobre los hijos, derechos que eran, según Morgan, característicos de los primeros estadios. El matrimonio exógamo no es ya una simple yuxtaposición de dos clanes, sino que favorece el predominio excluyente del que integra el marido.

En realidad, todo estudio sobre el régimen y la existencia uniforme de los clanes, es aventurado y se mueve en el terreno de las hipótesis. Pero no menos aventurada es una explicación de la *gens*, a pesar de los múltiples ensayos que ha sugerido y, empero, es preciso encararla inevitablemente en todo discurso sociológico sobre las razas antiguas.

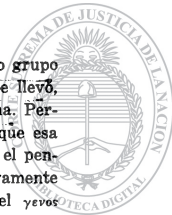
8. — En cumplimiento del propósito expuesto en páginas anteriores, no particularizaremos estos análisis a la *gens* romana, sin antes haber descripto el instituto similar griego.

---

(14) MORGAN ha definido, con toda exactitud, esa tesis, de unánime aceptación entre los sociólogos. "Tanto el salvaje, como el bárbaro y el hombre civilizado —dice— presentan un principio común de inteligencia. Fué en virtud de este principio que, bajo condiciones similares, el hombre produjo los mismos implementos y utensilios, y las mismas invenciones e idénticas instituciones que desarrolló de idénticos gérmenes originales del pensamiento. Hay algo sumamente notable en un principio que la civilización ha logrado a fuerza de asidua aplicación desde pequeños comienzos; desde la cabeza de la flecha, que manifiesta el pensamiento en el cerebro del salvaje, hasta la fundición del mineral de hierro, que revela la más elevada inteligencia del bárbaro, y finalmente hasta el ferrocarril, que puede considerarse el triunfo de la civilización". (*La sociedad primitiva o investigaciones en las líneas del progreso humano desde el salvajismo hasta la civilización, a través de la barbarie*. La Plata, 1935. Tomo II, pág. 230).



En el curso de esta tesis hemos calificado al *yevos*, o grupo familiar primitivo, como punto de partida histórico que llevó, por un lado, al Estado, por el otro, a la familia moderna. Permítasenos advertir, en honor a la probidad científica, que esa idea —apoyada en lo que resume, de manera no dicha, el pensamiento universal de los historiadores—, ha sido vivamente controvertida por De Sanctis. Para este tratadista, el *yevos* es una formación social posterior a la fratria y a la tribu, de fecha más bien reciente. “Cesado el nomadismo —dice—, y habiendo tomado incremento la propiedad raíz individual o familiar, no debía tardar en manifestarse aquel fenómeno que es efecto necesario del derecho de propiedad, la desigualdad social. Más allá de aquel grupo de personas que conocen precisamente los vínculos de parentesco y los sienten, o sea de aquéllos que tienen al menos un ascendiente común de los tres más cercanos, ...había un interés especial en conservar, y aún inventar, relaciones de parentesco con una familia que hubiese ido adquiriendo riqueza y, por ende, poder. De tal manera se forma un nuevo género de asociaciones, desconocido en las modalidades más simples de la edad primitiva: la gente (*γένος*). Pero, precisamente porque es una forma más moderna de asociación, ni el derecho civil ni el criminal dan importancia a la gente. A los parientes, no a los gentiles, corresponde la sucesión y toca proveer a la venganza de la sangre o, más tarde, perseguir ante la justicia al homicida. Para la venganza de la sangre acude, después de los parientes cercanos, no la gente sino la fratria; para la sucesión, si faltan los parientes cercanos por parte de padre, concurre en Atenas no la gente paterna sino los parientes cercanos de la madre; y de la misma manera, en Creta, con respecto a la heredera, no se habla de la gente, sino que, si ella es rechazada por los parientes cercanos, debe buscar esposo en la tribu. Se demues-



tra así que la gente es una inclusión posterior en el ordenamiento por fratrias y tribus" (15).

Complementábase este concepto con lo que expone De Sanctis en páginas anteriores de su obra, donde sostiene la anterioridad histórica del Estado a los grupos familiares, y el nacimiento de las fratrias y tribus para satisfacer necesidades a las que aquél no prestaba atención.

Adviértese, a través de ese desarrollo, cómo el erudito tratadista invierte los grados de la evolución, de tal manera que lo considerado por nosotros como punto de llegada, conviértese en su teoría en base y partida y viceversa.

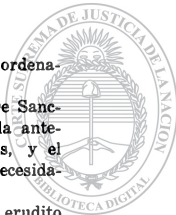
Esa tesis, casi huérfana de apoyo en la doctrina (16), informa al menos sobre la obscuridad de las fuentes con que se cuenta, y del terreno espinoso que constituye, para el hombre de ciencia, la protohistoria.

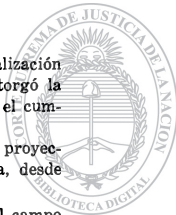
Mas, aun conviniendo en lo dificultoso del tema, cabe acusar el contrasentido que la teoría expuesta implica. Decir que el Estado es anterior a las demás asociaciones, es afirmar que la civilización comenzó por lo complejo y arribó luego a lo simple.

La idea de Estado, en la cual se enlazan los fines e intereses superiores de los individuos, no es de fácil formación en los umbrales de la cultura. Antes de proveer a ese programa elevado, antes de sentirse unido al prójimo, el hombre debió

(15) GAETANO DE SANCTIS: *Storia della Repubblica Ateniese. Dalle origini alla età di Pericle*. 2ª edición. Torino, 1912, pág. 56. Esta teoría ha sido desarrollada con mayor aliento por De Sanctis en su *Storia dei Romani* (tomo I, pág. 229), donde puede consultarse para un mejor estudio. Elegimos el texto transcrito, no sólo por la especialidad de la obra, sino por lo conciso y claro de la exposición.

(16) Confrontar: E. MEYER: *Introducción al estudio de las sociedades antiguas (Evolución de los agrupamientos humanos)*. Como se verá en el capítulo sobre la legislación romana, Meyer es el campeón de la tesis defendida por De Sanctis.



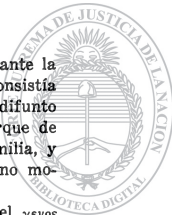


subvenir a sus necesidades materiales y lograr la realización de sus fines inmediatos. Y esta primera idea se la otorgó la naturaleza, no ya por la razón sino por el instinto, en el cumplimiento de los deberes de la paternidad.

Insistamos, pues, en la escala que antes habíamos proyectado, y asignemos al *yevo* la calidad de célula histórica, desde la que parte el progreso hacia el Estado.

Caracterizando al *yevo* actuaremos, sin duda, en el campo de la teorización; mas, ¡con cuánto empeño cabe investigar allí si, como en el presente caso, se persigue el conocimiento de una institución que, aun después de muerta, alumbró con su influencia y su recuerdo a cientos de años de posteridad!

9. — Recurrimos de nuevo a Sumner Maine para que nos describa el cuadro de ese genos. “Las repúblicas de los tiempos primitivos —dice— pueden considerarse como integradas por un cierto número de gobiernos despóticos, cada uno de los cuales, perfectamente diferenciado de los otros, está sometido al poder absoluto de un jefe. Pero, aunque el patriarca, pues no podemos llamarlo aún *paterfamilias*, tenga extensos derechos, no cabe dudar que esté sometido a obligaciones no menos extensas. Si gobierna a la familia, lo hace en beneficio de ésta; si es dueño de sus bienes, obra en verdad como administrador para sus hijos y parientes; no goza de privilegio ni de posición distintos a los surgidos de sus relaciones con la pequeña comunidad que gobierna. La familia es en realidad una corporación de la que él es el representante, casi diríamos el oficial público. Tenía derechos y cargas, pero ellos eran, a los ojos de sus conciudadanos, y ante la ley, tanto los de la familia como los suyos propios. Estudiemos los efectos que debía producir el deceso de este representante. Ante la ley y el magistrado de la ciudad, la muerte de la autoridad doméstica debía ser un acontecimiento insignificante. La persona que representaba



al grupo de la familia, y que era responsable por ella ante la jurisdicción pública, llevaba otro nombre, y en ello consistía todo. Los derechos y obligaciones del jefe de familia difunto pasaban sin solución de continuidad a su sucesor; porque de hecho, esos derechos y obligaciones eran los de la familia, y ésta tenía el carácter distintivo de una corporación: no moría..." (17).

Aunque esta descripción aborda la época en que el *γενοσ* se subordina ante el Estado, creímos conveniente realizar la cita a mérito de que recalca una nota substancial del grupo: la indeterminación del individuo en su seno. "Os declaro —decía Platón— en calidad de legislador, que no considero que os pertenezcáis a vosotros mismos, ni que os pertenecen vuestros bienes, sino que todo pertenece a toda vuestra familia, lo mismo a vuestros antepasados que a vuestra posteridad" (18).

No existe, pues, el individuo; no existe sino el *γενοσ* (19), titular de todos los derechos de que gozan sus miembros y responsable por todas las cargas. A su frente está un patriarca, por regla el de más edad de los genetás, quien ejerce sobre el grupo las funciones de un jefe de Estado absoluto, pero representante sólo de sus subordinados, en cuanto a los derechos que inviste, y escondida su propia personalidad tras el título de *paterfamilias*. Es nada menos y nada más que el administrador del grupo, pero, como verdadero magistrado (*αρχων*) que importa, ejerce, dentro de su jurisdicción, los poderes de un monarca. Dicta la norma doméstica, juzga sin limitación

---

(17) H. SUMNER MAINE, op. cit., págs. 175-76.

(18) PLATÓN: *Las Leyes*. Edición: Obras Completas, tomo X. Página 220.

(19) La existencia del *γενοσ* está acreditada, en primer término, por Aristóteles, en un fragmento de su *Constitución de Atenas*. (Véase pág. 76 del texto publicado por G. Mathieu y B. Haussoullier. París, 1922.





alguna en el *γενοσ* <sup>(20)</sup>, crea, en fin, el derecho por medio de esta forma primitiva de las *themistas*, fruto de los primeros atisbos de justicia <sup>(21)</sup>. Pero de estas atribuciones a la máxima romana: *Uti legassit paterfamilias, ita jus esto*, había un largo camino que nunca recorrió Grecia.

“El grupo así formado, goza de una independencia completa y no admite limitación alguna a su soberanía. No conoce otras obligaciones que las impuestas por su propia religión; no concibe otras virtudes que las que contribuyen a su honor y prosperidad. Todo lo que forma parte del grupo —personas, animales y cosas— está unido por los lazos de una solidaridad absoluta; es lo que se llama *philotés*, palabra que cabe traducir, a falta de un equivalente exacto, por “amistad”, pero que designa una relación más jurídica que sentimental. Por sí sola, la *philotés* provoca y determina el *aídos*, la conciencia del deber” <sup>(22)</sup>.

Las tradiciones griegas fuerzan a pensar en una época, en que no existía ningún lazo de unión entre estos *γενη*. Luego como un paso más, ineludible, fundóse la ciudad, de manera que, sin otro estadio transitorio, la ciudad no fué una asociación de individuos sino una reunión de *γενη*.

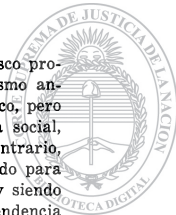
10. — ¿Mas, quiénes integraban este poderoso núcleo? Como hemos dicho precedentemente, la familia primitiva es algo más y algo menos que la moderna. Tiende a ser consanguínea, pero su carácter es sobre todo político y religioso, en modo que en su círculo da cabida a individuos que no pueden

---

<sup>(20)</sup> L. BEAUCHET, op. cit., tomo I, pág. 3.

<sup>(21)</sup> Consultar: FUSTEL DE COULANGES, *Attica Respublica*, y CH. LÉCRIVAIN, *Eupatrides*, en: CH. DAREMBERG, ED. SAGLIO ET E. POTTIER: *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*. París. Hachette et Cie.; T. I, 1<sup>ª</sup> parte, pág. 532 y T. II, 1<sup>ª</sup> parte, pág. 863, respectivamente.

<sup>(22)</sup> G. GLOTZ, op. cit., pág. 8.



alegar la existencia, entre sí, de un vínculo de parentesco proveniente de la sangre. Ellos dicen descender de un mismo antepasado o pertenecer a la estirpe de un héroe mitológico, pero esa genealogía, aplicada como se aplicó a toda forma social, pierde así su fuerza de argumentación. Parece, al contrario, que todo genos buscaba crear o asignarse un antepasado para justificar el vínculo; y, por lo demás, si así no fuera, y siendo exacto que aun en las fratrias se invocaba una ascendencia común, ¿cómo explicar la formación sucesiva de los diversos grupos?

Sea cual fuere el origen del *γενος*, investigación que escapa a los fines de esta tesis, cierto es que la familia implicaba una unidad de culto, una unidad de patrimonio y la sujeción al mismo jefe, entre personas vinculadas por un parentesco natural o ficticio.

11. — La impersonalidad del jefe se advierte, no sólo en las fuentes griegas y romanas, sino también en el maravilloso Manava - Dharma - Çastra (Leyes de Manú), que contiene numerosos párrafos sobre las instituciones familiares.

“Un marido, fecundando el seno de su mujer, renace allí bajo la forma de un muévedo y la esposa es llamada Djada, porque el marido nace (djayate) en ella por segunda vez” <sup>(23)</sup>.

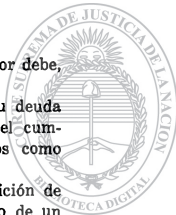
“...El hermano mayor, cuando es eminentemente virtuoso, puede tomar posesión del patrimonio en su totalidad, y los otros hermanos deben vivir bajo su tutela como si vivieran bajo la de su padre” <sup>(24)</sup>.

“En el momento del nacimiento del mayor, aún antes de que el niño haya recibido los sacramentos, un hombre es padre

---

<sup>(23)</sup> MANÚ, libro IX, párrafo 8.

<sup>(24)</sup> Idem. párrafo 105.



y paga su deuda para con sus antepasados; el hijo mayor debe, pues, recibir todo" (25).

"El hijo por cuyo nacimiento un hombre paga su deuda y adquiere la inmortalidad, ha sido engendrado para el cumplimiento del deber; los sabios consideran a los otros como nacidos del amor" (26).

"Que el hermano mayor, cuando no se hace partición de la fortuna, tenga para sus hermanos menores el afecto de un padre para con sus hijos; según la ley deben comportarse ellos como un padre" (27).

"El mayor hace prosperar la familia o la destruye, según sea virtuoso o perverso; el mayor es el más respetable en este mundo; al mayor no lo tratan con desprecio las gentes de bien" (28).

"El hermano mayor que se conduce como debe hacerlo un mayor, es digno de ser reverenciado como un padre, como una madre; si no se conduce como un hermano mayor, debe respetársele como a un pariente" (29).

Los párrafos transcritos del libro IX como así el libro III —que trata de los deberes del padre de familia— demuestran bien a las claras cómo estaba consolidado el espíritu de ese grupo en la India, y cómo, bajo la forma de la primogenitura, se transmitía el poder del jefe (*pati, viçpati*) (30).

La ley es, empero, de redacción moderna y supone un desarrollo evolutivo, una moral y un culto decantados para que en sí exprese, con matices definidos, la ingenuidad de

(25) MANÚ, párrafo 106.

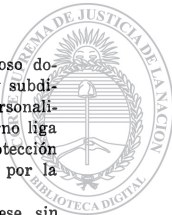
(26) Idem, párrafo 107.

(27) Idem, libro IX, párrafo 108.

(28) Idem, párrafo 109.

(29) Idem, párrafo 110.

(30) Consúltese, para un estudio más especializado sobre la civilización hindú: P. MASSON - OURSEL, H. DE WILLMAN - GRABOWSKA y PHILIPPE STERN, *L'Inde antique et la civilisation indienne*. París, 1933.



costumbres de la gente primitiva. El fanatismo religioso domina ya el campo de la observación, y las divisiones y subdivisiones en castas raciales, absorbe por entero la personalidad del individuo y la libertad humana. El poder paterno liga aún durante toda la vida del jefe, más a manera de protección que como tiranía, pero está fuertemente influenciado por la idea religiosa.

Esta evolución, que separa al hindú del griego, vese, sin embargo, contradicha por atrasos en otros órdenes de instituciones. Ya veremos con detenimiento este tema al abordar la sucesión en los bienes.

12.— La ley judía abunda en expresiones que suponen la existencia de un grupo fervientemente mantenido por la descendencia. La vida del jefe no llena su objeto y se falta al deber sagrado, cuando no tuvo un hijo varón. Jahvé mismo interviene, a cada momento, en el relato para alabar y aconsejar al hombre que ya forjó su descendencia o desespera de lograrla <sup>(81)</sup>.

---

<sup>(81)</sup> Compruébase este aserto en los siguientes versículos de la Biblia, que se transcriben a guisa de ejemplos: GÉNESIS, XV, 2: "Y respondió Abram: Señor Jehová, ¿qué me has de dar, siendo así que ando sin hijo, y el mayordomo de mi casa es ese Damasceno Eliezer?". 3: "Dijo más Abram: Mira que no me has dado prole, y he aquí que es mi heredero uno nacido en mi casa". 4: "Y luego la palabra de Jehová fué a él diciendo: No te heredaré éste, sino el que saldrá de tus entrañas será el que te herede". — XXI, 10: "Por tanto dijo a Abraham: Echa a esta sierva y a su hijo; que el hijo de esta sierva no ha de heredar con mi hijo, con Isaac". 12: "Entonces dijo Dios a Abraham: No te parezca grave a causa del muchacho y de tu sierva; en todo lo que te dijere Sara, oye su voz, porque en Isaac te será llamada descendencia". — XXII, 2: "Y dijo: Toma ahora tu hijo, tu único, Isaac, a quien amas...". 12: "Y dijo: No extiendas tu mano sobre el muchacho, ni le hagas nada; que ya conozco que temes a Dios, pues que no me rehusaste tu hijo, tu único". 16: "Y dijo: Por mí mismo he jurado, dice



Es así como el grupo, *yevo*s o familia, mantiene su unidad y se perpetúa en la descendencia del jefe.

Pero sólo el varón es capaz de dirigirlo. Y ello se advierte con tanta más intensidad, cuanto que en el grupo primitivo,

---

Jehová, que por cuanto has hecho esto, y no me has rehusado tu hijo, tu único;...". — XXV, 5: "Y Abraham dió todo cuanto tenía a Isaac". 6: "Y a los hijos de sus concubinas dió Abraham dones, y enviólos de junto Isaac su hijo, mientras él vivía hacia el Oriente, a la tierra oriental". 11: "Y sucedió, después de muerto Abraham, que Dios bendijo a Isaac su hijo: y habitó Isaac junto al pozo del Viviente que me ve". 31: "Y Jacob respondió: Véndeme en este día tu primogenitura". 32: "Entonces dijo Esaú: He aquí yo me voy a morir; ¿para qué, pues, me servirá la primogenitura?". 33: "Y dijo Jacob: Júramelo en este día. Y él le juró, y vendió a Jacob su primogenitura". 34: "Entonces Jacob dió a Esaú pan y del guisado de las lentejas; y él comió y bebió, y levantóse y fué. Así menospreció Esaú la primogenitura". — XXVII, 29: "Sírvanse pueblos, y naciones se inclinan a tí: sé señor de tus hermanos, e inclínense a tí los hijos de tu madre: malditos los que te maldijeren, y benditos los que te bendijeren". 35: "Y él dijo: Vino tu hermano con engaño, y tomó tu bendición". 38: "Y Esaú respondió a su padre: ¿No tienes más que una sola bendición, padre mío?; bendíceme también a mí, padre mío...". — XLVIII, 14: "Entonces Israel extendió su diestra, y púsola sobre la cabeza de Efraim, que era el menor, y su siniestra sobre la cabeza de Manasés, colocando así sus manos. Adrede, aunque Manasés era el primogénito". — 22: "Y yo te he dado a tí una parte sobre tus hermanos, la cual tomé yo de mano del Amorreo con mi espada y con mi arco". — XLIX, 3: "Rubén, tú eres mi primogénito, mi fortaleza, y el principio de mi vigor; principal en dignidad, principal en poder". 4: "Corriente como las aguas, no seas el principal; por cuanto subiste al lecho de tu padre; entonces te envileciste, subiéndome a mi estrado". — NÚMEROS, III, 13: "Porque mío es todo primogénito; desde el día que yo maté todos los primogénitos en la tierra de Egipto, yo santifiqué a mí todos los primogénitos en Israel, así de hombres como de animales: míos serán: Yo Jehová". Los versículos anotados dan una idea precisa de cuán fuerte era el vínculo de familia entre los hebreos; mas será preciso concordarlos con otros textos que citaremos más adelante.



salvo raras excepciones, únicamente hereda el varón y sólo a él corresponde cumplir con los ritos sagrados.

Para no abundar en mayores detalles sobre este principio, cuyo estudio ha sido hecho por tantos autores sabios, bastenos citar, a manera de ejemplo, una institución judía que se halla también legislada en el Código de Manú: el levirato. Cuando tratemos con extensión la propiedad, nos será ineludible una breve referencia a otro ejemplo, el epiklerato, que, aunque conocido en Grecia, muestra también impresionantes concordancias en la Biblia.

13. — El levirato, incluido en el Deuteronomio, consistía en la obligación, para el hermano de quien moría sin descendencia, de desposar a la mujer del muerto. El vástago que nacía de esa unión era considerado hijo del primer marido.

El capítulo XXV de dicho libro V de Moisés, estatuye, en efecto: “5. — Cuando hermanos estuvieren juntos, y muriere uno de ellos, y no tuviere hijo, la mujer del muerto no se casará fuera con hombre extraño; su cuñado entrará a ella y la tomará por su mujer, y hará con ella parentesco. — 6. Y será que el primogénito que pariere ella, se levantará en nombre de su hermano el muerto, porque el nombre de éste no sea raído de Israel. — 7. Y si el hombre no quisiere tomar a su cuñada, irá entonces la cuñada suya a la puerta a los ancianos, y dirá: Mi cuñado no quiere suscitar nombre de Israel a su hermano; no quiere emparentar conmigo. — 8. Entonces los ancianos de aquella ciudad lo harán venir, y hablarán con él; y si él se levantara, y dijere, No quiero tomarla, — 9. Llegaráse entonces su cuñada a él delante de los ancianos, y le descalzará el zapato de su pie, y escupirále en el rostro, y hablará y dirá: Así sea hecho al varón que no edificara la casa de su hermano. — 10. Y su nombre será llamado en Israel: La casa del descalzado”.

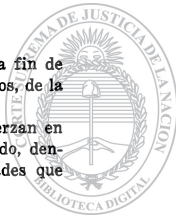


Como es fácil advertirlo, la obligación sólo se impone en caso de muerte del marido, pero no en vida de él. En el Código de Manú parece admitirse aún en este último caso. El libro IX, en efecto, estatuye: "Cuando no se tienen hijos, la progenitura deseada puede obtenerse con la unión de la esposa convenientemente autorizada, con un hermano u otro pariente (sapinda). Que, untado de mantequilla líquida y guardando silencio, el pariente encargado de esta misión, acercándose durante la noche a una viuda o a una mujer privada de hijos, engendra un solo hijo, nunca un segundo. Algunos de los que conocen a fondo esta cuestión, fundándose en que puede no lograrse perfectamente el objeto de tal disposición con el nacimiento de un sólo hijo, son de opinión que las mujeres pueden legalmente engendrar de este modo un segundo. Que, una vez obtenido el objeto de esta comisión, según la ley, las dos personas, el hermano y la cuñada, se traten entre sí como un padre y una nuera. Pero un hermano, ya sea el mayor, ya el menor, que encargado de cumplir con este deber, no observa la regla prescripta y no piensa sino en satisfacer sus deseos, será degradado en los dos casos: si es el mayor, por haber manchado el lecho de su nuera; si es el menor, el de su padre espiritual. Una viuda o una mujer privada de hijos, no debe ser autorizada por los Dwidjas a concebir valiéndose de otra persona, pues los que le permiten concebir así, violan la ley primitiva" <sup>(32)</sup>.

La existencia de disposiciones similares a las transcriptas, en Grecia, se halla atestiguada por un pasaje de Plutarco. Según el biógrafo de Solón, bajo el arcontado de éste se promulgó una ley, por la cual se facultaba a las herederas a cohabitar con otra persona que su marido si éste fuera impoten-

---

<sup>(32)</sup> MANÚ, libro IX, párrafos 59 a 64. Véase, también del mismo libro, los párrafos 143 y siguientes.



te, pero debiendo ese tercero ser pariente del esposo, a fin de que los hijos de esa unión extraconyugal fueran, al menos, de la sangre del marido <sup>(83)</sup>.

Se ve, así, cómo las legislaciones antiguas se esfuerzan en mantener la perpetuidad de la familia, siempre buscando, dentro de sus mismos componentes, resolver las dificultades que surgen de un hecho natural.

---

<sup>(83)</sup> Sobre este párrafo de Plutarco, ha realizado un meritorio estudio Rodolfo Dareste: "Una pretendida ley de Solón", incluido en su "Nouvelles études d'histoire du droit", París, 1902, Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey. Allí se trae las opiniones de antiguos autores, con referencia al tema. El texto de Plutarco es el siguiente: "La (ley) que parece absurda y ridícula es la que da facultad a la huérfana que heredaba, si el que era dueño y poseedor según la ley había antes caído en impotencia, de ayuntarse con los parientes de éste. Hay quien diga que es justa la disposición contra los que no estando para casarse, se unen sin embargo en matrimonio con estas huérfanas, llevados del deseo de enriquecer, escudándose con la ley para hacer violencia a la naturaleza; porque viendo que a la huérfana le era permitido ayuntarse con quien quisiera, o se desistirían de aquel matrimonio, o con vergüenza vivirían en él, pagando la pena de su codicia y liviandad; siendo asimismo muy bien dispuesto que no con cualquiera sino con un pariente se ayuntase la huérfana, para que los hijos fuesen de la misma casa y linaje..." ("Vida de Solón", párrafo 20; la traducción empleada es la de Antonio Ranz Romanillos: "Las Vidas Paralelas de Plutarco", Madrid, 1907, tomo I, pág. 181. Librería de Perlado, Páez y Cía., Sucesores de Hernando).

Sobre la existencia del levirato entre los egipcios, véase: Pastoret: "Histoire de la législation". París, 1817. Imprimerie Royale. Tomo II, pág. 223.



## LA PROPIEDAD COLECTIVA



1. — Bajo esta forma de sociedad, que no admite otro elemento constitutivo que un grupo de personas bajo la autoridad simbólica del patriarca o paterfamilias, se van a ir elaborando las instituciones civiles fundamentales del pueblo antiguo.

Por ello hemos subrayado al comienzo de esta exposición, el vínculo que liga al derecho de propiedad y sucesión con el derecho familiar. Dentro del margen creado por esta nota característica de las sociedades antiguas, veremos actuar los principios hereditarios y advertiremos cuán otro es el concepto del dominio, diferente al moderno.

Para concebir un *jus privatum* del individuo sobre los bienes, es preciso avanzar muy adelante en el progreso de la civilización, y cabe decir, con toda certeza, que el dominio privado, con sus caracteres de perpetuo, exclusivo e individual, es el fruto notable de los últimos tiempos. ¡Cuántos siglos, cuántos milenios conoció el hombre de propiedad colectiva, desde que comenzó su vida sedentaria! <sup>(34)</sup>. ¡Qué evolución lenta la de ese elemento social, que hoy caracteriza por sí solo

---

<sup>(34)</sup> Dareste, entre otros, combate la tesis, tan difundida, sobre la existencia de la propiedad común entre los pueblos primitivos, aunque

al mundo contemporáneo! ¡Cómo ha sido difícil acomodar el espíritu a la idea, tan simple, de que un bien puede someterse a la voluntad omnipotente de un individuo!

Morgan, a nuestro parecer con algún acierto, afirma que la regla más antigua de la tenencia de la tierra, era la común, ejercida por la tribu, y entiende que el camino hacia la propiedad privada se inició con el cultivo del suelo, que tuvo por efecto repartir la tierra entre las gentes y, dentro de éstas y con posterioridad, entre los individuos.<sup>(35)</sup>

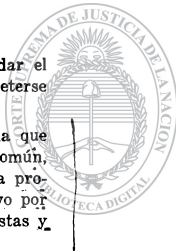
Sin perjuicio de disentir en cuanto a la admisión de la anterioridad histórica de la tribu, nos parece exacto el concepto de que la propiedad se mantiene colectiva cuando el pueblo es pastoril y no sabe explotarla en toda su fuerza, mientras que se comienza a limitarla al poder de pocas personas a medida que la raza se vuelve agrícola. No es otra la idea que de la civilización expone Ihering, resumida en la frase: civilización = propiedad privada.

Grecia y Roma constituyen, en ese movimiento, dos etapas para la historia del derecho privado, marcadas por dos aptitudes para la vida. Una, la raza eminentemente empirista, vive la evolución de las instituciones con sinigual celeridad; en sus diez siglos de vida como nación, recorre a pasos agigantados el proceso que luego se reconstruirá, en forma lenta, a partir de la invasión bárbara. Grecia, por el contrario, dedicada al culto del espíritu, es conservadora de las ideas pri-

---

concuenda en aceptar la comunidad de familia (op. cit., pág. 77). A mayor abundamiento, para un estudio más prolijo sobre este tema de sociología, véase la erudita obra de Fustel de Coulanges: "Nouvelles recherches sus quelques problèmes d'histoire". París, 1891; Librairie Hachette et Cie.; allí desarrolla el difundido autor, con mayor detenimiento, la tesis que ya expusiera en "La ciudad antigua".

(35) L. MORGAN, op. cit., tomo II, pág. 214.





mitivas y, en la conciencia de sus pueblos, mantiene, aún en la época clásica, el arbitrio del basileus antiguo <sup>(36)</sup>.

“La noción romana del derecho absoluto de propiedad —dice Laveleye— ha quedado siempre extraña a Grecia. Se consideraba al territorio del Estado como perteneciente a éste, y no correspondía a las ciudades más que su goce, subordinado al interés general” <sup>(37)</sup>. Constituía algo así como el dominio del suelo en las provincias del Imperio Romano, sobre el que expresa Gayo: “In solo provinciali, dominium populi romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usufructum habere videmur”.

Es porque en las sociedades primitivas todo el orden colectivo está concentrado en la familia. Esta es a manera de corporación, unidad indestructible e indivisible dentro del Estado, sin la que es imposible concebir a éste y que, en fin, resume todos los matices del pueblo antiguo.

“Las leyes civiles de los estados, expresa Sumner Maine, se muestran primero como las themistas de un patriarca-rey, y esas themistas son probablemente una forma desarrollada de las órdenes absolutas que, en un período anterior, eran dirigidas por el jefe de cada familia a sus mujeres, a sus hijos y a sus esclavos. Pero aun después de la organización del Estado, las leyes no tienen más que una aplicación muy limitada: sea que conserven su carácter primitivo de themistas, sea que lleguen al estado de costumbres o textos codificados, obligan no a los individuos sino a las familias. *El antiguo derecho, si*

---

<sup>(36)</sup> Dejamos aparte a Esparta, retrógrada y excepcional, y con ella a la familia de los dorios. Aprovechamos para recordar que la división de la tierra atribuida a Licurgo —en la cual se basan algunos autores para discutir la copropiedad primitiva—, constituye un dato histórico falso.

<sup>(37)</sup> EMILE DE LAVELEYE: *De la propriété et de ses formes primitives*. París, 1901. 5ª edición. Pág. 388.



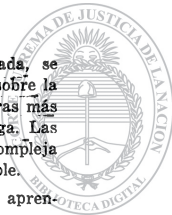
*se puede emplear una comparación talvez engañosa, es asimilable al derecho internacional, y no llenaba más que los intereses existentes entre los grandes grupos, que eran las unidades sociales.* En una comunidad semejante, la legislación de las asambleas y la jurisdicción de los tribunales alcanzaban sólo a los jefes de familia: para los otros individuos, la regla de conducta es el derecho del hogar a que pertenecen, del cual su padre es el legislador. Pero la esfera del derecho civil, pequeña al comienzo, tiende constantemente a crecer. Los agentes de los cambios en el derecho —ficción, equidad, legislación— vienen uno tras otro a golpear sobre las instituciones primitivas; y a cada progreso, un mayor número de derechos personales y de las propiedades más importantes pasan de la jurisdicción del padre de familia a la de los tribunales públicos. Las ordenanzas del gobierno adquieren gradualmente en los asuntos privados, la misma fuerza que en los asuntos del Estado y no pueden ser dominadas ya por las órdenes del despota sentado en cada hogar” (38).

Con tan justas palabras describe Sumner Maine la evolución de la familia al Estado. Mas no se crea que la decadencia de los grupos primeros se produce por una invasión del organismo político que los une en su campo jurisdiccional. Ya dice el clásico autor, en otro párrafo, que las necesidades sociales y la opinión pública están siempre más avanzadas que el derecho (39). Son ellas las que impulsan el movimiento progresivo, en forma natural, sin revoluciones violentas que derriben, de un solo golpe, la organización anterior. Son ellas las que van socavando el edificio milenario y buscan crear una institución que acoja en su seno a todos los grupos independientes.

---

(38) H. SUMNER MAINE, op. cit., pág. 158.

(39) H. SUMNER MAINE, op. cit., pág. 24.



2. — La población aumenta. Junta a la casa aislada, se levanta la de otro paterfamilias, que sienta sus reales sobre la tierra virgen. Los hijos emprenden conquistas por tierras más allá de los mares y el lazo con sus mayores se disgrega. Las necesidades se multiplican, la cultura se vuelve más compleja y, concurrentemente, la vida autárquica es ya imposible.

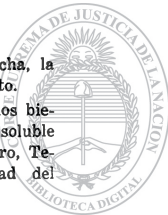
Ese grupo primitivo que llegó sólo a la tierra, que aprendió, por razón de su aislamiento, a bastarse a sí mismo, se cansa de luchar contra el otro grupo que eleva el hogar en la cercanía, y advierte, con el relajamiento de sus fuerzas, que la comodidad y el progreso residen en la confederación de las tribus.

Abdicar una vez, enajenar algún derecho para constituir la fratria, implica abrir el camino para nuevas abdicaciones. La tribu, la ciudad y el Estado son etapas imposibles de detener. Y esa transformación, que sigue su marcha sobre las ruinas de la independencia originaria, reconstruye otra independencia que será motivo de orgullo: la del individuo.

Destruir una unidad significa crear otra nueva; el *yevo* primitivo no fué ya el elemento puro de la nación, no fué la nación misma, pero su muerte significó el surgir de una nueva célula social: el individuo.

No se piense, empero, que la creación del Estado importara la ruina simultánea del *yevo*. La acción lenta de las necesidades sociales no logró aniquilar, en su raíz, a esta formación de extraordinaria potencia. Su dominio debe haber sido milenario y su fuerza de cohesión imponente. No de otra manera es posible concebirlo cuando, mucho tiempo después de su destrucción, se ve respetar fervorosamente sus tradiciones.

En plena época clásica, aún su derecho rige, en muchos aspectos, las relaciones de los individuos. Ello obliga a la actitud de combate en el Estado: así cabe interpretar las re-



formas de Clisthenes y Servio. Pero, no obstante la lucha, la raza venera su memoria y cumple diligentemente su rito.

Todavía se lo descubre vigoroso en el régimen de los bienes. Esquilo lo afirmo con solemnidad: "Un lazo indisoluble encadena la raza al hogar" <sup>(40)</sup>; y por boca de Homero, Telémaco y los pretendientes proclaman la copropiedad del *oikos* <sup>(41)</sup>.

<sup>(40)</sup> La cita de Esquilo la tomamos de Alexis Pierron (ed. Charpentier, pág. 230), quien ha vertido al francés las obras del trágico griego. Corresponde a los versículos 1565-66 del "Agamenón". No ocultamos, por otra parte, el desagrado que nos causara advertir que, en las ediciones españolas, el texto griego ha sido traducido con una libertad que oscurece sensiblemente su sentido. Por tal razón, nos parece propio transcribir en esta nota las versiones más conocidas de Esquilo:

DIDOT (pág. 105):

"Quis sobolem diris devotam et  
domo ejecerit?  
Conexum est, ut artissime  
adhaereat generi".

ALEXIS PIERRON (l. c.): "Et qui peut, sinon par la violence, chasser à jamais de la maison d'un père des légitimes héritiers? Un lien indissoluble enchaîne à la maison la race".

LECONTE DE LISLE (pág. 211): "Qui peut chasser de sa demeure une race légitime? Elle en est inséparable, elle y est indissolublement attachée".

BRIEVA SALVATIERRA (pág. 182): "¿Y quién podría arrancar de ese palacio la semilla de maldición? Que de (tal) modo ha arraigado en esta raza, que ya son una misma cosa".

JUAN R. SALAS: (versos 1660 y sig.):

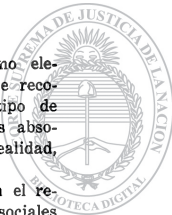
"¿Y quién será quien de este hogar arroje  
este germen fatal? ¡Tan fuertes lazos  
a esta misera raza lo encadenan!"

<sup>(41)</sup> *Odisea*, tomo II de la edición clásica española:

Pág. 87: "TELÉMACO: ...No puedo permitirle que a mi casa..."

Pág. 89: "TELÉMACO: ...pero en tanto derrochan en convites mis haciendas..."

Pág. 101: PRETENDIENTE: "Fuerza es, pues, prevenirnos y matarle



3. — Una sociedad que sólo concebía al *yevo* como elemento indivisible de su constitución, no era dable que reconociese sino un derecho de propiedad conforme al tipo de familia imperante. ¿Cómo, en efecto, asignar derechos absolutos sobre los bienes a los individuos, si éstos, en realidad, no existen?

Cuando los primeros tiempos eran sólo leyenda en el recuerdo de los griegos, y el por qué de las instituciones sociales escapaba al grueso del vulgo, Platón recogía de boca de sus conciudadanos, en *Las Leyes*, la queja contra la regla secular: “¡Oh, Dioses!... ¿No es bien duro que no pueda yo disponer de mis bienes en favor de quien me plazca, dejando más a éste, menos a aquél, según el mayor o menor afecto que me han demostrado, y del cual he recibido pruebas bastantes en el curso de mi enfermedad, en mi vejez y en los diversos acontecimientos de mi vida?”<sup>(42)</sup>.

He aquí, en el filósofo de la ley, planteado el interrogante que con mayor o menor fortuna, reproducirán en el futuro los hombres en el trance de la muerte. He aquí el derecho a la *legítima*, si cabe el término, buscando su justificación en el origen histórico de la propiedad o en razones de bien público. Estas últimas son extrañas al pensar de la época y sólo privan

---

en el camino o en el campo, lejos de la ciudad; partirnos sus tesoros y bienes por igual, pero dejando el palacio a su madre y al esposo que le plazca elegir. Si no os agrada mi proyecto y queréis que viva el príncipe dueño del bien paterno, suspendamos nuestras juntas aquí, para comernos sus preciosas riquezas, y cada uno en su casa pretenda de Penélope el matrimonio, hasta que al fin se case con quien más dé y el hado le destine”.

Pág. 204: “TELÉMACO. — ...Pues no es taberna pública esta mansión, sino de Ulises, que la hizo para mí...”.

Se advierte en los textos transcritos, cómo Telémaco encara los bienes de Ulises como propios.

(42) PLATÓN, op. cit., pág. 219-220.



cuando el derecho deja de apoyarse únicamente sobre el pasado y alza el vuelo hacia el porvenir. Pero Platón, hombre del futuro, acoge ambas razones: la histórica en el párrafo que páginas arriba hemos transcripto; la del bien público, cuando en pocas líneas expresa, más adelante: “Mientras la enfermedad o la vejez os hacen fluctuar entre la vida o la muerte, hay aduladores que, insinuándose en vuestro espíritu, os comprometen a hacer vuestro testamento contra las buenas reglas; yo no lo consentiré en cuanto de mí dependa; sino que haré mis leyes teniendo esto en cuenta, consultando el bien público y el de vuestra familia, y subordinando como es de razón a estos objetos el interés de cada particular” (43).

¿No se intuye, en las palabras traídas al texto, la inseguridad de los derechos elementales en el siglo de Platón? Es que se está aún muy lejos del absolutismo individualista y pesa sobremanera todavía el *γένος* primitivo.

4. — Hemos dicho en las primeras páginas de esta tesis, que la legítima en la antigüedad no era un derecho hereditario, sino la asunción de una propiedad que pertenecía ya al denominado heredero, antes de la muerte del causante. Veremos de aclarar, en el desarrollo que sigue, ese concepto en cuanto a Oriente y Grecia.

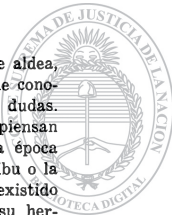
Partimos para ello de una afirmación que nos parece hoy suficientemente comprobada: la existencia de la propiedad colectiva en la primera época.

Laveleye, que ha realizado un completo estudio —aún de actualidad— sobre el dominio y sus formas primitivas, después de haber descripto diversos tipos de colectivismo, antiguos y modernos, se plantea el problema desde un estadio anterior a la familia. “¿Los antiguos pueblos de Grecia e Italia

---

(43) Idem, pág. 221.





—se pregunta— han vivido también en comunidades de aldea, y pasado por la posesión colectiva de la tierra, antes de conocer la propiedad individual? La solución daba lugar a dudas. Algunos autores, como Lange y Fustel de Coulanges, piensan que los griegos y los romanos no han atravesado esta época primitiva en que la tierra se poseía en común por la tribu o la aldea, así como existe aún hoy en Rusia y como ha existido antiguamente entre los germanos y los eslavos. En su hermoso libro *La Ciudad Antigua*, Fustel de Coulanges admite entre los romanos la existencia de la copropiedad de la familia <sup>(44)</sup>; pero no encuentra, ni en Grecia ni en Roma, la propiedad colectiva de la tribu... Sería muy singular que sólo estos pueblos no hubiesen pasado por un régimen que, como lo veremos, ha existido primitivamente en todas las razas... Ya Puchta, en Alemania, había indicado en sus estudios sobre el derecho romano, huellas numerosas de dominio eminente del Estado sobre las propiedades particulares; y Heinccio, en su tratado de derecho natural..., había enumerado los pueblos que vivían en comunidad” <sup>(45)</sup>.

Nos parece útil seguir el razonamiento de Laveleye para conocer hasta dónde es exacto. Su argumentación coincide con la de Mommsen, a quien cita repetidas veces, y se apoya principalmente en el estudio de la lengua latina.

Para el autor de la *Histoire romaine*, en efecto, la idea de la propiedad nace primero sobre los muebles y, en particular, sobre los esclavos y el ganado (*familia pecuniaque*), mien-

---

<sup>(44)</sup> En efecto: Fustel de Coulanges (op. cit., pág. 71) dice: “Las poblaciones de Grecia e Italia, desde la más remota antigüedad, han conocido y practicado siempre la propiedad privada”; y agrega (pág. 73): “no propiedad de un solo hombre, sino de una familia cuyos diferentes miembros han de venir unos tras otros a nacer y morir allí”. Véase, además, lo que decimos en nota 34.

<sup>(45)</sup> E. DE LAVALEYE, op. cit., págs. 361-362.



tras que el suelo fué concedido en uso por la comunidad al individuo. Esto último se advierte, dice, en el hecho de que el padre no pueda enajenar el poder paterno, ni hacer testamento sin la conformidad de todo el grupo <sup>(46)</sup>. La tierra era cultivada en común por cada uno de los diferentes clanes, quienes tenían una parcela cuyos frutos repartían entre los diversos hogares que los integraban. “Hay —afirma— una relación íntima entre el sistema de cultivo en común y la formación de la sociedad en clanes” <sup>(47)</sup>. “Las tradiciones mismas de la ley romana nos muestran que la riqueza consistía primitivamente en ganado y en derecho de uso de la tierra, y que el suelo no fué dividido, sino más tarde, en propiedades particulares. Una mejor prueba es la antigua designación de la propiedad por el término “posesión de ganado” o “de esclavos y ganado” (*pecunia, familia pecuniaque*), y de las posesiones particulares de los hijos de la casa y de los esclavos, por el término “pequeño ganado” (*peculium*). Se encuentra también otra prueba en la antigua forma de la adquisición territorial por “aprehensión manual” (*emancipatio*), que no puede aplicarse sino a objetos mobiliarios; una última prueba, en fin, y sobre todo, es la antigua medida de la propiedad (*heredium, de heres, Herr*), de dos *jugeræ* (alrededor de un arpent y cuarto), lo que no se puede aplicar sino a los huertos y no a campos” <sup>(48)</sup>.

Mommsen concluye afirmando que, históricamente, la más antigua forma de la constitución se basaba no sobre el dominio individual, sino sobre el colectivo, que lo reemplazaba <sup>(49)</sup>.

Morgan comparte este punto de vista cuando, resumiendo ejemplos anteriormente expuestos en su obra, dice: “Estos

<sup>(46)</sup> T. MOMMSEN: *Histoire romaine*, tomo I, págs. 189-190.

<sup>(47)</sup> Idem, pág. 231.

<sup>(48)</sup> Idem, pág. 231.

<sup>(49)</sup> Idem, pág. 232.



diversos regímenes de posesión tienden a demostrar que la regla más antigua de la tenencia de la tierra, era la común, ejercida por la tribu; que después de iniciado el cultivo de la tierra, una parte de la tribu se repartió entre las *gentes* y cada una de éstas la poseía en común; que, con el transcurso del tiempo, se adjudicaron individualmente, lo que condujo, por último, a la propiedad individual privativa. Las tierras no ocupadas y yermas permanecían aún como bien común de la *gens*, de la tribu y de la nación. Este, en suma, parece haber sido el proceso de la experiencia respecto a la posesión de la tierra. En general, los bienes personales eran de propiedad individual”<sup>(50)</sup>.

5. — La teoría de Laveleye sobre el comunismo agrario cuenta, asimismo, con impugnadores de la categoría de de Sanctis, para quien no sólo es imposible que ese colectivismo haya predominado en Roma en época anterior a la ley de las Doce Tablas, sino que, en caso de que lo practicaran los itálicos en época remotísima, todo vestigio sobre su existencia se ha perdido<sup>(51)</sup>.

La disidencia que a primera vista se marca entre Laveleye y Fustel de Coulanges, nos parece residir sólo en los términos. Denominar propiedad privada a lo que pertenece en común a toda una familia, como lo hace Fustel de Coulanges, constituye ya un exceso de lenguaje y, por el contrario, pretender que el grupo no tenía sobre la tierra sino un derecho colectivo de uso, como afirman Laveleye y Mommsen, es remontar demasiado en la historia y colocarse en la época de nacimiento del derecho de propiedad.

Si el dominio era familiar, como dice el autor de *La ciu-*

---

<sup>(50)</sup> L. MORGAN, op. cit., págs. 214-215.

<sup>(51)</sup> G. DE SANCTIS: *Storia dei Romani*, t. I, pág. 70.



*dad antigua*, nada impide al intérprete colocarse retrospectivamente en el tiempo en que esa expresión era entendida y se confundía con la *gens* y el *yevo*, pues, como dijimos en otro lugar, la familia agnaticia o consanguínea se presenta a manera de simplificación de un grupo previo más complejo.

Tampoco nos interesa, realmente, si existía, además del dominio colectivo de la familia, un terreno del que nadie pudiera invocar un derecho preferente y exclusivo. La lógica nos lleva a la aserción de esa existencia, ya que el hombre no debe haber ocupado el suelo íntegramente y en un solo acto, sino a medida que lo exigieran sus necesidades. Así cabe explicarse la transformación lenta del *ager publicus* en *ager privatus*. Pero adviértase que para ello, Laveleye vese obligado a referirse a una época en que el hombre no ha abandonado la caza para tentar la agricultura; en estos términos se expresa, en efecto: “Los pueblos cazadores no conocen la propiedad individual; el territorio pertenece indiviso a la tribu. La agricultura en sus comienzos ha debido practicarse bajo un sistema de propiedad colectiva” <sup>(52)</sup>. Y en apoyo de esa idea, cita a Virgilio: “Queis neque mos neque cultus erat nec jungere teuros, sed ramis atque asper victu venatus alebat” <sup>(53)</sup>.

6. — Hemos abordado, como tema de nuestro estudio, una época en que los pueblos primitivos habían ya pasado de la vida nómada a la sedentaria; y dijimos que tal transformación corre pareja con el nacimiento de la agricultura. Nos interesa, pues, acreditado el papel que desempeñó el *yevo*, investigar si uno de sus atributos era la propiedad colectiva.

Ihering, que comparte la tesis de Laveleye, afirma también que la tierra pertenecía a la comunidad y que sólo se in-

<sup>(52)</sup> E. DE LAVELEYE, op. cit., págs. 365-366.

<sup>(53)</sup> VIRGILIO: *Eneida*, canto VIII.



trodujo el dominio privado de la laborable en tiempo de Rómulo, si se atiende a la leyenda <sup>(54)</sup>. Pero cabe preguntarse: ¿cómo se define la comunidad? A nuestro parecer, ausente aún la idea de Estado y de un dominio eminente del mismo, la comunidad es la gente, que, como dijimos en otro lugar, se confundía con la nación. Que esa gente se subdividiese luego en gran número de hogares, nadie puede discutirlo. Por otra parte —repetimos— no es posible hablar sino de la tierra ocupada y, según nuestro concepto, con la ocupación nace, a término seguro, la propiedad.

El distanciamiento, pues, entre Laveleye y Fustel de Coulanges reside en la distinta era primitiva que abordan. Uno se remonta a la prehistoria del hindoeuropeo, cuando, recién asentado en el suelo, comenzaba los repartimientos de tierra y cambiaba la caza por la agricultura. El otro encara los tiempos históricos, cuando la familia destruye a la gente y se formaliza como grupo autónomo.

Es preciso, en consecuencia, comulgar con la opinión de Glotz y definir al derecho de propiedad primitivo de acuerdo al elemento social predominante. “Cuando γένος —dice el sabio autor francés— se volvió sedentario sobre el suelo griego, alrededor del hogar común continuaron reuniéndose todos los que perpetuaban la sangre del antepasado. Bajo el mismo techo, se alimentan con la misma leche, respiran el mismo aire, comen el mismo pan de la misma artesa. Inútil es precisar los lazos de parentesco: todos los genetas son hermanos (κασίγνητοι). Se recordó durante mucho tiempo esas grandes habitaciones que contenían varias centenas de personas emparentadas. Homero presenta aún a cincuenta hermanos y doce hermanas que vivían juntos en la morada de Príamo, con

---

(54) R. VON IHERING; op. cit., pág. 39.



sus mujeres y maridos, sin contar a los hijos <sup>(55)</sup>... El *yevo* posee, con la casa consagrada por el hogar, toda la tierra de alrededor consagrada por la tumba del antepasado, todo lo que fuere preciso en campo, pastos, viñas y olivares para alimentar a tantas bocas. Este dominio, integrado con el ganado y los esclavos que contiene, pertenece en común al grupo entero. Colectiva, la propiedad es por lo mismo inalienable, indivisible; sin reglas de sucesión, se transmite eternamente de los muertos a los vivos. Y, para merecer el derecho a su goce, cada uno, grande o pequeño, hombre o mujer, debe trabajar para todos" <sup>(56)</sup>.

He aquí, en pocas y precisas palabras, el concepto de la propiedad primitiva, Así como el hombre pierde la individualidad dentro del grupo, así como no es un engranaje importante dentro de la nación, sino que actúa para el *yevo* y por intermedio del *yevo* a quien representa, no es posible, concurrentemente, que se realice una excepción con derecho tan principal como el de dominio, y se lo particularice en cabeza de quien no tiene, en absoluto, capacidad jurídica para su ejercicio. La plena propiedad aplicada a la tierra es una institución reciente, que sólo se presenta en las civilizaciones que han exaltado al individuo al sitio máximo de la organización colectiva.

El dominio en común del *yevo* es una regla invariable, general en las legislaciones y costumbres antiguas. Si el grupo primitivo era la célula social, el derecho sobre el territorio debía pertenecer y referirse a él, y así como una ley de progreso, partiendo de un estadio en el que todas las relaciones entre las personas se resumen en vínculos de familia, marchó

<sup>(55)</sup> Véase: H. D'Arbois de Jubainville: *La famille homérique et la famille celtique*, en *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et étranger*, año XXII, París, 1898, pág. 433.

<sup>(56)</sup> G. GLOTZ, op. cit., págs. 7-8.



constantemente hacia un orden en el cual esas relaciones nacen de la voluntad libre del individuo, así también, siguiendo el ritmo histórico, la propiedad, que comenzó rigiéndose por las leyes del *γενος*, terminó bajo la sujeción absoluta del hombre.

En Grecia, tanto las obras dramáticas como los escritos filosóficos y los ~~alegaros judiciales, conservan huellas de esa~~ propiedad colectiva. Muchos son ya los autores que han recogido esos preciosos datos, y reproducirlos aquí sería por ello innocuo.

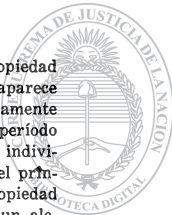
Ese patrimonio familiar, que pasa intacto de una generación a otra, es lo que se conoce en las ciudades dóricas (Esparta, Creta) con el nombre de *κληρος*. Estudiando esa propiedad, Beauchet no se anima a tomar partido entre la controversia anotada sobre si, primitivamente, era colectiva o familiar, y, siguiendo el parecer por nosotros desarrollado, termina afirmando que la propiedad colectiva, en el sentido que le otorga Laveleye, había desaparecido en la época histórica <sup>(57)</sup> y que en Grecia sólo cabe estudiar el dominio colectivo del *γενος* o familiar. “Hemos indicado —continúa—, en la primera parte de este tratado, el carácter patriarcal de las antiguas familias griegas. Uno de los rasgos más salientes de la organización del *γενος*, era la propiedad colectiva de toda la familia, no pudiendo el suelo ser poseído a título personal por ninguno de sus miembros. El jefe del *γενος* tenía la gestión del patrimonio común, pero a título de representante de la familia. Este patrimonio era en sus manos nada más que un depósito, y la tierra pertenecía, en realidad, a la familia, y no sólo a la actualmente viva, sino también a la muerta o todavía por nacer” <sup>(58)</sup>.

Ernest Dubois, dentro del concepto expuesto, considera

---

<sup>(57)</sup> L. BEAUCHET, op. cit., tomo I, pág. 60.

<sup>(58)</sup> L. BEAUCHET, op. cit., tomo I, pág. 60.



necesario distinguir la época en que existía la copropiedad familiar, de aquella otra, sucesiva, en que la gente aparece como heredera. En el primer caso, dice, no hay, propiamente hablando, sucesión. En el segundo, se trata de un período transitorio que lleva hacia la vocación hereditaria individual <sup>(59)</sup>. Sin perjuicio de volver sobre un tema que es el principal de esta tesis, anotamos que la conversión de la propiedad colectiva en individual, se manifiesta precisamente en un alejamiento cada vez mayor de la *gens* como partícipe y aún heredera de los bienes que usufructúa.

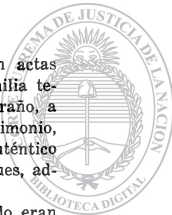
7. — Dentro de lo que cabe llamar el umbral de la legislación antigua, merece un párrafo aparte el pueblo asirio-babilónico. En los países de Sumer y Acad, verbigratia, algunas actas de venta presargónicas exhiben resabios de propiedad colectiva <sup>(60)</sup>. Pero la época que más interesantes infor-

---

<sup>(59)</sup> Véase el interesante artículo que este autor publicara en la *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et étranger*, año 1881, pág. 129: *Droit attique et histoire comparée des législations*.

<sup>(60)</sup> Citase generalmente el acta de adquisición de propiedades por el rey Manishtusu. En tiempos de los cassitas —dice Delaporte (*Mesopotamia. Las civilizaciones babilónica y asiria*, Barcelona, 1925, págs. 126-127), ciertas ciudades poseyeron grandes propiedades rústicas, como asimismo las tribus instaladas en el antiguo país de Sumer, hacia orillas del Golfo Pérsico, a consecuencia de disturbios suscitados en Babilonia por la invasión de los hetitas. Para recompensar servicios prestados al Estado, dar gracias a los dioses o constituir un patrimonio para sus hijos, los reyes compran propiedades a estas ciudades o a estas tribus... Las tribus que se instalaron al Sur de Babilonia, tienen jefes o administradores y ocupan cada cual un territorio más o menos vasto en el que se levantan ciudades y pueblos. Cada tribu posee parte de las tierras, lo mismo que cada ciudad, cada pueblo y determinadas familias. Todo esto está dividido en parcelas explotadas por particulares".





maciones suministra, es la de Hammurabí <sup>(61)</sup>; según actas privadas pertenecientes a ese periodo, el padre de familia tenía el derecho de disponer en vida a favor de un extraño, a título gratuito y definitivo, de una parte de su patrimonio, para lo cual sólo le era preciso redactar un acto auténtico ante testigos. La propiedad privada estaba entonces, pues, adquiriendo caracteres netos.

Delaporte afirma que antes de Hammurabí no sólo eran permitidas las liberalidades en perjuicio de los hijos, sino que se podía desheredarlos completamente y, en apoyo de esa opinión, cita una ley de Nisaba y Hani, cuyo texto es el siguiente: "Si a alguien su padre y su madre dicen: ya no eres nuestro hijo, fuera de la ciudad se irá" <sup>(62)</sup>. El principio se mantuvo vigente hasta la redacción del Código de Hammurabí, que obligó a la intervención del Juez cuando se quería desheredar a un hijo; así lo establecen los párrafos 168 y 169: "Si un hombre se ha propuesto rechazar (lit.: arrancar) a su hijo y dice al Juez: "Yo rechazo a mi hijo", el Juez examinará el fondo de su pensamiento, y si al hijo no puede imputársele un delito grave que lleve consigo el que sea privado de la filiación, el padre no puede arrancarle la filiación. Si puede imputársele un delito grave contra su padre, que lleve consigo esa privación, por una vez, éste volverá la cara; si puede, por segunda vez, imputársele un delito grave, el padre puede arrancar la filiación a su hijo".

A pesar de esas disposiciones, el legislador caldeo trató en todas las épocas, de dar a la familia una gran cohesión, y mantener el grupo unido durante el mayor tiempo posible.

---

<sup>(61)</sup> Véase: Adolfo Bonilla y San Martín: *El código de Hammurabí*, Madrid, 1909; Dominique Mirande: *Le Code de Hammourabi et ses origines. Aperçu sommaire du droit Chaldéen*, París, 1913. Ernest Léroutx, editeur.

<sup>(62)</sup> L. DELAPORTE, op. cit., págs. 99 y siguientes.



La facultad de disponer de los bienes propios, recibe a menudo restricciones <sup>(63)</sup>, y cabe suponer la existencia de un derecho, establecido a favor de la familia, para que ésta pudiera adquirir preferentemente los bienes que se hubiese visto en la precisión de enajenar.

Amén de los bienes propios, el código de Hammurabí legisla los *ilku*, concedidos por el rey a título de remuneración por servicios prestados. A su respecto, prohíbe, en manera absoluta, la venta o donación, como se apreciará en los párrafos siguientes:

“35. — Si un hombre compra de manos del oficial bueyes o carneros que el rey ha dado al oficial, pierde su dinero. 36. — Campo, jardín, casa de un oficial, hombre de armas o infeudado tributario, no pueden ser vendidos. 37. — Si un hombre ha comprado el campo, el jardín o la casa de un oficial, hombre de armas o infeudado tributario, será rota su tableta y perderá su dinero; el campo, el jardín, la casa, volverán a su propietario. 38. — El oficial, hombre de armas o infeudado tributario, no puede transmitir nada por escrito a su mujer o a su hija, del campo, jardín o casa de su gestión, ni dar para una deuda”.

8. — La legislación asiria, menos conocida que la caldea, está con respecto a ésta en evidente desventaja. Aun dentro de los mismos marcos, las reglas exponían un estado social más rudimentario, del cual es importante índice la fortaleza inusitada del poder paterno. La cohesión familiar en cuanto a

---

(63) *Código de Hammurabí*: “39 - Del campo, jardín o casa que ha comprado y que posee (en propiedad), puede transmitir por escrito a su mujer o a su hija, y dar para una deuda. 40 - Para (la garantía) de un negociante o una obligación extranjera, puede vender sus propios campo, jardín y casa; el comprador puede explotar el campo, jardín y casa que ha comprado”.



los bienes. es más intensa, y aún es posible descubrir propiedades colectivas, como las que gozaba la ciudad de Asur.

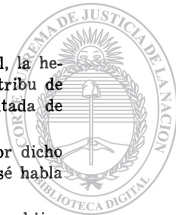
Estas breves notas sobre la civilización asirio- caldea demuestran que ya veinte siglos antes de Cristo, la propiedad individual privaba sobre la colectiva, bien es cierto que con algunas limitaciones provenientes de resabios del tiempo primitivo. Talvez en esta ocasión se demuestra cuántos visos de verosimilitud presenta la tesis de Ihering sobre la anterioridad de la civilización semita, en virtud de su carácter agrario e industrial. Ya tendremos que volver sobre el tema al estudiar el derecho sucesorio.

9. — También en el campo de la legislación semita, es posible hallar, empero, ejemplos sobresalientes de la propiedad familiar. En primer término figura el caso de las hijas de Salphaad, quienes fueron obligadas a casarse con miembros de su tribu, a fin de conservar en ella los bienes que les habían sido transmitidos por herencia. He aquí cómo relata el hecho el libro IV de Moisés, *Los Números* (capítulo 36):

“ Y llegaron los príncipes de los padres de la familia de  
 “ Galaad, hijo de Machir, hijo de Manasés, de las familias de los hijos de José ;y hablaron delante de Moisés,  
 “ y de los príncipes, cabezas de padres de los hijos de  
 “ Israel.

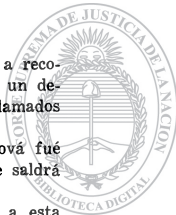
2 — “ I dijeron: Jehová mandó a mi señor por uerte diese  
 “ la tierra a los hijos de Israel en posesión: también ha  
 “ mandado Jehová a mi señor que dé la posesión de Salphaad nuestro hermano a sus hijas;

3 — “ Las cuales, si se casaren con algunos de los hijos de las  
 “ otras tribus de los hijos de Israel, la herencia de ellas  
 “ será así desfalcada de la herencia de nuestros padres,  
 “ y será añadida a la herencia de la tribu a que serán  
 “ unidas: y será quitada la suerte de nuestra heredad.



- 4 — “Y cuando viniere el jubileo de los hijos de Israel, la heredad de ellas será añadida a la heredad de la tribu de sus maridos; y así la heredad de ellas será quitada de la heredad de la tribu de nuestros padres.
- 5 — “Entonces Moisés mandó a los hijos de Israel por dicho de Jehová, diciendo: La tribu de los hijos de José habla rectamente.
- 6 — “Esto es lo que ha mandado Jehová acerca de las hijas de Salphaad, diciendo: Cásense como a ellas les pluguiere, empero en la familia de la tribu de su padre se casarán.
- 7 — “Para que la heredad de los hijos de Israel no sea pasada de tribu en tribu; porque cada uno de los hijos de Israel se allegará a la heredad de la tribu de sus padres.
- 8 — “Y cualquiera hija que poseyera heredad de las tribus de los hijos de Israel, con alguno de la familia de la tribu de su padre se casará, para que los hijos de Israel posean cada uno la heredad de sus padres.
- 9 — “Y no ande la heredad rodando de una tribu a otra: mas cada una de las tribus de los hijos de Israel se llegue a su heredad.
- 10 — “Como Jehová mandó a Moisés, así hicieron las hijas de Salphaad.
- 11 — “Y así Maala, y Tirsa, y Hogla, y Milcha, y Noa, hijas de Salphaad, se casaron con hijos de sus tios.
- 12 — “De la familia de los hijos de Manasés, hijo de José, fueron mujeres; y la heredad de ellas quedó en la tribu de la familia de su padre”.

Además de este capítulo, que con tanta sabiduría dispone sobre el destino de los bienes, encuéntrase en la Biblia otros párrafos sobre la necesidad de conservar el patrimonio de la



familia, los cuales, al decidir quiénes son los llamados a recogerlo ineludiblemente, dejan traslucir la existencia de un derecho de propiedad colectiva, del que participan los llamados erróneamente sucesores. Véase, v. gr.:

*Génesis*. — XV, 4. — “Y luego la palabra de Jehová fué “a él diciendo: No te heredaré éste, sino el que saldrá “de tus entrañas será el que te herede”.

“XXI, 10. — “Por tanto dijo a Abraham: Echa a esta “sierva y a su hijo; que el hijo de esta sierva no ha de “heredar a mi hijo, con Isaac”.

“XXV, 5. — “Y Abraham dió cuanto tenía a Isaac”.

El párrafo 6 del mismo capítulo se refiere a dádavas, que supone de muebles, pero con la obligación de los favorecidos de residir bajo la autoridad del heredero:

“Y a los hijos de sus concubinas dió Abraham dones, y “enviólos de junto a Isaac su hijo, mientras él vivía hacia el Oriente, a la tierra oriental”.

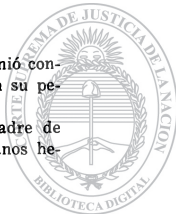
XXXI. 14 — “Y respondió Rachel y Lea, y dijéronle: “¿Tenemos ya parte ni heredad en la casa de nuestro padre?”

15. — “¿No nos tiene ya como extrañas, pues que nos “vendió y aún se ha comido del todo nuestro precio?

16. — “Porque toda la riqueza que Dios ha quitado a “nuestro padre, nuestra es y de nuestros hijos: Ahora, “pues, haz todo lo que Dios te ha dicho”.

De tal manera se aseguran los derechos de las hijas, que, al parecer, son similares a los de las epikleras griegas, como lo demuestra el capítulo 36 de los *Números*, ya transcrito. Esa situación de las hijas se halla confirmada en el capítulo 27 del mismo libro, donde, por lo demás, se reglamenta la herencia de los colaterales:

*Números*. — XXVII, 3.— “Nuestro padre murió en el



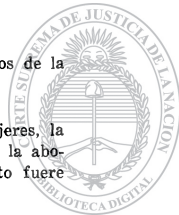
- “desierto, el cual no estuvo en la junta que se reunió con-  
“tra Jehová en la compañía de Coré: sino que en su pe-  
“cado murió, y no tuvo hijos.
- 4 — “¿Por qué será quitado el nombre de nuestro padre de  
“entre su familia, por no haber tenido hijo?. Danos he-  
“redad entre los hermanos de nuestro padre.
- 5 — “Y Moisés llevó su causa delante de Jehová.
- 6 — “Y Jehová respondió a Moisés, Diciendo:
- 7 — “Bien dicen las hijas de Salphaad: has de darles pose-  
“sión de heredad entre los hermanos de su padre; y tras-  
“pasarás la heredad de su padre a ellas.
- 8 — “Y a los hijos de Israel hablarás, diciendo: “*Cuando al-  
“guno muriere sin hijos, traspasaréis su herencia a su  
“hija:*
- 9 — “Y si no tuviere hija, daréis su herencia a sus herma-  
“nos:
- 10— “Y si no tuviere hermanos, daréis su herencia a los her-  
“manos de su padre.
- 11— “Y si su padre no tuviere hermanos, daréis su herencia  
“a su pariente más cercano de su linaje, el cual la posee-  
“rá: y será a los hijos de Israel por estatuto de derecho,  
“como Jehová mandó a Moisés”.

En el capítulo XXVI de los *Números* y en los capítulos XIII a XXI de *Josué*, se hace el repartimiento de tierras, conforme a lo que es de tradición en los pueblos antiguos y según tendremos oportunidad de ver más adelante. En el párrafo 55 del capítulo XXVI, *Números*, se afirma nuevamente la propiedad familiar:

“Empero la tierra será repartida por suerte; y por los  
“nombres de las tribus de sus padres herederán”.

Y en los capítulos citados de *Josué*, el repartimiento se hace por tribus y, dentro de éstas, por familias.

En el *Deuteronomio* se permite al patriarca hacer dones



al hermano que se aleja de su casa, pero sin tomarlos de la herencia paterna, sino sólo de los frutos (<sup>64</sup>).

El mismo libro dispone:

XXI. 15 — “Cuando un hombre tuviere dos mujeres, la  
“una amada y la otra aborrecida, y la amada y la abo-  
“rrecida le parieren hijos ,y el hijo primogénito fuere  
“de la aborrecida;

16 — “Será que el día que hiciere heredar a sus hijos lo  
“que tuviere, no podrá dar el derecho de primogenitura  
“a los hijos de la amada en preferencia al hijo de la  
“aborrecida, que es el primogénito;

17 — “Mas al hijo de la aborrecida reconocerá por pri-  
“mogénito, para darle dos tantos de todo lo que se ha-  
“llare que tiene: porque aquél es el principio de su fuer-  
“za, el derecho de la primogenitura es suyo”.

Estos tres versículos demuestran cuán limitados eran los derechos del patriarca sobre los bienes, y cómo es de exacta la teoría que ve en ellos una propiedad del grupo. El *Deuteronomio* acredita así que no sólo el padre estaba privado de la libre disposición de su patrimonio, sino que aún no podía mejorar a un hijo en detrimento de otro, contra el texto de la ley.

En el libro de *Ezequiel* se hallan también ejemplos de la doctrina expuesta:

XLVI, 16 — “Así ha dicho el Señor Jehová: Si el príncipe diere algún don de su heredad a alguno de sus hijos, será de ellos; posesión de ellos será por herencia.

17 — “Mas si de su heredad diere don a alguno de sus

---

(<sup>64</sup>) *Deuteronomio*, cap. XV, vers. 12, 13 y 14.



siervos, será de él hasta el año de libertad, y volverá al príncipe; mas su herencia será de sus hijos.

18 — “Y el príncipe no tomará nada de la herencia del pueblo, por no defraudarlos de su posesión: de lo que él posee dará herencia a sus hijos; para que mi pueblo no sea echado cada uno de su posesión”.

En fin, y volviendo al *Deuteronomio*, anotamos la facultad de disponer de la vida de los hijos, único medio de eliminarlos de la herencia, desde que la desheredación no es posible.

XXI, 18 — “Cuando alguno tuviere hijo contumaz y rebelde, que no obedeciere a la voz de su padre ni a la voz de su madre, y habiéndolo castigado, no les obedeciere.

19 — “Entonces tomarlo han su padre y su madre, y lo sacarán a los ancianos de su ciudad, y a la puerta del lugar suyo.

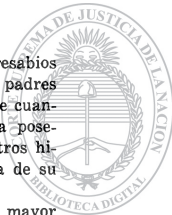
20 — “Y dirán a los ancianos de la ciudad: Este nuestro hijo es contumaz y rebelde, no obedece a nuestra voz; es glotón y borracho.

21 — “Entonces todos los hombres de la ciudad lo apedrearán con piedras, y morirá: así quitarás el mal de en medio de tí; y todo Israel oirá, y temerá” <sup>(65)</sup>.

---

<sup>(65)</sup> Con referencia a la facultad de desheredación entre los hebreos, dice Pastoret (op. cit., III, pág. 480): “El padre aún irritado contra sus hijos, o teniendo que quejarse de su conducta, no tuvo el derecho de castigarles con la privación de un patrimonio que les daba la naturaleza. Vanamente instituía a otro heredero; vanamente pronunciaba o escribía, “que mi hijo sea desheredado”: su voluntad al menos no produjo ningún efecto”. Concuerta: M. Eschbach: *Introduction générale á l'étude du droit*. París, 1856, Cotillon, éditeur; Librairie du Conseil d'Etat, pág. 507.





10. — En la ley de Manú se advierten también resabios de la propiedad familiar. Aunque a la muerte de los padres pueden los hijos repartirse los bienes <sup>(66)</sup>, ello no sucede cuando el hermano mayor, “eminentemente virtuoso”, toma posesión del patrimonio en su totalidad, en cuyo caso los otros hijos deben vivir bajo su tutela como si vivieran bajo la de su padre <sup>(67)</sup>.

El párrafo 106 del libro IX establece que el hijo mayor debe recibir todo el patrimonio, y en los subsiguientes se insiste sobre la idea de que el primogénito es como un padre, y aún como una madre, para sus hermanos menores <sup>(68)</sup>. Diversas disposiciones regulan luego las cuotas de cada hijo en caso de partición, como asimismo la dote que corresponde a las hermanas.

11. — Paralelamente a la Biblia, donde se legisla sobre el levirato, para mantener en manera ficticia la perpetuidad de la familia, y se obliga al casamiento dentro de la tribu para que los bienes no salgan de ella, también Manú reglamenta la condición de la hija heredera, que, en Grecia, daría lugar, en forma semejante, al epiklerato.

“El que no tiene hijo varón —dice— puede, del modo siguiente, encargar a su hija que le críe un hijo diciéndole: que el hijo varón que ella dé a luz se vuelva mío y celebre en honor mío la ceremonia fúnebre”.

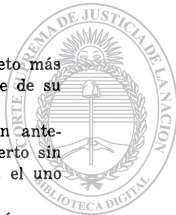
“El hijo de un hombre es como sí mismo y una hija encargada del oficio designado es como un hijo: ¿quién, pues, podría recoger la herencia de un hombre que no deja hijos cuando tiene una hija que sólo forma un alma con él?”

---

<sup>(66)</sup> Libro IX, versículo 104.

<sup>(67)</sup> Idem, versículo 105.

<sup>(68)</sup> Idem, versículos 108, 109 y 110.



“...El hijo de una moza dado a luz para el objeto más arriba mencionado, heredará toda la fortuna del padre de su madre que murió sin tener hijo varón”.

“Que el hijo de una hija casada con la intención antedicha, tome toda la fortuna de su abuelo materno muerto sin tener hijo varón y que ofrende dos pasteles fúnebres, el uno a su propio padre, el otro a su abuelo materno”.

“Si después que se ha encargado a una hija que críe para su padre un hijo varón, le nace un hijo a este hombre, el reparto de la sucesión debe en este caso hacerse por igual; pues una mujer no tiene derecho de primogenitura”.

“Si una hija a quien su padre ha encomendado así, que le dé un hijo, muere sin haber dado a luz un hijo varón, el marido de esta hija puede entrar en posesión de toda su fortuna sin vacilar”.

“Haya o no (habiendo formado el padre este proyecto sin declarárselo) recibido la hija la comisión antedicha en presencia del marido, si tiene un hijo por su unión con un marido de su misma clase, el abuelo materno, por el nacimiento de este niño se torna padre de un hijo, y este hijo debe ofrendar el pastel fúnebre y heredar fortuna”.

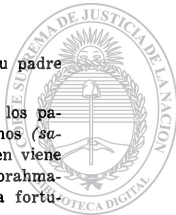
“En este mundo no hay diferencia alguna entre el hijo de un hijo y el de una hija encargada de la misión mencionada; el hijo de una hija, libra en el otro mundo a su abuelo tan bien como el hijo de un hijo” (69).

El patrimonio permanece siempre en la familia, según las reglas necesarias que el mismo libro enuncia en detalle:

“No son los hermanos ni el padre y la madre sino los hijos legítimos y sus hijos o a falta de ellos los otros hijos quienes deben heredar de un padre; que la fortuna de un

---

(69) Libro IX, versículos 127, 130 a 136 y 139.



hombre que no deja hijos, hija, ni viuda, vuelva a su padre y a sus hermanos, a falta de padre y madre" (70).

A falta de esos herederos, el patrimonio pasa a los parientes cercanos (*sapinda*) o, en su defecto, a los lejanos (*samanodakas*) (71). En última instancia, la casta es quien viene a recoger los bienes sin titular (72), si se tratare de brahmanes; caso contrario, el rey entrará en posesión de la fortuna (73).

En fin: a pesar de estas reglas, que suponen un adelanto extraordinario, subsiste aún una separación entre el patrimonio de la esposa con el del marido. Sobre los bienes de ella heredan las hijas no casadas (74), si se trata de lo que se le ha dado en la época de su matrimonio; sus hijos todos, si son obsequios que ha recibido después de su matrimonio, de la familia del marido o de la propia (75); y en ciertos casos, al marido (76). Las reglas generales están dadas por los párrafos 192 y 197:

"Que a la muerte de la madre, los hermanos uterinos y las hermanas uterinas no casadas se repartan por igual la fortuna materna, las hermanas casadas reciben un regalo proporcionado a la fortuna".

"Pero está ordenado que toda la fortuna que ha podido dársele en un matrimonio hecho conforme al modo de los Ma-los Genios, o según los dos otros modos, se lo repartan el padre y la madre si ella muere sin dejar hijos".

---

(70) Libro IX, versículo 185.

(71) Idem, versículo 187.

(72) Idem, versículo 188.

(73) Idem, versículo 189.

(74) Idem, versículo 131.

(75) Idem, versículo 195.

(76) Idem, versículo 196.

Es posible, en consecuencia, dentro de la legislación de Manú, que en la familia existan dos patrimonios: el del padre y el de la madre.

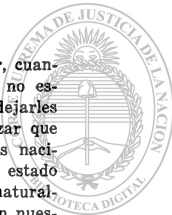




## EL MOVIMIENTO HACIA LA LIBRE DISPOSICION

1. — Aristóteles, filósofo de la decadencia, no vela en la prohibición de disponer del patrimonio, aneja a la propiedad familiar, sino una razón económica tendiente a evitar la pobreza de la población y la desproporción de las fortunas.

Estudiando las legislaciones de su época y buscando las causas lejanas de las revoluciones sociales que propendían al reparto de tierras, ignora por completo cuál era la raíz de la propiedad primitiva. Con referencia a Esparta, país que durante mayor tiempo mantuvo las instituciones arcaicas, dice: "La legislación ha considerado con razón como cosas deshonorosas la compra y la venta de un patrimonio; pero ha permitido disponer arbitrariamente de los bienes, sea por donación entre vivos, sea por testamento. Y sin embargo, en ambos casos la consecuencia es la misma. Además, las mujeres poseen las dos quintas partes de las tierras, porque muchas de ellas son herederas únicas, o se han constituido en su favor crecidas dotes. Hubiera sido preferible abolir anteriormente el uso de las dotes, o haberlas fijado una tasa muy baja y lo más módica posible. En Esparta, por lo contrario, uno puede casar a su única heredera con quien quiera, y si el padre muere sin haber dispuesto nada, el tutor puede a su elección, casar la



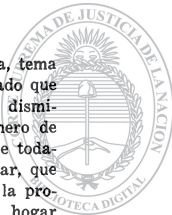
pupila" (77). "También es un error, dice en otro lugar, cuando se llega hasta dividir los bienes en partes iguales, no establecer nada sobre el número de los ciudadanos y dejarles que procreen sin limitación alguna, abandonando al azar que el número de las uniones estériles compense el de los nacimientos, cualquiera que él sea, so pretexto de que en el estado actual de cosas, este equilibrio parece establecerse naturalmente. Está muy distante de ser exacto este cálculo. En nuestras ciudades nadie se queda desnudo, porque las propiedades se dividen entre los hijos, cualquiera que sea su número. Admitiendo por lo contrario, que sean indivisas, todos los hijos, salvo un número igual al de éstas, sean pocos o muchos, se quedarían sin poseer... Al intento de prevenir estos males, uno de los legisladores más antiguos, Fidón de Corinto, quería que el número de familias y de ciudadanos fuese inmutable, aún cuando los lotes primitivos hubiesen sido desiguales" (78).

He aquí cuál es la observación de un filósofo de la época individualista. Hacia muchos años ya que la usurpación del patriarca dentro de la familia se había consumado y, al desaparecer el *yevo* como elemento predominante de la ciudad, el sabio no advierte el origen verdadero de la situación económica cuyas dificultades trata de solucionar. Sólo se habla de un primitivo repartimiento de tierras y de una contemporánea desigualdad en las fortunas, pero no se descubre por qué existía esa antigua traba a la libre disposición, ni cómo se explica, históricamente, la concentración de los bienes en pocas manos.

Si se hubiese atendido más a las fuentes del derecho de propiedad, y menos a las leyes vigentes y al crecimiento de la población, no se habría caído en el error de creer que la

(77) ARISTÓTELES: *Política*, pág. 69. — Obras de Aristóteles puestas en lengua castellana por Patricio de Azcárate. Madrid.

(78) Idem, pág. 56.



solución se halla limitando el número de hijos. Esparta, tema del comentario aristoteliano, no es precisamente un estado que aumenta sin cesar su población; muy al contrario, la disminuye a paso de gigante. ¿Por qué limitar aún el número de los nacimientos? Lacedemonia, es preciso decirlo, ofrece todavía en esa época el espectáculo de la usurpación familiar, que deja a los hermanos del *pater* en la miseria. Mientras la propiedad fué colectiva, el hombre vivió seguro, junto al hogar de los antepasados. Mas cuando el sistema se desmoronó, por el resurgimiento del individuo, el desastre económico no fué sino el fruto de la desorientación. En vano son las leyes que establecen la igualdad de derechos en los hijos, o reparten nuevamente las tierras, si la libre disposición del patrimonio familiar ha sustituido a la prohibición absoluta de enajenar. En Esparta, más que en ninguna parte, la libre disposición provoca la concentración de las fortunas, y ello porque el hombre no cultiva la tierra e ignora cómo administrarla.

Ese es el período característico en que la legítima puede salvar la estabilidad económica del pueblo.

2. — La introducción del testamento —se dice— fué la causa de la miseria en Esparta. Como regla general, conven-gamos en que es una expresión de que en Grecia el concepto de la propiedad había cambiado por completo. El testamento era así la consecuencia lógica de esa usurpación cometida dentro de la familia y que se apoyaba en múltiples motivos de orden social. Jannet lo dice en certeros términos: “la absoluta inmutabilidad del patrimonio, su transmisión perpetua por la sangre, como lo ordenaba la antigua religión de los manes, debían parecer arbitrarias e insoportables, a medida que las antiguas creencias se debilitaban y los progresos del comercio y de la industria introducían en las fortunas elementos más personales, si cabe hablar así. La prohibición de enaje-

nar los inmuebles, aún a título oneroso, que existía en la antigua organización social, había desaparecido forzosamente, y una vez permitido al propietario enajenar en vida la tierra paterna, ¿cómo, en buena lógica, rehusarle el derecho de disponer de ella después de su muerte?" (79).

Estas palabras resumen, a nuestro parecer, tres estadios en la evolución que venimos marcando:

a) Confusión de los bienes propios con los adquiridos y primacía de estos últimos;

b) Libertad de disposición en vida;

c) Testamento { Sólo cuando no existen hijos;  
Sin limitación;  
Con institución de heredero.

3. — Hemos comprobado la existencia, en época primitiva, de una propiedad familiar, sin que nos interesara si provenía o no de un repartimiento de tierras hecho por el Estado. La hemos visto transmitirse de generación en generación, administrada por un jefe. Cabe ahora recordar que ese jefe vive, trabaja, crea riqueza; importa pensar que, sobre el primer lote, se van produciendo nuevos bienes, como resultado de la labor humana.

¿Cuál era el destino y la naturaleza jurídica de esos bienes?

Beauchet, que ha planteado la cuestión en sus justos términos, se hace eco del sentir común, que no encuentra suficientes datos para establecer si la costumbre primitiva distinguía, en Grecia, los bienes propios de los adquiridos. Cree, más bien, que esa distinción se introdujo en el derecho nuevo,

---

(79) CLAUDE JANNET: *Les institutions sociales et le droit civil à Sparte*. París, 1880, pág. 132.







al comenzar el imperio del sentimiento individualista sobre la costumbre <sup>(80)</sup>.

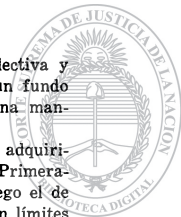
Compartimos ese modo de pensar. Si, originariamente, no era posible concebir sino el grupo (yevos o familia) y el individuo no contaba para nada en la sociedad; si el hombre —como dijimos antes— no había descubierto aún su propia individualidad, lógico era que no existiese diferencia entre el bien que se heredara de los antepasados y el fruto del propio trabajo. Pero llega un momento en que es imposible apartar la atención de los actos independientes de cada individuo; el sentimiento egoísta, que trae desde la cuna el hombre, se rebela a seguir los dictados de una ley injusta, y el individuo se pregunta: ¿cómo no ha de ser mío lo que he creado? Ese es el primer impulso de propiedad individual: constituirse en dueño de lo que se ha creado. Así, como dice Beauchet, “se consideró justo reconocer al individuo el derecho de disponer libremente de los bienes que provenían, no de su familia, sino de su trabajo e industria” <sup>(81)</sup>.

El movimiento debió comenzar, y comenzó sin duda, por el paterfamilias. Quien estaba sujeto a una potencia real pero abstracta —el yevos—, pudo liberarse con mayor prontitud que aquél ligado a su potestad: el hijo de familia. Por ello, aun pasarán muchos años antes de que nazca el concepto del peculio adventicio.

4. — Nacida la idea de la propiedad individual, se ha recorrido ya la mayor parte del camino hacia la libre disposición. Difícil es entonces distinguir entre lo que se administra en nombre de alguien cuya presencia es inmaterial, y lo propio. La naturaleza misma de las cosas facilita la solución al

<sup>(80)</sup> L. BEAUCHET, op. cit., tomo III, pág. 24.

<sup>(81)</sup> L. BEAUCHET, op. cit., tomo III, pág. 24.



unir, en un solo bien, elementos de la propiedad colectiva y de la individual. ¿No es el caso, por ejemplo, de un fundo abandonado, sobre el cual el paterfamilias edifica una mansión?

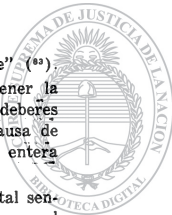
Los poderes del amo con referencia a los bienes adquiridos —dice Beauchet— “se amplían cada día más. Primeramente debióse reconocerle el derecho de venderlos, luego el de disponer de ellos por testamento, al comienzo talvez en límites bastante estrechos —es decir, en el interior de la familia—, luego sin ninguna restricción. La reforma no se detuvo allí y terminóse por abandonar completamente la antigua concepción de la propiedad familiar, asimilando los propios a los adquiridos, es decir, acordando al propietario un derecho de disposición tan extenso con respecto a los primeros como con respecto a los segundos. Es bastante difícil marcar exactamente las fases de la evolución cuyos grandes rasgos acabamos de indicar. Todo lo que se puede decir, es que la indisponibilidad de los propios se mantuvo durante mayor tiempo en las leyes dóricas que en las otras ciudades griegas, principalmente las jónicas” <sup>(82)</sup>.

5. — Es cuando se ha llegado a ese término de evolución, que nace el testamento. Inútil buscarlo en Oriente, si se exceptúa el conocido y rudimentario testamento de Bengala; es una concepción grecorromana.

Comienza por constituir una forma sencilla de adopción y termina absorbiendo, en Roma, el derecho sucesorio todo, talvez siguiendo el clásico principio que Sumner Maine expresaba de tan original y exacta manera: “Las ideas rudimentarias del derecho son para el jurisconsulto lo que las capas primitivas de la tierra para el geólogo: contienen en potencia

---

(82) L. BEAUCHET, op. cit., tomo III, pág. 25.



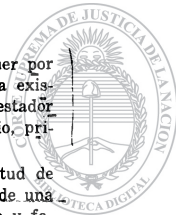
todas las formas que el derecho ha tomado más tarde" (83).

Adopción *post-mortem* —con el objeto de mantener la perpetuidad de la familia y el cumplimiento de los deberes sagrados—, se vuelve de inmediato una donación a causa de muerte, por medio de la que el causante dispone con entera libertad de sus bienes, en provecho de extraños.

El primer ciclo del testamento está legislado —en tal sentido— en la reforma de Solón, que pasó a la historia en el comentario de Plutarco, Demóstenes e Iseo. En la biografía que aquél escribió del arconte ateniense, dice: "También ha merecido elogios la ley sobre los testamentos, porque antes no era permitido testar, sino que los bienes y la casa del que moría, debían quedar en la familia; mas permitiendo Solón al que no tenía hijos dar su hacienda a quien quisiese, tuvo en más la amistad que el parentesco y el cariño que la precisión, e hizo que la hacienda fuese verdadera propiedad del que la tenía. No fué con todo libre y sencilla enteramente esta facultad, sino con la excepción de que el testador no hubiese sido impulsado de *enfermedad, de maleficios, de prisiones o de violencia, o seducido por la mujer*; juzgando con mucha razón y justicia que el ser arrastrado con persuasiones fuera de lo recto en nada se diferencia del ser violentado, y poniendo en el mismo punto con la precisión el engaño, y con el dolor los halagos, como igualmente capaces de sacar al hombre de juicio" (84).

(83) H. SUMNER MAINE, op. cit., pág. 3.

(84) PLUTARCO, op. cit., tomo I, pág. 182. El texto legal, según queda expuesto, se conserva en Demóstenes (*Contra Stephanus*, II), y expresa: "Quienquiera que no haya sido adoptado antes de la época en que Solón se ha hecho arconte, a menos que no hubiera renunciado a la adopción o no hubiese obtenido la posesión, puede disponer libremente de sus bienes por testamento, en favor de quien le plazca, siempre que no existan hijos varones de su sangre, que no tuviere el espíritu tur-



Surge, pues, de este texto, que el derecho a disponer por testamento reconocía en Atenas dos limitaciones: a) la existencia de hijos varones; b) la circunstancia de que el testador hubiese obrado bajo el influjo de enfermedad, maleficio, prisiones, violencias o seducido por una mujer.

Nada significaban esas excepciones ante la magnitud de la reforma. La ley consolidaba la propiedad en manos de una sola persona y quitaba todo derecho al grupo gentilicio y familiar, exceptuando a los descendientes varones. Solón consagra así el desmoronamiento del *γῆνος* <sup>(85)</sup>, la primacía del individuo y su libre albedrío; "el ciudadano puede en adelante considerarse plenamente dueño de sus bienes, sobre todo de los

bado por influencia de la locura, o de la vejez, o del veneno, o de la enfermedad, ni por las sugerencias de una mujer, y que no esté ni constringido, ni privado de su libertad" (R. Dareste: *Les plaidoyers civils de Démôsthène*, París, 1875, tomo II, pág. 301). Con referencia al texto transcripto, dice Dareste (íd, pág. 307, en nota): "El texto de esta ley es uno de los más difíciles que se encuentra en los alegatos, y existen casi tantas explicaciones sobre él como comentaristas... Van den Es, hace notar con razón, que para entender bien este texto es preciso compararlo con otro que se encuentra en el alegato contra Leocarés, párrafo 68. El sentido de la ley es que todos pueden testar, excepto los que han pasado por adopción a otra casa... El sentido parafraseado nos parece ser éste: el derecho de testar pertenece a todo ateniense, excepto los que han entrado por adopción en una familia, porque no han sido aceptados en ella sino para conservar el patrimonio y transmitirlo en línea directa, y no para donarlo a extraños. Este derecho no se rehusa, por otra parte, a los adoptados sino en tanto que han permanecido en la familia adoptiva, en calidad de tales".

(85) Morgan opina que el *γῆνος* quedaba representado por los hijos varones. "Esta ley —dice refiriéndose a la de Solón— reconocía la absoluta posesión individual de la propiedad por una persona en vida, a lo que ahora añadía la facultad de disponer de ella a voluntad, por testamento, en caso de no tener hijos; pero el derecho gentilicio a la propiedad era supremo mientras existieran hijos que lo representasen en la gens" (op. cit., pág. 225).



adquiridos por su esfuerzo" <sup>(86)</sup> y, por disposición de otros textos, le es posible desheredar a su hijo u otro descendiente varón, por testamento y mediando injuria grave hacia el padre <sup>(87)</sup>.

Así, la constitución soloniana representa en Grecia el triunfo de la tercera etapa evolutiva de que hablaba Glotz <sup>(88)</sup>. Por el contrario, la ley de Licurgo es la expresión del espíritu antiguo y los conceptos de familia y propiedad colectiva.

6. — El legislador espartano, en efecto, prohibía al jefe de familia comprar o vender una porción de terreno <sup>(89)</sup>, o donarla durante su vida o legarla por testamento para después de su muerte. El mayor de los hijos heredaba el bien paterno para administrarlo durante su existencia, y los otros hermanos recibían esclavos o muebles de cualquier especie, o iban a fundar colonias. De tal manera, dice Barthelemy, la constitución creó "un espíritu de unión y desinterés que hacía comunes a todas las cosas entre los ciudadanos" <sup>(90)</sup>.

Acogida la libre disposición en Atenas, el testamento fué adquiriendo mayor vigor, hasta que se dejó sin efecto la primera restricción soloniana. La sociedad ateniense aceptó la nueva forma de propiedad y se acomodó a ella, sin que el edificio social se quebrantara. Pero los principios renovadores se propagaron a otros estados y, algo más tarde, a Esparta.

7. — Polibio nos ha presentado el cuadro de Beocia al

---

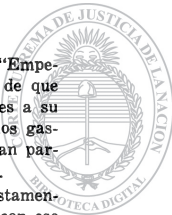
<sup>(86)</sup> J. BOISSONADE: *Histoire de la réserve héréditaire*. París, 1873, pág. 42.

<sup>(87)</sup> Idem, ídem.

<sup>(88)</sup> Véase supra, pág. 17.

<sup>(89)</sup> OL. JANNET, op. cit., pág. 82.

<sup>(90)</sup> J. J. BARTHÉLEMY: *Voyage du Jeune Anacharsis en Grèce*. París, 1832. Abel Ledoux fils, editor. Tomo III, pág. 176.

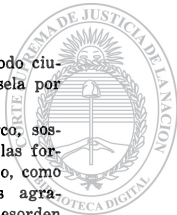


tiempo de admitirse la libre disposición de los bienes. “Empezó y se extendió —dice— ...la costumbre perniciosa de que los muertos sin hijos no dejaran, como antes, los bienes a su familia, sino a sus compañeros de festines, para que los gastaran en común, y aun los que tenían hijos dejaban gran parte de su herencia a esta especie de comunidades” <sup>(91)</sup>.

Plutarco, en fin, nos recuerda la forma cómo el testamento fué introducido en Esparta, y narra la leyenda que con ese motivo se había generalizado. “Habiendo establecido Licurgo —dice— que no se introdujese confusión en la sucesión de las casas, y dejando en consecuencia el padre al hijo su suerte, puede decirse que esta disposición y la igualdad que ella mantuvo preservaron a la república de otros males; pero siendo éforo un hombre poderoso y de carácter obstinado y duro, llamado Epitades, por disenciones que había tenido con su

---

<sup>(91)</sup> POLIBIO MEGALOPOLITANO: *Historia Universal durante la República Romana*. Trad. castellana de Ambrosio Rui Bamba. Librería de Hernando y Compañía. Madrid, 1902. Tomo III, pág. 169 (libro XX, nº 4). Con referencia a este texto, Guiraud (op. cit., pág. 259) opina que parece resultar de allí, que en Beocia no se había pensado en limitar la cuota disponible para el padre, “Pero —agrega— según confesión de Polibio, el estado de Beocia era entonces completamente anormal, y las cosas no sucedían siempre igual en el país ni en Grecia entera”. Beauchet anota, asimismo, que “la libertad absoluta de testar no parece tampoco haber sido absoluta en Beocia, aún en la época de la decadencia de que habla Polibio. Si los beocios tenían entonces la costumbre, contra lo que se admitía primitivamente entre ellos, de legar la mayor parte de su fortuna a sus compañeros de placer, a pesar de los derechos de sus parientes más próximos, ello no sucedía, sin embargo, de acuerdo al testimonio de Polibio, sino en el caso de que no tuvieran hijos, de donde se puede inferir que el derecho de desheredación no existía entre ellos, como tampoco existía en Atenas” (op. cit., III, págs. 587 y siguientes). Ya veremos, en el respectivo capítulo, hasta dónde es exacta esta última aseveración de Beauchet, y cómo existían en Atenas instituciones especiales que implicaban la pérdida de la vocación hereditaria.



hijo, escribió una retra, por la cual era permitido a todo ciudadano dar su suerte en vida a quien quisiese, o dejársela por testamento" <sup>(92)</sup>.

Ya Barthélemy, siguiendo la exposición de Plutarco, sostuvo que la retra de Epitades rompió el equilibrio de las fortunas, provocó la desigualdad de los ciudadanos y trajo, como consecuencia, la ruina de Esparta y las revoluciones agrarias <sup>(93)</sup>. Aristóteles también se había hecho eco del desorden producido por esa ley, pero Jannet recoge sus críticas y las contesta, comenzando por establecer cuáles eran las disposiciones de la famosa retra.

Con razón afirma que la reforma no consistió simplemente en la facultad otorgada al padre de desheredar al hijo indigno, ya que este derecho existía con anterioridad en Esparta y las demás ciudades griegas, sino que sancionó estas tres reglas: a) Los ciudadanos que tenían hijos podían gravar la herencia con legados de valor indefinido, de tal manera que la cuota a recibir por el heredero fuese irrisoria; b) Los ciudadanos que no tenían hijos quedaban facultados para instituir heredero o adoptar a un extraño; c) Si sólo tenían hijas por herederas, podían casarlas fuera de la *αρχαία*. En fin, concretando, contra el pensamiento de Aristóteles afirma: "Respecto a la influencia de la ley de Epitades sobre la disminución de la población en Esparta, no es posible responsabilizarla de ella, pues... su causa verdadera residía en la prohibición del trabajo libre, en las guerras continuas que segaben sin descanso a la juventud. Basta leer en Plutarco o en Pausanias las genealogías de las casas reales, para ver cómo las familias quedaban sin descendencia masculina porque los jóvenes perecían en la guerra, antes de haber tenido hijos.

---

<sup>(92)</sup> PLUTARCO, op. cit., tomo IV, pág. 271.

<sup>(93)</sup> J. J. BARTHÉLEMY, op. cit., tomo III, págs. 176 y siguientes.



Allí reside la explicación del gran número de mujeres que quedaban como herederas únicas, hecho que señala Aristóteles" (94).

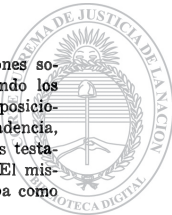
No cabe duda, sin embargo, que a pesar de la opinión de Jannet, el sentir común de la época era responsabilizar a la ley de Epitades de la ruina de la sociedad espartana. Platón se inspiró posiblemente en esa idea dominante, cuando proyectó sus leyes para la república imaginaria. "Si se deja a todo el mundo libertad para que haga su testamento como quiera —decía—, declarando simplemente que las últimas voluntades de los moribundos, cualesquiera que ellas sean, han de ser exactamente cumplidas, resultará que unos harán sus disposiciones de una manera, otros de otra, la mayor parte de un modo contrario a las leyes, a la opinión de los demás ciudadanos, y a la que ellos mismos tenían antes que pensasen en hacer su testamento, porque casi todos nosotros carecemos en cierta manera de libertad de espíritu y de firmeza de voluntad cuando estamos a punto de morir" (95).

---

(94) CL. JANNET, op. cit., pág. 134.

(95) PLATÓN: *Las Leyes*, citado, pág. 219. Conforme a estas ideas, Platón proyectó la ley sobre las sucesiones: "Todo hombre, establece, que disponga de sus bienes por testamento, si tiene hijos, instituirá heredero a aquél de los varones que juzgue conveniente; respecto a los otros, si da alguno a cualquier ciudadano que quiera adoptarlo, lo expresará en su testamento. Si le queda todavía algún otro hijo, por no haber sido adoptado por otra familia, habrá que enviarle muy probablemente a alguna colonia, podrá darle todos los demás bienes a excepción de la herencia patrimonial y de todos los muebles necesarios para el sostenimiento de la misma. Si aun le quedan más hijos, repartirá entre ellos todos los bienes distintos de la porción hereditaria. El que tenga algún hijo varón ya establecido, no le legará nada de sus bienes, así como tampoco a la hija que está prometida en matrimonio; si no lo está, entrará en la partija; y si después de hecho testamento adquiere algunas heredades uno de sus hijos, sea varón o hembra, dejará su parte al heredero del testador. Si éste no deja hijos





8. — Hemos advertido ya cuáles eran las limitaciones solonianas a la ley sobre los testamentos. Cuando, ojeando los alegatos de Demóstenes e Iseo, se conocen algunas disposiciones de última voluntad de la época clásica y de la decadencia, uno se pregunta cómo es que los ciudadanos hacían sus testamentos sin respetar el hecho de existir hijos varones. El mismo Aristóteles no cumplió con una regla que se señalaba como general en todas las ciudades helenas <sup>(90)</sup>.

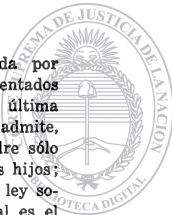
varones, y si sólo hijas, escogerá algún joven para esposo de aquella que juzgue conveniente, y después de haberle adoptado por hijo, le instituirá su heredero. Si alguno ha perdido su hijo, sea natural, sea adoptivo, antes de que haya llegado a la edad viril, expresará esta circunstancia en su testamento, y designará a quién quiere adoptar bajo mejores auspicios. Si uno hace testamento sin tener hijos, podrá separar la décima parte de los bienes adquiridos y legarla a quien quiera; dejando todo lo demás al que haya escogido por su hijo adoptivo; y de este modo se pondrá a cubierto de toda crítica y se hará su memoria digna de estimación conforme el propósito de la ley. Si el testador deja al morir hijos menores, les nombrará libremente tutores en su testamento, tantos como quiera, con tal que ellos lo consientan y se comprometan a desempeñar la tutela. Toda institución de tutor hecha de esta manera será válida. Pero si muere sin hacer testamento o sin haber nombrado tutores, corresponderá la tutela a los más próximos parientes paternos y maternos, dos por cada lado, a los cuales se agregará uno de los amigos del difunto...". "Con respecto al que fallezca sin haber hecho testamento y sin dejar hijos ni hijas, se observará en todo la ley que hemos enunciado arriba; y además se tomará en su parentela un varón y una hembra, los cuales, casándose, levantarán éstos casa, que ya estaba extinguida, y entrarán en posesión de la herencia..." (págs. 221 y 222). Podemos afirmar, sin temor a caer en inexactitud, que esta original ley de Platón es la primera que legisla en materia de sucesión legítima, y deberá ser muy tenida en cuenta en nuestros estudios posteriores, porque resume las ideas reinantes, en la época del filósofo, sobre la herencia.

<sup>(90)</sup> El testamento de Aristóteles, recogido por Diógenes Laercio (*Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*), trad. cas-



tellana de José Ortiz y Sanz; Madrid, 1910. Librería de Perlado, Páez y Cía., sucesores de Hernando. Tomo I, pág. 278), expresa:

“Haya salud; pero por si algo sucediese, dispone Aristóteles en esta forma: Será ejecutor de todo y siempre, Antípatro; y hasta que Nicanor se halle en estado de administrar mis bienes, serán curadores Aristómenes, Timarco, Hiparco, Dióteles y Teofrasto (si le pareciere bien y conveniente el serlo) de mis hijos, de Herpilida y de todo lo restante. Cuando la muchacha sea casadera, se dará a Nicanor en matrimonio; y si muriese (lo que no suceda) antes de casarse, o bien después de casada, sin tener hijos, Nicanor será dueño de administrar, no sólo por lo que mira a mi hijo, sino también las demás cosas, ejecutándolo con la dignidad correspondiente a él y a mí. Cuidará también Nicanor de la muchacha y del niño Nicomaco, de modo que nada les falte, siéndoles como padre y hermano. Si a Nicanor aconteciese el morir (lo que no suceda) antes de recibir en mujer a la muchacha, o bien después de recibida antes de tener hijos, según él dispusiere, así se cumpla. Si Teofrasto quisiere estar con la muchacha, hágase todo como en Nicanor; pero si no, los curadores aconsejaránse con Antípatro, y dispondrán de la muchacha y muchacho según les pareciere. Cuidarán, pues, mis curadores y Nicanor de tenerme en memoria a mí y a Herpilida, puesto que fué muy diligente para conmigo y demás cosas mías. Si quisiere casarse nuevamente, no sea con hombre desigual a mí; y se le dará de mis bienes, sobre lo ya dado, un talento de plata, tres criadas si las quisiere, la esclava que tiene, y el niño Pirreo. También si quisiere vivir en Calcide, sea suya la hospedería que está junto al huerto; pero si en la Estagira, la casa paterna. Cualquiera de estas dos habitaciones que elija, cuidarán mis ejecutores de alhajársela del modo que les parezca decente y bastante a Herpilida. Cuidará también Nicanor de que el muchacho Mirmeco sea devuelto a los suyos con la decencia a mí correspondiente, junto con el equipaje de él que recibí. Ambracis quede libre, y cuando se case se le den quinientas dracmas y la esclavita que tiene. También quiero se le den a Tale, además de la esclavita que tiene comprada, mil dracmas. Igualmente a Simo, además del primer dinero dado para comprar un muchacho, se le compre otro, o se le dé el dinero. Tacón será libre cuando case mi muchacha; como también Filón, y Olímpico con su hijito. Ningún niño de mis esclavos será vendido, sino que de ellos deberán servirse mis herederos; y en siendo adultos se les dará libertad según convenga. Cuidarán también de las imágenes mandadas esculpir a Grilón, y cuando estén concluidas se colocarán; como igualmente la de Nicanor, la de



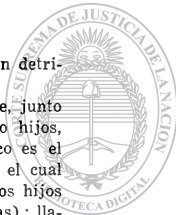
Como bien lo dice Beauchet (\*), la regla sentada por Solón es inconciliable con los ejemplos numerosos presentados en los alegatos, y que nos muestran disposiciones de última voluntad válidas a pesar de existir hijos legítimos. Se admite, sin discusión, que la regla caía en caso de que el padre sólo pretendiese proceder a la partición igualitaria entre los hijos; pero ¿qué decidir si el padre deroga de esa manera la ley soloniana y divide en partes desiguales la herencia? Tal es el caso, tantas veces anotado por los juristas, del testamento del

Proxeno que pensaba regalarle, y la de la madre de Nicanor. La de Arimnesto, que ya está hecha, se colocará, para que le sirva de monumento, puesto que ha muerto sin hijos. La Ceres de mi madre será colocada en el Nemeo, o bien donde les pareciere. Cuando se construya mi sepulcro, se depositarán en él los huesos de Pitiade, como ella ordenó. Pondránse también en Estagira los animales de piedra, altos cuatro codos, que ofrecí por voto a Júpiter Conservador y a Minerva Conservatriz".

También recogió Diógenes el testamento de Platón, que, según su decir (op. cit., t. I, pág. 201), expresaba:

*"Estas son las cosas que dejó y legó Platón. — La hacienda Hefestideada, lindante por el Aquilón con el camino que viene del templo de Cefisia, por el Austro con el Heracleo de los Hefestides, por el Oriente con tierras de Archestrato Freario, y por el Ocaso con las de Filipo Colideo. Y a nadie sea lícito venderla ni enajenarla, sino que será de Adimanto mi hijo en cuanto sea posible. Igualmente le dejo la heredad de los Eroíades, que compré de Calímaco, lindante por el Aquilón con tierras de Eurimedón Mirrinusio, por el Austro con las de Demostrato Xipeterón, por el Oriente con las del mismo Eurimedón Mirrinusio, y por el Ocaso con el Cefiso. Tres minas de plata. Una copa de plata que pesa 165 dracmas. Una tasa que pesa 65. Un anillo de oro y una arracada también de oro, que ambos pesan cuatro dracmas y tres óbolos. El cantero Euclides me debe tres minas. Manumito a Diano; y quedan en servidumbre Ticón, Bicta, Apolonia-des y Dionisio. Dépole asimismo los muebles puestos en inventario, cuya copia tiene Demetrio. A nadie debo nada. Mis ejecutores testamentarios serán Sostenes, Speusipo, Demetrio, Egías, Eurimedón, Calímaco y Trasipo".*

(\*) L. BEAUCHET, op. cit., tomo III, págs. 674 y siguientes.



banquero Pasión, quien favoreció a uno de sus hijos en detrimento de la igualdad de las cuotas <sup>(98)</sup>.

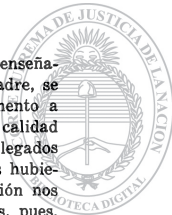
Pero al lado de estos casos, se encuentra otros que, junto a la determinación de que los bienes pasen al hijo o hijos, realizan disposiciones a favor de terceros <sup>(99)</sup>. Clásico es el ejemplo traído por Demóstenes, de un testamento en el cual se favorece no sólo al hijo legítimo, sino también a los hijos tenidos con una cortesana por el testador (caso Mantías); llama la atención que en el pleito trabado entre los herederos, el hijo legítimo no haya discutido a los otros la parte que les tocara en el patrimonio, ni la comunidad en los ritos sagrados, sino sólo el uso del nombre del abuelo.

Beauchet, a quien seguimos especialmente en la dilucidación de este punto, estudia a fondo el problema: “¿Cómo —dice— conciliar la facultad de hacer legados, que nos parece indiscutible, por una parte, con la regla de Solón que es varias veces citada por los oradores, prohibiendo al que tiene hijos legítimos hacer un testamento, por otra parte, con la ley que ordena la partición igual de los bienes del padre entre todos sus hijos? Hay, primeramente, un punto que debe ser puesto fuera de duda, cual es que la prohibición de Solón se aplica siempre con rigor en la adopción testamentaria. En efecto; desde que un ciudadano tenía en sus hijos los legítimos continuadores de su persona y del culto, no había motivo para permitirle darse aún por testamento otro hijo adoptivo; la adopción no hubiera tenido fin, o al menos el fin que justificaba la existencia de esta institución en el derecho ático. ¿Es preciso ir más lejos y decir que un padre de familia es igualmente incapaz de disponer, a título universal, en favor de uno

---

<sup>(98)</sup> P. GUIRAUD, op. cit., pág. 259. Confrontar Boissonade, op. cit., pág. 156.

<sup>(99)</sup> V. gr.: el testamento de Conón. Confrontar: R. Dareste, op. citado.



de sus hijos o de un extraño cualquiera? Así se lo ha enseñado, no sin cierta vacilación, por otra parte <sup>(100)</sup>. El padre, se ha dicho, no tenía el derecho de despojar por testamento a sus hijos de su calidad de herederos. Ahora bien, esta calidad queda firme aunque el patrimonio sea disminuído por legados particulares, pero se encontraría atacada si el de cujus hubiese hecho una disposición a título universal. Esta solución nos parece, sin embargo, mucho más dudosa... Estaríamos, pues, dispuestos a admitir que el padre de familia podía, en Atenas, sin atacar el título de herederos de sus hijos, hacer un legado a título universal, siempre que no sobrepasara los límites de la cuota disponible..." <sup>(101)</sup>.

¿Pero cómo se produjo esta derogación a la ley expresa? Beauchet, apoyándose en Schulin, Hermann-Thalheim y Meier-Shoemann y Lipsius, opina que ella es el resultado de la obra jurisprudencial. ¿Mas cabe referir a los tribunales atenienses un poder de interpretación tan extenso, que crease mismo una ley contraria a la vigente?

Nosotros creemos, por el contrario, que en materia de

---

<sup>(100)</sup> Cita como sostenedores de esta opinión, a Caillemier y Boissonade. Este último expresa así su parecer: "La conciliación consistiría en entender la ley de Solón en un sentido menos absoluto que el que se le ha dado primeramente: no es toda disposición de última voluntad o a causa de muerte lo que habría sido prohibido al padre que tiene hijos varones; es solamente la institución de un *heredero*, de un *sucesor universal*; por el contrario, le habría sido permitido hacer donaciones testamentarias, *legados particulares*... La prohibición para el padre de instituir un heredero cuando tiene hijos varones se ha suavizado; así, aunque deje hijos en el momento de su muerte, si con posterioridad éstos mueren antes de la pubertad, el testamento paterno conserva su validez, aún sin que el padre haya adoptado una resolución a ese respecto; tal es la disposición de una ley de Solón citada por Demóstenes en *In Steph.* II, párrafo 24. (Boissonade, op. cit., págs. 51 y 52).

<sup>(101)</sup> L. BEAUCHET, op. cit., tomo III, pág. 678.



derecho privado se ignora aún textos legales de indudable trascendencia y, desgraciadamente, ello se produce en el caso de la sucesión testamentaria. Sólo existe un documento que induce a sospechar una ley derogatoria: es “La Constitución de Atenas”, de Aristóteles, durante mucho tiempo olvidada por los historiadores y que hoy, a través del texto recogido por Sir Frederic Kenyon, se conoce en forma casi completa y original.

Al tratar Aristóteles la dictadura de los Treinta, dice, con referencia a ellos: “Al principio eran moderados con los ciudadanos y fingían aplicar la constitución de los antepasados; quitaron del Areópago las leyes de Efialto y Arcestratos concnientes a los areopagitas, y aquellas leyes de Solón que provocaban discusiones, así como el poder de decisión soberana que tenían los jueces; pretendían enderezar así la constitución y substraerla a las discusiones. *Por ejemplo, en lo que concierne a las donaciones, hicieron a cada cual libre de donar a quien quisiere y quitaron las trabas puestas a este derecho: “excepto en estado de locura o senilidad o bajo la influencia de una mujer”, esto a fin de quitar todo medio de acción a los sicofantes. Y en lo demás obraban de igual suerte*” (102).

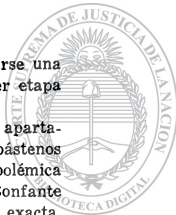
¿No es lícito, pues, deducir de las palabras transcritas, que bajo la dominación de los Treinta se derogó la ley soloniana? (103).

Sea o no exacta esta tesis, lo cierto es que los documentos que han logrado llegar hasta nosotros, demuestran el desuso en que habían caído las leyes de Solón y cómo era posible favorecer, mediante el testamento y respetando la cuota disponible o los principios de la apokeryxis, a personas extrañas.

---

(102) ARISTÓTELES: *Constitución de Atenas*, citado, pág. 38.

(103) P. BONFANTE: *Scritti Giuridici Varii. Famiglia e Successione*, citado, pág. 385.



9. — Cabe aún, dentro de este desarrollo, formularse una última pregunta: ¿el derecho griego alcanzó la postrer etapa que hemos señalado al derecho testamentario?

La materia misma de este estudio, justifica un apartamiento de todo análisis profundo sobre la cuestión; bástenos por ello recordar que ella fué el tema de una violenta polémica entre un erudito jurista y un historiador de fuste: Bonfante y De Sanctis. El primero, cuya opinión nos parece la exacta, sostiene que el testamento con institución de heredero ha sido creado por el derecho romano, y que la διαζηκη ática sólo es una donación por causa de muerte. “La sucesión testamentaria —dice— verdadera y propia, *romana*, no ha sido nunca conocida por los griegos. Una comparación orgánica no resumirá nunca aquellas disposiciones <sup>(104)</sup> bajo el concepto de la institución de heredero, que vale como decir el testamento romano, sino bajo el de las donaciones por causa de muerte o, cuando más, de los legados. Verdadero sucesor era entre los griegos, y permaneció en todo tiempo, el heredero legítimo y sólo éste... La διαζηκη ática hace posible el concurso de los herederos legítimos, es decir, no rige el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus*, etc.” <sup>(105)</sup>.

Pero, ¿hasta dónde tenemos derecho a opinar en la forma enfática y decidida de Bonfante? La legislación testamentaria griega se mantiene aún en una semioscuridad que confunde el juicio. Está todavía en pañales, no conoce el cerrado formulismo romano, duda entre el derecho familiar que protege la ley y la afirmación individual del paterfamilias prolongándose más allá de la vida física <sup>(106)</sup>, y se somete al arbitrio judicial. Falta también el jurista que dicte la regla y cree la doctrina.

<sup>(104)</sup> Se refiere a las que integraban los testamentos griegos.

<sup>(105)</sup> P. BONFANTE: op. cit., págs. 333 y 397.

<sup>(106)</sup> Véase Ettore Ciccotti: *La civiltà del mondo antico*. Istituto delle edizioni accademiche. Udine, 1935. Volumen II, pág. 21.



Y ante esta pobreza de fuentes, ¿cómo extrañar que autores de la talla de Guiraud no se planteen el problema, y digan, sin vacilación, que el causante podía *instituir heredero universal?* <sup>(107)</sup>.

Retengamos, pues, que el testamento romano representa, en la historia del derecho, un avance con respecto al griego, y que éste sólo era, conformes con Bonfante, o “una adopción por causa de muerte o una donación por causa de muerte” <sup>(108)</sup>. Este acto de última voluntad, así caracterizado y que da pie a Sumner Maine para calificarlo de simple comienzo de testamento, justifica que el mismo autor exprese: “No es cierto que el derecho de testar haya sido verdaderamente conocido en una sociedad primitiva que no sea la romana” <sup>(109)</sup>.

10. — El resultado de nuestro estudio ha sido aproximar-nos a la libre disposición de los bienes. Partiendo de una sociedad primitiva, organizada rígidamente sobre un núcleo único, hemos llegado a otra en la que el individuo hace pesar su arbitrio sobre los principios seculares, y dicta las leyes con tendencia a proteger exclusivamente sus intereses.

El primer tipo podríamos caracterizarlo con un elemento de creación jurídica, común a los pueblos antiguos: las ficciones. Ellas forzosamente deben privar en un grupo que no se ajusta, con exactitud, a la realidad del mundo exterior y, sobre todo, que basa su organización en dos o tres principios que respeta con verdadero fervor. En los marcos de nuestro tema, la adopción es el ejemplo más notable de las ficciones.

El segundo tipo, como muy bien lo hace notar Sumner Maine, se manifiesta en el reconocimiento de la voluntad in-

---

<sup>(107)</sup> P. GUIRAUD, op. cit., pág. 254.

<sup>(108)</sup> P. BONFANTE, op. cit., pág. 421.

---

<sup>(109)</sup> H. SUMNER MAINE, op. cit., pág. 186.





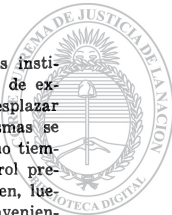
dividual, o sea, para emplear sus palabras, en *el contrato*. La evolución, pues, se mueve dentro de esos tipos; parte de la familia, de las ficciones, y llega al individuo, al contrato. *Se apoya en la adopción para arribar al testamento* <sup>(110)</sup>.

Pero —y obsérvese cuán maravilloso es ese progreso— la

<sup>(110)</sup> He aquí en qué términos se expresa Sumner Maine: "El movimiento de las sociedades progresivas ha sido uniforme bajo un aspecto. Durante toda su duración, ha sido notable por la disolución gradual de la dependencia de familia, que ha sido reemplazada poco a poco por las obligaciones individuales. El individuo se sustituye constantemente a la familia, como la unidad social de que se ocupa el derecho civil. El progreso ha sido más o menos rápido, y existen todavía sociedades en las cuales, aunque no sean enteramente estacionarias, no se puede advertir la decadencia de la antigua organización sino por medio de estudios pacientes. Pero cualquiera que haya sido la rapidez de la marcha del progreso, no ha sufrido jamás ni reacción ni retroceso, y los retardos aparentes que ha experimentado, han sido ocasionados por la absorción de ideas y costumbres antiguas venidas de una fuente extraña. No es difícil ver cuál es el lazo que reemplaza poco a poco a las formas de reciprocidad de derechos y deberes que tienen su origen en la familia: el contrato... La palabra *estado* (a) puede ser empleada útilmente en una fórmula destinada a expresar la ley del progreso que acabamos de indicar y que, cualquiera sea su valor, me parece suficientemente comprobada. Todas las formas de estado mencionadas en el derecho de las personas (b) vienen de los poderes y privilegios que poseía antiguamente la familia, y que son aún invocados algunas veces. Si, pues, nosotros empleamos la palabra estado como los mejores escritores en el sentido sólo de estas condiciones personales, y no la aplicamos a las condiciones que son de cerca o de lejos el resultado de una convención, podemos decir que el movimiento de las sociedades progresivas ha consistido hasta el presente *en pasar del estado al contrato*" (op. cit., págs. 160 y siguientes).

(a) Emplea este término con la acepción: capacidad y poderes del individuo.

(b) Esclavitud, mujer *in manu*, hijo bajo potestad, etc., son los ejemplos que da en otro lugar.



sociedad realiza sus conquistas sin desprenderse de las instituciones añejas, talvez porque quiere conservar lo que de excelente tuvieron. Las nuevas creaciones no implican desplazar violentamente a las antiguas, como tampoco ellas mismas se imponen de golpe. Unas y otras coexisten durante mucho tiempo y, por ello, se trata sólo de una sustitución en el rol preponderante de cada una. Las instituciones antiguas caen, luego, si son artificiales; subsisten y se transforman convenientemente si responden a necesidades reales.

En consecuencia, no debe extrañarnos, al fin del progreso que hemos marcado, hallar coexistiendo en la última época del derecho antiguo, a los principios familiares e individuales, a la adopción y al testamento, a la propiedad privada y la colectiva.

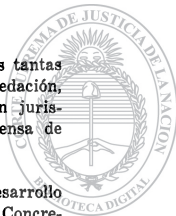
Morgan marca esta evolución, desde el salvajismo hasta el estadio superior de la barbarie, por tres reglas de la herencia que enuncia sucesivamente así: a) La sucesión se defiere a los gentiles; b) La sucesión se defiere a los parientes agnaticios; c) La sucesión se defiere a los hijos del causante.

Estas tres reglas resumen el progreso del grupo primitivo que, desde la amplitud de la gens, llega hasta la relación estrecha entre el padre y los hijos.

Así se debilita el vínculo familiar y reverdece la libertad humana. Pero, si los pueblos antiguos no constituyen por sí solos una civilización cumplida, sino la primera etapa de la que estamos viviendo, no nos extrañemos de que, en la época final de su historia, se encuentre aún por consolidarse el derecho del individuo.

A la terminación del ciclo evolutivo, que con referencia especial a Grecia hemos estudiado, las instituciones del derecho civil están aún impregnadas de resabios ancestrales, expresiones imborrables del derecho familiar. Ahora que entramos en el tema mismo de nuestra investigación, cabe señalar

la coexistencia de tres institutos que representan otras tantas épocas del derecho; el testamento, clásico; la desheredación, primitiva; la cuota de reserva o legítima, construcción jurisprudencial elevada en los últimos tiempos, como defensa de los mejores principios del derecho familiar.



11.— *La desheredación.* — Hemos visto qué desarrollo alcanzó el testamento, antes de la conquista romana. Concretamos ahora en qué consistió la desheredación primitiva <sup>(111)</sup>.

La legislación de Manú establece, en varios párrafos, en qué casos el hijo pierde sus derechos a la herencia paterna:

“El hijo mayor o el menor de varios hermanos pierde su parte *si abraza la vida de devoto ascético*, en cuyo caso entran en su lugar su mujer e hijos, o el padre y la madre, y en su defecto, los otros hermanos” <sup>(112)</sup>.

“Un hermano mayor que por avaricia perjudica a sus hermanos menores, está privado del honor ligado a la primogenitura, *así como de su propia parte*, y debe ser castigado por el rey con una multa” <sup>(113)</sup>.

“Todos los hermanos que se dan a algún vicio, *pierden sus derechos a la herencia*, y el mayor no debe apropiarse toda la fortuna, sin dar nada a sus hermanos menores” <sup>(114)</sup>.

Estos tres textos implican en sí, no una desheredación dispuesta por el causante, sino una caducidad en los derechos del heredero, establecida *ex lege*.

Se permitía igualmente una especie de emancipación, con respecto al hijo que, apto para el trabajo, prefería vivir en la

---

<sup>(111)</sup> En esta expresión entendemos también los casos de exclusión de herencia.

<sup>(112)</sup> Manú, libro IX, versículos 211 y 212.

<sup>(113)</sup> Idem, versículo 213.

<sup>(114)</sup> Idem, versículo 214.

indolencia; pero, en este caso, se le favorecía con una módica donación.

En el mismo sentido, el Código de Hammurabí facultaba al padre, en caso de delito grave cometido por el hijo, para que le “arrancase” la filiación. Y aun en otras leyes se encuentran disposiciones que en nada respetan los derechos del hijo, y de que ya hemos hablado en otro lugar. En cuanto a los hijos adoptivos, el Código de Hammurabí reservaba, en tal situación, una legítima; en efecto, el párrafo 191 establece: “Si un hombre que ha tomado un niño en adopción y le ha educado, funda una familia y después tiene hijos, y si se decide a rechazar (*arrancar*) al adoptado, este niño no irá por su camino; el padre que le ha educado le dará un tercio de parte de hijo en sus bienes muebles, y entonces él se irá. Del campo, huerto y casa, no le dará nada”.

En la Biblia, aunque no cabía desheredar a los hijos —según recordamos antes—, el padre gozaba empero del derecho de matarlos o venderlos como esclavos <sup>(115)</sup>.

Llegamos así a Grecia. Es menester citar, en este pueblo, tres instituciones diferentes que tenían un fin idéntico en lo que a nuestro tema interesa: la *apokeryxis*, la *atimia* y la adopción.

12. — *Apokeryxis*. — Con tal nombre ha pasado a la historia una institución griega. que se asimila a la *abdication* romana, pero sobre la cual los datos que aun se posee son inseguros y de difícil interpretación.

Se define, generalmente, por el acto con el cual el padre excluye de la familia, a modo de sanción, a su hijo, abdica el poder que sobre él le conceden las leyes y costumbres y, por

---

<sup>(115)</sup> Biblia: Génesis, XXII, 2; Exodo, XXI, 7 y, sobre todo, Deuteronomio, XXI, 18, 19, 20, 21. Véase, asimismo lo que hemos expuesto sobre la lapidación de los hijos.





eso mismo, y consiguientemente, le deshereda <sup>(116)</sup>. El caso que se cita a menudo es el de Temístocles, recordado por Valerio Máximo, pero Plutarco lo ha desmentido, en forma expresa, en sus biografías <sup>(117)</sup>.

Luciano se ha ocupado, con cierto detenimiento, de la institución y, en especial, sus enseñanzas son las seguidas, ya que no se conoce, fuera de la expresada, ninguna otra aplicación cierta de un castigo que debió ser en extremo infamante. Existen, sin embargo, referencias que hacen suponer un uso más o menos permanente del remedio. Véase, por ejemplo, el rescripto de Diocleciano, que figura en el Código en los si-

---

<sup>(116)</sup> L. BEAUCHET, op. cit., tomo III, pág. 682, afirma, por el contrario, que en el derecho ático la *abdicatio* no es una desheredación expresa de los hijos. "La imposibilidad para el padre de familia —dice— de desheredar a sus hijos, subsistió aún mucho tiempo, porque los atenienses reprochaban todavía a Herodes Atticus, como cosa inhumana, haber desheredado a su hijo en provecho de extraños". Y considera que la *apokeryxis* resulta, en el derecho ateniense, algo así como una desheredación indirecta, ya que afirma: "Un ciudadano no tiene sino un medio para quitar a sus hijos todo derecho a su sucesión: consiste en romper, durante su vida, el lazo de familia mediante la *apokeryxis* que... hace en adelante al hijo extraño al culto y al patrimonio paterno".

<sup>(117)</sup> "Todas las demás relaciones —dice— que sobre esto algunos han inventado, como el haber sido desheredado por su padre, y el haberse dado su madre muerte voluntaria de pena de esta mala nota de su hijo, deben tenerse por falsas; antes hay quien, por el contrario, dice que queriendo el padre apartarle de mezclarse en los negocios públicos, le mostró en la orilla del mar las galeras viejas maltratadas y abandonadas, para darle a entender que del mismo modo se porta la muchedumbre con los hombres públicos cuando ve que ya no son de provecho" (Plutarco, op. cit., tomo I, pág. 231). Herodoto se hace eco de otra tradición, según la cual el padre de Pisistrato, Hipócrates, habría sido advertido por Chilón, de que nunca se casase con mujer que pudiese darle sucesión, y, si ya estuviese casado, se divorciara y *desconociese por hijo al que ya hubiese tenido* (Los nueve libros, IX, 59).

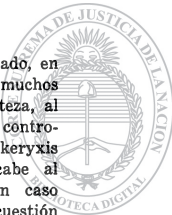


guientes términos: “Abdicatio quae graeco more ad alienandos liberos usurpabatur et αποκηρυξις dicebatur, romanis legibus non comprobatur” (L. 5, C. *De patr. potest.* VIII, 46).

Decía Luciano que el poder de abdicar a los hijos no era acordado a todos los padres, ni tantas veces como lo quisieran, ni respecto a todos los hijos, ni por cualquier causa, y que si el legislador había tolerado esta cólera en los padres, fué acordando concurrentemente a los hijos los medios para conjurar su injusticia. En efecto, según surge de Platón <sup>(118)</sup> y lo confirma Quintiliano, la apokeryxis no podía llevarse a cabo sin cierta solemnidad y la intervención de la familia; hasta sería posible decir que el hijo injustamente abdicado por su padre, tenía una especie de *querela inofficiosae abdicacionis*.

---

(<sup>118</sup>) Dice Platón (*Las Leyes*, citado, pág. 229): “Los padres tienen algunas veces con sus hijos y éstos con sus padres, contiendas que llegan a un punto donde no deberían llegar. En tales ocasiones, los padres se imaginan que el legislador debía permitirles declarar, si lo creían conveniente, por boca de un heraldo y en presencia de todo el mundo, que repudian a su hijo y que no lo reconocen ya por tal según la ley; y los hijos por su parte querrían que les fuera permitido acusar a su padre como demente ante el tribunal, cuando los males o la vejez le han reducido a un estado de impotencia... En ningún gobierno menos en el nuestro, el hijo repudiado por el padre pierde necesariamente la cualidad de ciudadano. Pero entre nosotros es una necesidad, vistas nuestras leyes, que tal hijo abandone su patria para ir a establecerse en otra parte, porque no debe formarse en nuestra república una familia más de las cinco mil cuarenta. Por esta razón el que se ve jurídicamente condenado a esta pena, es de necesidad que le rechacen no sólo su padre, sino toda su familia. He aquí la ley que deberá observarse en esta materia. Cualquiera que con razón o sin ella haya concebido el desgraciado propósito de separar de su familia el hijo que ha engendrado y educado, no podrá ejecutarlo inmediatamente y sin observar ninguna formalidad; sino que deberá ante todo reunir sus parientes hasta los primos, y todos los parientes del hijo por su madre hasta el último grado; expondrá en seguida en su presencia las razones que tiene



Por lo demás, la pobreza de las fuentes ha provocado, en el estudio de esta institución, el planteamiento de muchos problemas, cuyas soluciones no es posible dar con certeza, al menos por ahora. De un lado, se discute si cabía la controversia judicial, interpuesta por el hijo, sobre la apokeryxis sancionada por el padre. Por otro, se pregunta si cabe al progenitor el derecho de perdonar a su hijo y si, en caso afirmativo, puede abdicarlo por segunda vez. Otra cuestión reside en resolver si la apokeryxis sólo podía ser ejercida contra un hijo bajo potestad, o si contra un *sui juris* también <sup>(119)</sup>.

Pero, sobre todo, se ha criticado la autoridad de Luciano, con referencia a la institución, teniéndose en cuenta que el pasaje en que trata de ella, es un ejercicio puramente re-

---

para creer que merece el hijo ser excluido de la familia; y dejará igualmente a su hijo en libertad de hablar y de probar que no merece semejante tratamiento. Si las razones del padre se estiman más fuertes y tiene éste de su parte la mitad de los votos de toda la parentela, es decir, de todas las personas de edad madura, así hombres como mujeres, fuera del padre que acusa, de la madre y del acusado mismo, entonces se permitirá al padre renunciar a su hijo; de otra manera no podrá hacerlo". Del texto transcrito parece surgir que la ley no era muy aplicada en tiempos del filósofo-legislador y que, por las mejoras que él cree conveniente introducir, era bastante liberal para el padre y le permitía abdicar sin oír a sus parientes, con la sola reserva de que el acto fuese proclamado solemnemente ante el pueblo. Para Beauchet, la reforma de Platón importaba substituir el tribunal ordinario por un consejo de familia, conforme con el espíritu de su legislación ideal (op. cit., tomo II, pág. 136).

<sup>(119)</sup> Beauchet se pronuncia por la afirmativa, argumentando que la institución podía ser útil al padre, en el caso de mayoría, tanto para librarse del deber alimentario, como con el fin de desheredarle (op. cit., tomo II, pág. 133). Varios son los autores que se han detenido en el análisis de estas cuestiones, y a ellos nos remitimos para un más completo estudio de la apokeryxis.



tórico. “Sin embargo, dice Boissonade, no es de suponer que este discurso haya sido construido sobre una hipótesis legalmente imposible; no se podría tampoco considerar como de pura invención las causas de *abdication* mencionadas por Luciano en el mismo discurso: este sistema le habría privado de todo interés. Lo que se podrá alegar con mayor razón, para declinar la autoridad de Luciano, es que este autor está lejos de la época en que las leyes que nos ocupan se aplicaban” <sup>(120)</sup>.

13.—*Atimia*. — Caillemer <sup>(121)</sup> define la atimia (ατιμία) como la privación, sea del goce o del ejercicio, en todo o en parte, de los derechos correspondientes a la calidad de ciudadano de Atenas, derechos cuya reunión constituía la επιτιμία.

Sanción de carácter político, contrariamente a la apokeryxis que lo era de derecho familiar, importaba, en caso de ser total, la pérdida de todos los derechos del ciudadano y, concurrentemente, ser relevado a una condición inferior a la del extranjero. Los bienes eran confiscados y, como consecuencia, no era posible al reo recoger la herencia que por la ley se le hubiese discernido.

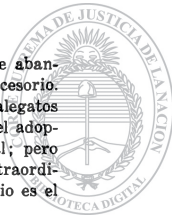
14. — *Adopción*. — Por último, existe otra forma de desplazar al heredero de sus derechos en el patrimonio familiar: es la adopción. Consistiendo en la pérdida para el adoptado, de la *anquistía* en la familia natural y en la adquisición de la misma *anquistía* en la adoptiva, es lógico concluir en el rompi-

---

<sup>(120)</sup> J. BOISSONADE, op. cit., pág. 45. Puede consultarse también la nota de P. Gide en *Darembert et Saglio*, citado, tomo I, 1<sup>ª</sup> parte, pág. 310, v<sup>o</sup>: apokeryxis.

<sup>(121)</sup> *Darembert et Saglio*, I, 1<sup>ª</sup> parte, pág. 521, v<sup>o</sup>: atimia.





miento de todo vínculo con el patrimonio del grupo que abandonó y, en consecuencia, en la privación del derecho sucesorio. La afirmación no está exenta de dudas, porque dos alegatos de Demóstenes abordan casos en que se pretendía, por el adoptado, la sucesión del adoptante y la del padre natural; pero se admite generalmente que ésas eran situaciones extraordinarias y contrarias a la ley, y que el verdadero principio es el que queda expuesto.

15. — *La cuota de libre disposición.* — ¿Cabe hablar de una legítima en las legislaciones de Oriente y Grecia, o es ella una creación característica de Roma?

Si se aborda la ley escrita, preciso es reconocer que sólo en el Imperio se fijó la cuota a la que debían limitarse los testadores. En ningún otro estado de la antigüedad hallamos textos semejantes a los romanos. Pero se habla de restricciones impuestas, en Grecia, por los tribunales, a la facultad dispositiva de los individuos, y así, por otra parte, surge de diversos alegatos de la época clásica.

El espíritu de la legislación soloniana, siguiendo lo que ha sido el matiz característico de Grecia, consistió en delegar en los tribunales un amplio poder de apreciación, para los casos particulares. Parece que en la materia que nos ocupa, también fué ése el criterio del legislador; luego los jueces se ajustaron a normas consuetudinarias, que se fijaron con igual fuerza que la ley, v. gr.: tuvieron en cuenta la fortuna del causante, el número de hijos, el monto y carácter de los legados, etc., etc.

En fin, cabe anotar que en la legislación cretense (ley de Gortyna), el adelanto jurídico es más notable, pues ella permite al padre de familia disminuir la parte hereditaria de sus legítimos hijos, mediante la adopción de otro; pero éste no puede obtener en la sucesión paterna más que una parte de hija, o sea la mitad de la que reciben los hijos legítimos. Por

otra parte, la misma ley fija en doce estateras el máximo de la cuota de libre disposición entre esposos, y en cien el de la cuota a favor de extraños <sup>(122)</sup>.



---

<sup>(122)</sup> Véase: R. Dareste, B. Haussoullier y Th. Reinach: *Recueil des Inscriptions juridiques grecques*. Paris, 1898 Ernest Lérout, editor. Tomo I. — D. Comparetti: *Le leggi di Gortyna e le altre iscrizioni arcaiche Cretesi*. Monumenti Antichi. Milán, 1893, págs. 93 y siguientes. Ed. Hoepli.



## SEGUNDA PARTE

### ROMA





## LOS ORIGENES. — EL TESTAMENTO

1. — Decía el prudente romano: *Uti legassit paterfamilias ita jus esto*.

La fórmula clásica, símbolo de absoluta discrecionalidad en el manejo del patrimonio, constituye en el conjunto de las legislaciones antiguas, una nota singularísima, una amplia brecha abierta al colectivismo ya en un momento primario de la historia.

Tan característico rasgo no pudo escapar a la teorización de juristas e historiadores, porque, ora se adoptase una u otra doctrina, Roma aparece en él como habiendo sufrido una rápida evolución en el derecho o, por el contrario, como asentando su organismo social sobre bases jurídicas completamente extraviadas de las que predominaban en otros pueblos.

No deja, en efecto, de incitar a la reflexión que, en el análisis de las legislaciones antiguas, se halle en la primera época una absoluta indisponibilidad del patrimonio —sobre todo del que provenía, en el tiempo, de las generaciones—, motivada por una estructura social ignorante del individuo y que reposaba en grupos políticos de obscura formación; mientras que en Roma, desde los umbrales de la edad histórica, la propiedad sigue los dictados de un solo hombre, que procede con



los atributos de un soberano, sin parar mientes en otros individuos, a quienes sería lógico atribuir también un derecho sobre las mismas cosas.

En Oriente y Grecia, la voluntad del patriarca es sólo la de un simple administrador, que cumple rigurosamente el culto familiar —del que es sacerdote— y cultiva el huerto común para satisfacer las necesidades de sus allegados. El destino del grupo y sus atributos (tal la propiedad) están marcados por las leyes inexorables de la costumbre, y fuerza es que a ellas se someta el traspaso de sus derechos más allá de la muerte. Unicamente por excepción cabe privar al hijo del gobierno de la gens; el testamento no se concibe en una edad primera y, cuando aparece, tan sólo busca y es la adopción de un heredero por ausencia del que debía designar la naturaleza.

Roma, a pesar de basarse sobre una organización social semejante, presenta en vez el desorientador espectáculo de brindar al paterfamilias el derecho absoluto de elegir a su heredero y depositario del poder sobre la gens, posponiendo sin motivo alguno al que, en razón del vínculo gentilicio o de sangre, debiera continuar su persona y ejercer la potestad en el grupo.

El testamento es allí un instituto antiquísimo, que remonta a los orígenes de la época conocida y marca con un sello especial al derecho sucesorio de los romanos. Por ello, numerosos son los autores que afirman la anterioridad histórica de la herencia testamentaria sobre la ab intestato, aserto que fundamentan, por otra parte, en la famosa máxima de Ulpiano: "Si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto; si agnatus nec escit gentiles familiam habento" <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Decimos en otro lugar que, a nuestro parecer esas opiniones implican una grave excepción a los principios de una lógica pura.





2. — El problema histórico, pues, de impostergradable enfoque, debe plantearse en los siguientes términos: dado un organismo social que se asienta sobre el predominio de la familia —como en todos los pueblos antiguos—, ¿es posible reunir a Roma con las legislaciones sus contemporáneas, suponiendo que las Doce Tablas expresan una madurez sorprendente con respecto a la costumbre primitiva?; ¿o, por el contrario, frente al mismo texto y a las remotísimas referencias al testamento, cabe concluir en la originalidad de la ley romana?

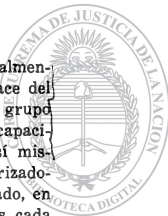
Las tres categorías jurídicas que hemos abordado en la primera parte de esta tesis —familia, propiedad, sucesión— exigen, para la solución de esos interrogantes, ser extendidas al derecho romano. No es posible desconocer que su análisis nos lleva, indefectiblemente, a la prehistoria de las civilizaciones, donde la ausencia de documentos causa hipótesis sin verificación definitiva. Pero, a través de las huellas que se encuentra en las opiniones de los prudentes y en los resabios de las leyes, se recoge elementos de indudable fuerza para reconstruir algunos principios fundamentales.

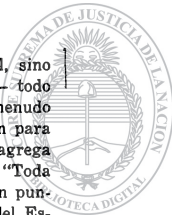
Aun hoy es tan oscuro el tema de la anterioridad histórica de la familia o el Estado, que, con numerosos argumentos, se ha podido defender una u otra tesis y oponerse a su refutación.

Meyer, cuya doctrina se puede consultar en *Introducción al estudio de las sociedades antiguas (evolución de los agrupamientos humanos)*, es el campeón de la teoría según la cual el Estado es anterior a todo otro grupo. “Debemos —dice— considerar a la sociedad política, en un sentido no sólo conceptual sino aún histórico, como la forma primaria de la comunidad humana, hasta como el agrupamiento social correspondiente al rebaño animal y de un origen más antiguo que el género humano mismo, cuya evolución no se ha hecho posible



*sino en él y por él.* Esta concepción del Estado es esencialmente idéntica a la famosa definición de Aristóteles, que hace del hombre un ser naturalmente político y del Estado el grupo social que abraza a todos los otros y los sobrepasa en capacidad, el que, a diferencia de ellos, puede existir por sí mismo. Injustificadas son las objeciones de muchos teorizadores modernos, que reposan sobre el hecho de que el Estado, en el curso de la evolución histórica, ha revestido aspectos cada vez más complicados, como el hombre y la vida humana en general; de tal manera que les repugna aplicar ese nombre a formas primitivas. Así, Ratzel ha puesto en primer plano, en el concepto de Estado, el factor territorial, y exigido que no se hablase de Estado sino cuando se encuentre en presencia de un territorio, organizado de una manera unitaria. Ahora bien; las relaciones con el suelo no son imprescindibles al hombre: aun tribus que no han llegado a ser sedentarias, que habitan con su ganado territorios enteramente diversos según la época del año, o que se contentan con explotarlos como cazadores, consideran sin embargo a este territorio, con sus pastos, sus terrenos de caza y sus fuentes, como su propiedad, y buscan excluir de ellos a toda tribu extranjera; no se puede, empero, afirmar que estén atadas al suelo. Por otra parte, la posesión de un territorio netamente delimitado no constituye, en manera alguna, un elemento integrante del concepto de Estado; por el contrario, podemos perfectamente representarnos un Estado, aún en pleno desarrollo, que sin abandonar su individualidad se separe enteramente del suelo, como lo hicieron los atenienses en 480, como proyectaron hacerlo los espartanos en 366 y los holandeses en 1672. Recíprocamente, todos los elementos que en verdad determinan el concepto de Estado —unidad de voluntad, ejecución de las reglas jurídicas, organización militar y política, y, ante todo, la conciencia en la eternidad del grupo, cuya persistencia no depende de la voluntad de los





subgrupos y de los individuos que forman parte de él, sino que los fuerza por el contrario a someterse a la suya— todo ello se encuentra en las tribus nómades y cazadoras, a menudo aún bajo formas muy desarrolladas; no hay, pues, razón para evitar aquí el término Estado o sociedad política”. Y agrega —lo que es fundamental para nuestras deducciones—: “Toda tentativa para determinar en la evolución del derecho un punto, a partir del cual se pueda comprobar la existencia del Estado, es arbitraria y prácticamente imposible. Es evidente que no se trataría aquí de un derecho fijado por escrito; pero, sin una organización jurídica, es decir, sin una reglamentación, universalmente reconocida y admitida como inviolable, de su forma exterior, de sus derechos y de su situación respecto de los individuos, el grupo tribal más primitivo no es concebible; porque sin esta organización no sería más que una reunión efímera de individuos independientes. Es todavía esa organización jurídica del Estado la que constituye la base de la reglamentación, aún la más primitiva, de la vida sexual. Las prescripciones jurídicas particulares pueden, a menudo, no vivir sino de una manera latente en la conciencia del grupo; llegan a la conciencia clara y se formulan firmemente, desde que han sido puestas en juego por la negación de un individuo o por transgresiones exteriores al grupo. Es completamente imposible definir al Estado según el número de individuos que comprende. Porque aun el más pequeño grupo autónomo, por ejemplo una ciudad de algunas centenas de habitantes, que forma una *polis* independiente, es un Estado, mientras que existen muchos grupos de una amplia extensión, que sin embargo no son Estados, sino solamente subdivisiones de Estados”.

Más adelante expresa: *Cuando nos encontramos, en los tiempos históricos, con las mismas phylai repartidas en varias ciudades, los mismos clanes totémicos sobre varias tribus, ello sólo es una prueba de que estos grupos han formado, en una*

*época anterior, una unidad política, que se ha resuelto en varios grupos políticos independientes...* (2).

Bonfante resume, en fin, la opinión de Meyer en estas tres conclusiones: 1º) El Estado, sea aún bajo la forma de la horda—que merece el nombre de Estado— es el organismo primitivo, nacido con el hombre. La familia, la gente, se ha formado dentro del Estado y por obra del Estado; 2º) La humanidad antigua nos presenta una multiplicidad de grupos y de relaciones sociales, que se superponen, se entrelazan, se entrecruzan. De ellos, uno sólo merece el nombre de Estado; los otros se consideran como subdivisiones de él y deben regularmente su origen a la escisión de grupos mayores, al resquebrajamiento de los estados preexistentes; 3º) No existe ninguna antítesis esencial entre la sociedad primitiva y la posterior, ninguna influencia esencial del territorio sobre el concepto de Estado (3).

Bonfante, por el contrario, resume su tesis sobre los agrupamientos primitivos, en estos tres principios:

1. — La organización política es originaria en la humanidad. La primera organización social es, regularmente al menos, la horda, no ya un grupo que se pueda comparar con la familia. Pero la organización familiar y gentilicia ha precedido a la ciudad y a las organizaciones estatales superiores;

2. — La sociedad primitiva desarrolla sucesivamente una multiplicidad de grupos sociales, los unos superpuestos a los otros; los tipos singulares se constituyen ya sea por la agre-

---

(2) EDUARDO MEYER: *Histoire de l'antiquité* (Evolución de los agrupamientos humanos). Traducción francesa de Maxime David. París, 1912. Librairie Paul Geuthner, Págs. 10 a 13.

(3) PIETRO BONFANTE: *Scritti Giuridici Varii, I: Famiglia e successione*. Torino, 1926. Unione Tipografico-editrice Torinese. Pág. 27.



gación de los menores, ya sea por la disgregación de los mayores, según las vicisitudes y las fases de la historia;

3. — No existe ninguna antítesis esencial entre la sociedad primitiva, basada en el vínculo de sangre, y una sociedad civil basada sobre el vínculo político-territorial, pero la gente, la familia, son, por su estructura y por su finalidad, organismos políticos. Una diferencia de orden secundario hay todavía entre la sociedad primitiva y la sociedad civil, y es que esa multiplicidad de organismos políticos, más o menos autónomos, de la sociedad primitiva tiende a desaparecer de la sociedad avanzada, disgregándose muchas series de grupos o alterándose en la función o convirtiéndose en órganos políticos de un organismo superior (\*).

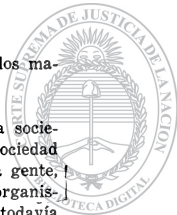
Adelantémonos a expresar que hoy día la opinión de Bonfante, que cabe considerar como un desarrollo perfeccionado de la teoría de Sumner Maine, goza de general preferencia entre los sociólogos. No ocultamos que nos parece la que mejor conculga con los datos proporcionados por la etnología y, aún, por los más recientes estudios antropológicos, a partir de Morgan y su divulgador, Engels.

En realidad, la investigación histórica no progresa con la solución del problema planteado en los anteriores párrafos. Sea cual fuere la tesis que prive (Meyer o Bonfante), ello no podrá influir sobre la verdad de una comprobación histórica: la existencia de agrupamientos primitivos, con caracteres o no de sociedad política, anteriores a la formación de los grandes Estados conocidos en la antigüedad (aunque fuera exacto que provienen de la desmembración de otros).

Si nuestro estudio aborda las civilizaciones de la edad antigua, en cuanto hayan conocido el instituto o formas em-

---

(\*) P. BONFANTE, op. cit., pág. 31.





brionarias de la legítima, es indudable que no puede ir hasta las raíces sociológicas más oscuras y derivarse en teorizaciones sobre las primeras formas de los conglomerados sociales.

Comprobada la exactitud histórica de los grupos primitivos, preciso es determinar si las reglas que, en el curso de los siglos, adquirirán la certeza y vigencia de normas jurídicas, encuentran su fuente en esa primera regulación de la vida social, o si son creaciones ideadas, sin otra base, en la mente del legislador.

Así como en las ciudades griegas hemos visto vivir, aunque latente, la organización familiar de los tiempos protohistóricos, así es necesario indagar si las reminiscencias clásicas de los romanos, sobre una época en que la gens y la familia constituían las células substanciales, nos muestran la existencia de una propiedad colectiva, concurrentemente con el olvido y anulación del individuo.

Pero en este segundo capítulo cabe tener presente, a cada momento, una institución antiquísima, de indeterminado origen en el derecho latino y que parece haber surgido, como Minerva, vestida con todas sus armas, del pueblo romano: el testamento <sup>(\*)</sup>.

---

(\*) Sobre la originalidad del testamento romano, se ha producido —como se sabe— la conocida y violenta polémica entre De Sanctis y Bonfante. Este, en un artículo publicado en la *Rivista di Storia Antica* y en varias conferencias —algunos de estos ensayos integran el tomo I de los *Scritti Giuridici Verii*— ha sostenido que el testamento es una institución originaria del pensamiento latino, mientras que su gran oponente, en especial en la *Storia dei Romani*, defiende la tesis según la cual Grecia es la antecesora de Roma en la invención de ese acto. Partiendo de esa base, se ha visto el eminente historiador en la precisión de negar la anterioridad de la sucesión testamentaria romana (véase pág. 74 de la obra citada, tomo II). Anotamos, por otra parte, que en un artículo publicado en la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* ("Anciens testaments égyptiens"), año 22, pág. 301, París,



3. — Páginas más arriba hemos expresado que la disposición de los bienes por un acto de voluntad individual, es contraria, en los comienzos, a la lógica pura. Y repetimos que lo es si, en efecto, la propiedad en Roma fué, como en Grecia, colectiva y familiar en los comienzos, para fijarse luego en manos de un individuo como consecuencia de una usurpación; si, añadimos, es exacto que, también como en Grecia, el hombre no contó para nada en la sociedad y sólo hubo uno, en cada grupo, que como símbolo de éste (\*), administró los bienes comunes. Partiendo de estas premisas, podremos llegar a explicarnos por qué, en la legislación de las XII Tablas, la gens aparece recogiendo una herencia a falta de los *sui* y del agnado más próximo.

El testamento, característico acto de voluntad individual, y la devolución sucesoria a favor de la gens, son dos principios que entre sí se chocan y no pueden, en manera alguna, concordarse. Uno es producto del individualismo; la otra, consecuencia necesaria del colectivismo.

¿Cómo, entonces, admitir su coexistencia? No queda otro recurso al intérprete que, o suponer a una y otra regla de aplicación sucesiva en el tiempo, o impugnar la exactitud del texto legislativo, lo que importaría evidente error.

Si el testamento es una florecencia ulterior del derecho —lo contrario no es admisible, frente a la realidad histórica que nos presenta como ya decadente a la gens, en los últimos años de la monarquía y demuestra, en vez, el progreso del

---

1898, Máspero emplea el vocablo testamento para referirse a disposiciones de última voluntad de 3200 a 2700 A. C.

(\*) HENRY LÉVY-BRUHL hace uso de una frase feliz: "El pater-familias —dice— no es otra cosa que la expresión personificada del grupo familiar" (Véase: *La fonction du très ancien testament romain*, artículo publicado en la *Nouvelle Revue historique de droit française et étranger*, tomo XLV, año 1921, pág. 640).



acto mortis causa—, nada impide ya, conociendo cómo la civilización avanza no en una línea uniforme sino entre despojos de tiempos muy pretéritos, comprender por qué, aún en los primeros siglos de Roma, el testamento es un acto generalizado y la sucesión se funda sobre una absoluta libertad dispositiva.

La gens, en efecto, no era un heredero común, a la manera como se entiende la vocación sucesoria en nuestros tiempos. Dubois, en un meritorio artículo que ya hemos citado, expresa que la diferencia entre la gens y los demás herederos, consiste en que, mientras el derecho de estos últimos es individual, el de aquélla es colectivo, del grupo en masa, y no de cada uno de sus componentes. En ausencia de toda otra posible explicación, la gens vendría a la herencia no por un verdadero derecho sucesorio sino, más bien, por un resabio de los tiempos en que no existía, propiamente hablando, transmisión de los bienes por causa de muerte, significando así una de las huellas más notables de la antigua copropiedad de la familia. Dubois cree que esta vocación hereditaria de la gens sería, precisamente, una nota transitoria en el pasaje de la propiedad colectiva a la individual. ¿Es verosímil —se pregunta— que la vocación hereditaria individual haya sido admitida bruscamente? En la evolución jurídica, como en otra evolución ¿no son necesarias las transiciones? “Ha debido existir —se contesta— durante un período más o menos amplio, *algo* del derecho anterior; este algo me parece haber sido *la sucesión colectiva de la gens*” (¹).

(¹) E. DUBOIS, op. cit., pág. 138. — Como bien lo hace notar L. Michon (*La succession ab-intestat d'après les XII tables*, en *Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger*, tomo XLV, año 1921, págs. 119 y siguientes), “los *sui heredes* y los *gentiles* han sido, sobre todo en los tiempos primitivos, más bien comunistas virtuales que entraban en la posesión de su derecho efectivo por una especie de acre-



4. — La lógica del proceso histórico lleva a cumular con esa pretendida función de enlace de la gens como heredera. Pero, ¿no es posible también, por el mismo razonamiento y con la misma lógica, asignar igual papel al testamento? Así lo consideramos y en ello nos parece estar asistidos por el pensar de tan eminente romanista como Bonfante.

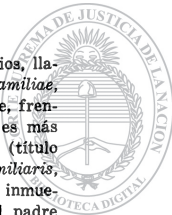
Cabría inferir que en las XII Tablas, al menos en lo que se refiere al derecho sucesorio, se hubiera producido la conjunción de dos modos de convivencia: la que tiene como fundamento al grupo y la que gira alrededor del individuo.

En efecto; innumerables textos nos informan sobre la primitiva organización familiar y patriarcal de los romanos. Cuando en el siglo X antes de Cristo —o quizás después— los colonos de Alba se fijaron en la cima del monte Palatino, des-

---

cimiento, que sucesores...". Los *sui heredes*, copropietarios de la familia aún en vida de su pater, se suceden, en cierta manera, a sí mismos; para ellos hay más bien una *continuatio dominii* que una sucesión. Para la gens no hay tampoco verdadera sucesión, sino, por un motivo histórico más lejano, un derecho eminente, del que se conservan aún algunos vestigios. Este derecho eminente, olvidado y perdido desde el fin de la República, aparece más poderoso a medida que uno se remonta en el tiempo, y debía ser muy enérgico en la época de las XII Tablas (págs. 120-121). Por su parte, J. Declareuil (*Rome et l'organisation du droit*, París, 1924. Col: *L'évolution de l'humanité*, XIX) expresa que el derecho de los hijos resultaba de la copropiedad preexistente sobre los bienes (*morte patris continuatur dominium*) (pág. 307). Y Girard (*Manuel élémentaire de droit romain*, 8ª edición, París, 1929, pág. 904) sostiene que el heredero suyo no adquiere propiamente, a la muerte del padre, su herencia, sino que más bien continúa, con poderes más extensos, una propiedad que ya le correspondía en vida de aquél sobre el patrimonio común. Confrontar asimismo: Emilio Costa, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustinianee*, 2ª edición, Torino, 1925, Fratelli Bocca —editori—, pág. 517; Gaston May, *Éléments de droit romain*, 18ª edición, Recueil Sirey, París, 1936, pág. 570; H. Lévy-Bruhl, op. cit., pág. 640.





conocían la ciudad y sólo se agrupaban en aldeas-refugios, llamadas *oppida*. Roma estaba entonces constituida por *familiae*, grupos de personas sujetas a la potestad de un jefe que, frente a los demás, las representa; *herus* (esta expresión es más usada por los servidores, clientes y libertos) o *pater* (título que le dan los hijos), ese jefe es el amo de la *res familiaris*, *domestica*, *privata*, y, principalmente, del *heredium* o inmueble hereditario que ha recibido de sus antecesores. El padre de familia debe conservar esos bienes dentro del grupo, no enajenarlos sino por medio de formas rigurosas, porque sobre ellos existía una especie de copropiedad <sup>(8)</sup> que ha dejado innumerables huellas en la historia (vese un ejemplo en la interdicción ignominiosa del pródigo que disipaba sus bienes paternos <sup>(9)</sup>).

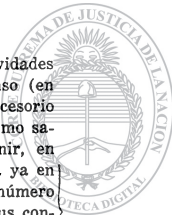
Esas familias estaban ligadas entre sí, formando a su vez gentes; éstas, curias y las curias, tribus. Por encima de estos últimos agrupamientos, estaba el pueblo romano.

En realidad, en la época de fundación de Roma, el grupo predominante era la *gens* <sup>(10)</sup>, de manera que cabe decir que

<sup>(8)</sup> Véase: Alphonse Rivier: *Précis du droit de famille romain*, Paris, 1891, Arthur Rousseau —editeur—, págs. 11 y 12.

<sup>(9)</sup> "La casa romana, dice Rivier (op. cit., pág. 16), es una monarquía absoluta, al mismo tiempo que un asilo inviolable y respetado, santuario de la paz doméstica. Sólo el padre reina allí. Sólo él la representa en el exterior; tanto frente al Estado como ante los dioses, manifiesta su voluntad y asume su responsabilidad. Es el sacerdote y el sacrificador, el magistrado y el juez. El estado se detiene en el umbral de la casa; lo que pasa en el interior no le concierne ya: corresponde al padre de familia o a la *gens*". Confrontar: Jules Cauvet, *De l'organisation de la famille chez les romains avant la Loi des Douze Tables*, en *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 16, págs. 241 y siguientes.

<sup>(10)</sup> Cicerón nos ha conservado el concepto de M. Scaevola sobre la *gens*: "Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingeunis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum majorum



la ciudad se formó por la agregación de esas colectividades preexistentes <sup>(11)</sup>. Con un territorio más o menos extenso (en los primeros siglos de la República era todavía un accesorio indispensable), dueña de un culto del que el *pater* es sumo sacerdote, organizada políticamente, de manera a reunir, en embrión, los poderes de un Estado absoluto, la gens era ya en el nacimiento de Roma un núcleo complejo, tanto por el número de los individuos que la integraban y la diversidad de sus condiciones, como por los conceptos religiosos, económicos y jurídicos que la regían.

Epoca aun en que se comenzaba a salir del nomadismo, la sociedad era agraria; la gens, dueña colectivamente de los *agri gentilicii*, comenzaba ya a lotearlos entre las familias que, por natural evolución, ibanse separando del hogar común, para formar nuevas casas bajo la jurisdicción del grupo mayor.

El período que se extiende desde la fundación de Roma, con su régimen fundamental de gentes, hasta la sanción de la Ley de las XII Tablas, es de desintegración para formar las familias y vigorizar al individuo. Cuando se llega al fin, tanto se ha separado ya la familia de la gens, que la jurisdicción de ésta sólo se advierte en casos muy especiales. Uno de ellos, en efecto, es el de venir como sucesora a recoger los bienes del que ha muerto sin *sui heredes*.

Como hemos dicho antes, no era ése un caso de vocación

---

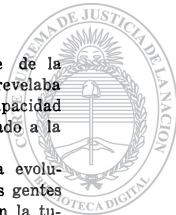
nemo servitutem servivit. Ab est etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti. Hoc, fortasse satis est". Véase, asimismo, J. Declareuil, op. cit., cuya lectura es de indudable provecho para el estudio del derecho romano.

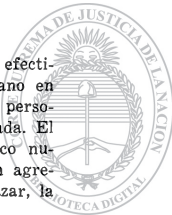
(11) Puede consultarse, con evidente interés, la erudita obra de B. G. Niebuhr: *Histoire romaine* (traducida al francés por P. A. de Golbéry, Bruxelles, 1830, editores: Louis Hauman et Cie.) Asimismo, el brillante libro de Sumner Maine (op. cit.), es de imprescindible lectura.

hereditaria. En realidad, traducía el derecho latente de la gens, mantenido en la conciencia del pueblo, y que se revelaba cuando, en caso de extinción de una *domus* o de incapacidad de su jefe, venía a reclamar nuevamente el lote asignado a la familia <sup>(12)</sup>.

Véase cómo describe Declareuil los pasos de esa evolución: "El ejercicio de la soberanía sobre los *pagi* de las gentes cambió de forma. El día en que las *domus* repudieron la tutela territorial de la gens, el Estado debió aplicar sus poderes de policía y reclamar los cargos inmobiliarios, sin intermediarios, a los detentadores del suelo. Para él, la gens cesó de existir. No producía efectos sino en las relaciones puramente personales. De allí una doble consecuencia. Primero, en derecho público, la creación, más o menos rápida, de diecisiete tribus rústicas, de las cuales dieciséis llevaron nombres de gentes, testimoniando así que correspondían a antiguos territorios gentilicios. Hasta entonces los individuos no habían sido alcanzados y clasificados por el Estado más que sobre el suelo de la *urbs*; era que, más allá de la ciudad, la gens se interponía. En adelante, la administración de la ciudad extendió su acción al *ager romanus* entero, y no hubo ya utilidad urgente en tener un domicilio en la ciudad... La naturaleza y la forma de los derechos dependen del medio social. Adaptadas, en el origen de Roma, al grupo gentilicio, ellas lo fueron en seguida al más restringido y dependiente de la *domus*. Luego las cosas, como las personas, recibieron del tiempo una especie de autonomía, de individualización más acentuada. Los derechos sobre ellas se precisaron y también se diversificaron. Encarados abstractamente en sus caracteres y efectos, inde-

(12) Así, L. Michon, en el artículo ya citado, expresa que el derecho de sucesión de la gens, cuando faltan herederos próximos, es en el fondo un *derecho de retorno* (pág. 121); y, más adelante, lo califica como una especie de "desherence" en provecho del clan (pág. 128).





pendientemente de sus beneficiarios, se volvieron más efectivos, su movilidad se acrecentó; pudieron pasar de mano en mano, acumularse sobre la misma cosa en provecho de personas diversas, agruparse de manera artificial o arriesgada. El patrimonio, compuesto antiguamente de elementos poco numerosos, en todas partes idénticos, terminó por ser un agregado de derechos muy diferenciados, reunidos por el azar, la actividad o el gusto del dueño" (13).

Esta evolución, que lleva de la vida patriarcal y primitiva, de la propiedad inenajenable y común, al dominio individual y a la vida ciudadana, fué el movimiento propio de la civilización y la cultura. A cada avance, a cada conquista, el Estado romano se robustece, absorbe las facultades que, en el comienzo, estaban disgregadas en los diversos grupos autónomos, destruye las costumbres y crea un nuevo tipo de derecho concorde con las nuevas ideas y necesidades. El Estado romano, obsérvese, era por lo demás, el mejor campo de experiencia, no sólo para realizar ese progreso sino también, principalmente, para reflejar en sus leyes los dos tipos de civilizaciones que constituyen los polos de su desarrollo: la familiar y la individual. En efecto: dos notas fundamentales presentan el carácter de ese pueblo: el latino es, al tiempo que conservador y tradicionalista, soldado y administrador. Por temperamento, pues, debía respetar las costumbres de sus antepasados, y buena prueba de ello se encuentra en las leyes, aún de la decadencia, donde el antiguo espíritu mantiene principios sin duda rezagados; por otra parte, la tendencia hacia el Estado fuerte y centralizador, favoreca la destrucción de los pequeños grupos autónomos y el encumbramiento de los individuos (14).

(13) J. DECLAREUIL, p. cit., págs. 50 y 173.

(14) LEÓN HOMO: *Las instituciones políticas romanas, de la ciudad*



5. — Estas breves notas nos fuerzan a recibir con cierta desconfianza la afirmación que a menudo se formula, según la cual en Roma la sucesión testamentaria constituía la regla general, y la herencia *ab intestato* la excepción. Decimos con desconfianza, pues el principio es en cierto modo engañoso, desde que un espíritu poco precavido concluiría de allí que, a fortiori, las XII Tablas consagraban la absoluta discrecionalidad del *paterfamilias* para la disposición del patrimonio.

Semejante conclusión, a la que parecen llegar calificados estudiosos del derecho civil, es, a nuestro modo de ver, antojadiza, e importa caracterizar el testamento de las primeras épocas con las mismas notas que el de los siglos clásicos.

Adviértase, en efecto, que si basta leer la frase: *Si intestato moritur qui suus heres nec escit agnatus proximus familiam habeto*, para obtener la conclusión de que ella supone la herencia testamentaria como regla general, cabe también preguntarse de dónde surgía el concepto de la herencia *ab intestato* que se legisla en la misma norma en manera directa.

En nuestra opinión, y así seguimos a Girard <sup>(15)</sup>, la herencia *ab intestato* sólo puede explicarse con la propiedad colectiva. ¿A qué título, en efecto, sería posible acudir para fundamentar la delación del patrimonio al *suius* o al *agnatus proximus*? No es dable pensar en el afecto presunto, creación intelectual que requiere estadios más avanzados de la civilización; y, con mayor motivo, si no es posible encontrar una mejor explicación, tampoco cabe desatender el texto de Paulo, que Rivier (quizá con demasiado apresuramiento) explica como queriendo significar un concepto diferente al que literalmente

---

al Estado. Col: La evolución de la humanidad. XVIII. Barcelona, 1928. Traducción española de José Amorós. Págs. 462 a 464.

(15) PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, op. cit., pág. 282.



expresa <sup>(16)</sup>. Dice el jurisconsulto romano: *In suis hereditibus evidentius apparet, continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent qui etiam vive patre quodam modo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur sicut paterfamilias, sola nota hoc adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hoc ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt; nec obstat quo licet eos exheredare, quod et occidere licebat.*

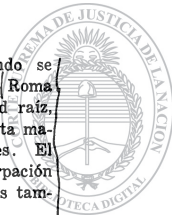
Esta frase de Paulo concuerda con los datos que nos proporciona la historia, sobre la primitiva propiedad colectiva, amén de las conclusiones que es posible extraer, tanto del lenguaje como de las formas rituales establecidas para el traspaso de los bienes. Mommsen, que ha estudiado con particular detención estas últimas fuentes, concluye que en la época primitiva no se enajenaba más que bienes muebles (*familia pecuniaque*) <sup>(17)</sup>, y afirma que la misma constitución de Servio deja ver que la gran masa de la propiedad raíz, consistía en granjas de mediana área (dos arpentos), suficientes para dar trabajo y subsistencia a una familia y para el mantenimiento de los ganados y cultivos <sup>(18)</sup>. Aparte de ese heredium, recinto análogo al del paisano ruso, y que integraba el fundo propio en cada domus, existía indudablemente la tierra arable, común a grupos más amplios: el pueblo o la gens.

---

<sup>(16)</sup> Dice, en efecto, refiriéndose también a Gayo, que ambos autores "no afirman en manera alguna una verdadera copropiedad jurídica, como se lo ha querido establecer forzando el alcance de los textos" (op. cit., pág. 14, en nota).

<sup>(17)</sup> Véase supra, pág. 49.

<sup>(18)</sup> T. MOMMSEN, op. cit., tomo I, pág. 232.



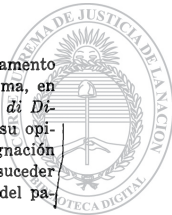
6. — No es posible determinar, lo repetimos, cuándo se produce el cambio de la propiedad colectiva en privada. Roma fué indiscutiblemente el pueblo creador de la propiedad raíz, individual y exclusiva, y los principios que adoptó en esta materia, sirven aún de base a las modernas leyes civiles. El cambio se produjo, casi con seguridad, por una usurpación dentro de la familia, según hemos dejado expuesto y es también, al parecer, la opinión de May <sup>(19)</sup>.

En consecuencia, si aun en la época de las XII Tablas no sólo se conservaban vestigios de la propiedad colectiva, sino que ésta demostraba su supervivencia en el reconocimiento de un derecho cuasi-hereditario en la gens, ¿cómo admitir la disposición más absoluta, por el *paterfamilias*, de la propiedad por intermedio del testamento?

No se debe, pues, tomar al pie de la letra la afirmación precedentemente anotada sobre la primacía de la sucesión testamentaria sobre la *ab intestato* en la Ley de las XII Tablas, sin dar al testamento una función restringida en esa época, yendo de suyo que la evolución posterior acrecentó las atribuciones del *paterfamilias* y, en corto período, arribó a una absoluta, pero sólo formal, libertad de disposición <sup>(20)</sup>.

<sup>(19)</sup> G. MAY, op. cit., pág. 195: "Lo que ha favorecido esta transformación es, ante todo, el pasaje del estado nómada al sedentario. Luego, por usurpación o por desuso, las particiones periódicas del suelo no se han renovado más, y cada grupo familiar o gens ha tenido la posesión inmutable de una cierta parte de las tierras".

<sup>(20)</sup> No podemos pasar por alto las inteligentes observaciones de Sumner Maine sobre la ley de las XII Tablas. "No da —dice a su respecto— una libertad que debió limitarse más tarde, sino que procede en la convicción de que no existe tendencia alguna a abusar de esa libertad, o, podríamos decir, en la ignorancia de que tal tendencia pudiera existir...— La ley de las XII Tablas permitía el testamento en el único caso en que se creía posible, es decir, a falta de hijos o parientes próximos. No prohibía desheredar a los descendientes en línea directa, por-



Compartimos la tesis de Bonfante sobre el testamento primitivo. El erudito profesor de la Universidad de Roma, en varios artículos publicados en el *Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano*, ha expuesto, con sobrados fundamentos, su opinión de que el testamento romano consiste en la designación del nuevo jefe de familia, pues la *hereditas* importa suceder en la soberanía sobre la familia, más que un traspaso del patrimonio <sup>(21)</sup>.

El concepto de la *hereditas* romana es defendido por Bonfante con los siguientes argumentos:

1. — En la edad primitiva, cuando el grupo agnaticio o gentilicio todavía estaba en pie, el sucesor en la soberanía no debía ser otro que el *heres*; como en la *civitas*, también en la familia la designación hecha por el soberano sería el sistema

---

que no prohibía una eventualidad en la cual no pensaba ningún jurista de esta época. Sin duda alguna, a medida que los afectos de familia perdieron con el tiempo su carácter de primeros deberes, se desheredó algunas veces a los hijos. Pero la intervención del pretor, lejos de haber sido originada por la generalidad del abuso, fué indudablemente provocada porque los ejemplos de semejante capricho eran poco numerosos, excepcionales y contrarios a las ideas de moralidad de la época..." (op. cit., pág. 205). Confr.: G. De Sanctis: *Storia dei Romani*, II, pág. 74.

(21) La crítica que Emilio Costa formula a la teoría de Pietro Bologna, combate la tesis expuesta en el texto, con varios argumentos de ponderable valor, como ser, por ejemplo, la antigua institución de esclavos. Por su parte, Declareuil se manifiesta en contra de la teoría de Bonfante, en los siguientes términos: "Se ha considerado a la herencia primitiva como la transmisión de la soberanía sobre el grupo agnaticio, concepción criticable, en todo caso extraña al medio romano histórico. Para que haya verdaderamente sucesión, es preciso, por estrecho que sea su dominio, que se tenga alguna noción de la propiedad individual y que la autoridad del jefe de familia haya tomado ese aspecto de autonomía,



primero para llamar al sucesor; es indudable que, según opina Bonfante, el nombramiento hecho al comienzo recaía siempre en un hijo varón.

2. — El contenido de la herencia era otro que el patrimonio, sin desconocer la importancia de éste y su sucesiva primacía; por ejemplo, debía atenderse en primer lugar, al cuidado de los *sacra* de la familia, o también a la *potestas* sobre las demás personas pertenecientes al grupo (esta idea se complementa con la de la *successio in universum jus*, que desarrolla en otro capítulo). Resumiendo su pensamiento, expresa que los institutos típicos comprendidos en una *successio in universum jus* eran, además de la *hereditas*, los siguientes: a) La *adrogatio*; b) La *in manu conventio*; c) La reducción a servidumbre. “¿Qué cosa hay de común, se pregunta, en todos estos institutos? Cada uno de ellos se dirige no a la adquisición del patrimonio, sino más bien a la adquisición de la potestad soberana del *paterfamilias*, distinta en el derecho clásico en sus tres aspectos de *manus*, *patria potestas* y *dominica potestas*, pero una sola en el derecho antiguo: la *manus* o *potestas* en general. La adquisición del patrimonio es una consecuencia de la de esta potestad soberana; pero mientras es una mera consecuencia, y el acto no está dirigido a ese fin, es, por otra

---

de superioridad, que fué la consecuencia del dislocamiento del organismo gentilicio y del colectivismo agrario, dicho de otra manera, del establecimiento de las *domus* independientes. Los *paterfamilias* conquistaron entonces la libre disposición de todo el patrimonio familiar; y como las sociedades aristocráticas tienen la tendencia, conteniendo en justos límites las iniciativas individuales, a rechazar la ley sucesoria al segundo plano, a hacerla supletoria, para sustituirla por un orden contingente, más conforme a la grandeza y perpetuidad de cada casa, el jefe de la *domus*, miembro del Estado y amo de ella, la rige, en los límites que las costumbres determinaban, por su testamento después de la muerte, como la había gobernado en vida” (op. cit., págs. 305-306).

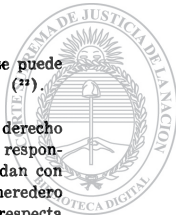


parte, una consecuencia necesaria, y el patrimonio no se puede adquirir de otra manera que, por así decirlo, en bloc" <sup>(22)</sup>.

3. — La estructura formal de la herencia en el derecho romano, demuestra que la función actual del instituto responde mal a su origen. Existen principios que no concuerdan con la idea de una sucesión en el patrimonio, v. gr.: a) el heredero sucede en la *bona o mala fides* del difunto, en lo que respecta a la posesión, asume las deudas y responde con su propio patrimonio para el pago (*hereditas damnosa*); b) es posible, al menos en la época histórica, dejar sólo al heredero el mero título de tal, con la responsabilidad por las deudas, agotando el patrimonio con legados; c) es obligatoria en el testamento la institución de heredero —*caput et fundamentum totius testamenti* <sup>(23)</sup>— y esa institución debe ser solemne, en palabras imperativas dirigidas al sucesor, en lengua latina y al comienzo del acto, porque los testamentos, dicen a una voz los jurisconsultos romanos, *vim ex heredis institutione capiunt*; d) no se puede instituir heredero en una cosa cierta y determinada; e) el *suus* se convierte en heredero inmediata y necesariamente a la muerte del causante, mientras que el *extraneus* debe adir la herencia; f) un testamento anterior es revocado y anulado *ipso facto* por otro posterior válido; g) si varios herederos son designados y uno u otro falta, la porción del patrimonio hereditario que queda vacante acrece *ipso jure* a los coherederos, aún cuando se trate de sucesores testamentarios ins-

<sup>(22)</sup> PIETRO BONFANTE: *Scritti Giuridici Varii. Famiglia e successione*. Torino, 1926, pág. 127.

<sup>(23)</sup> Sólo en tiempos de Constancio, se revoca la exigencia de que la institución de heredero fuese hecha con *verba directa imperativa*, admitiéndose que pudiera efectuarse mediante cualquiera forma de expresión de la voluntad. Es preciso llegar a Justiniano para que se abandone el requisito de que la institución aparezca al comienzo del acto.



titulados por partes determinadas; h) mientras hay un *heres ex testamento*, no se llama a quien sería el *heres ab intestato*: *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas ab intestato non defertur*.

Concluye Bonfante con estas palabras: "El resultado a que nos ha conducido el estudio de la máxima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus*, etc., es que el derecho sucesorio romano, en la parte que concierne a la *hereditas*, ha cambiado en su función social; de traspaso de la soberanía familiar, llegó a ser en el derecho histórico, traspaso de los bienes a causa de muerte; pero en lo que concierne a los legados, tenemos verdaderamente desde el origen asignaciones patrimoniales a causa de muerte, que se fundieron con el testamento. Las dos corrientes por donde puede derivar el derecho sucesorio, se reunieron, bastante después de su origen, para constituir las grandes avenidas del derecho sucesorio romano. Y como las aguas de una gran correntada se van coloreando sucesivamente, no ya por el terreno que atraviesan, sino por las aguas de las nuevas corrientes que se le unen, igualmente el espíritu nuevo de las sucesiones, ya desarrollado en el derecho de Roma y en el derecho moderno, y en el carácter patrimonial que asumió luego, no nació pura y simplemente de las condiciones nuevas del terreno social, sino más bien del fin y de la estructura absolutamente patrimonial, también en los orígenes suyos, de las instituciones de legados que se le agregaron" (24).

7. — La teoría expuesta de Bonfante, a la que dió su autor mayor vuelo una vez propuestas las críticas, importa definir cuál es el exacto alcance que cabe dar a la función primitiva del testamento romano. Si éste no se presenta ya como una disposición de bienes, sino que, más bien, mira a la conservación de los elementos más puros de la familia en esa

---

(24) P. BONFANTE, op. cit., págs. 148-149.





época, queda con ello en gran parte salvado el interrogante que provoca su extraordinaria difusión desde los primeros tiempos. Es posible entonces comprender que ese acto de última voluntad fué sólo, en los primitivos estadios, una elección practicada por el *paterfamilias* entre sus hijos, para la dirección del grupo que, hasta la muerte, quedaba bajo su potestad, sin que ello implicase disponer, en manera absoluta, de los bienes familiares en provecho de extraños (25).

Pero, ¿no quedaba así una amplia vía abierta al *pater* para consumir su usurpación en detrimento de los *sui*? Fácil es comprobar que el problema se simplifica y soluciona con una sencilla característica del pueblo romano: la facultad de elección del sustituto por el que detenta el poder, característica bien acentuada por Bonfante, y que, adoptada quizá por

---

(25) Por el contrario, Michon piensa que "la boga del testamento primitivo provino, más bien, de que la sucesión ab intestato era informe e incompleta cuando el difunto no dejaba *sui heredes*. El testamento servía entonces no para *corregir*, sino para *completar* el sistema sucesorio ab intestato, y la ley de las XII Tablas, llamando al agnatus proximus, ha seguido esta tendencia... Para el patricio que tiene una gens, el testamento no era indispensable. Por el contrario, para el plebeyo, que no tiene gens, la laguna del sistema sucesorio ab intestato es mucho más importante. Si no deja *sui heredes*, no tiene ningún heredero ab intestato y no puede recurrir a la adrogación para procurarse uno, porque este acto no estaba entonces permitido sino a los patricios, únicos que tenían acceso a los comicios curiales; en cuanto a la adopción no existe todavía, pues sólo se desarrollará en el siglo VI". Es ésta una teoría más sobre la función del testamento antiguo y, en general, sobre el primitivo derecho de Roma. Sin abrir juicio sobre su verdad —lo que rebasa los límites de nuestra tesis— cabe anotar su similitud con la construcción de A. Guérard, quien en un olvidado *Essai sur l'histoire du droit privé des Romains*, 1841 (lo conocemos por intermedio de la crítica que le formulara Jules Cauvet, op. cit.), sostenía que la Ley de las XII Tablas implicaba la imposición a los patricios, por los plebeyos, de la organización servil de la familia.

vez primera en los dominios de la gens, fué recogida luego por el Estado y se manifestó con mayor claridad en la descendencia imperial.

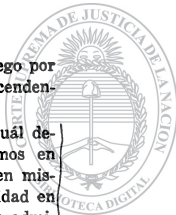
Autorizado el *pater* para designar, entre los *sui*, cuál debía sustituirle en el gobierno de la familia (no sabemos en qué momento de la historia romana o si desde el origen mismo), las tendencias individuales obraron con toda felicidad en el camino hacia la libertad de disposición y, así como se admitió en el jefe el derecho para expulsar a un hijo de la familia, debe haberse encontrado lógico, en cierta época del desenvolvimiento, instituir a un extraño, al comienzo por no existir hijos, luego por haber éstos salido de la familia, más tarde, en fin, aunque existiesen *sui* <sup>(26)</sup>.

8.— Se ha dicho con particular insistencia, comentando la primera forma del testamento romano (*in calatis comitii*), que los comicios curiales desempeñaban, a ese respecto, una función de fiscalizadores del cumplimiento por el *pater* de su deber hacia los hijos. ¿Habría sido, talvez, esa función encomendada cuando la posibilidad de transgresión a la regla halló acogida en algunos testadores, como primer movimiento de rebeldía contra los rígidos principios de la costumbre?

El testamento es así, en manos del individuo, convertido de *motu proprio*, en propietario exclusivo del patrimonio, un arma inesperada y hasta entonces no descubierta, que, aplicada con criterio libre, revoca la costumbre preexistente y surge

---

<sup>(26)</sup> Comparte, también, esta opinión E. Costa, quien expresa, refiriéndose a la delación de la herencia por testamento, a favor de extraños, que “en su origen era posible tan sólo cuando no existieran hijos *sui heredes*, entendiendo entonces excluir al agnado más próximo en grado, frente a los otros agnados, gentiles o extraños”; mientras que en la edad histórica, aún en caso de existir hijos (op. cit., pág. 471).





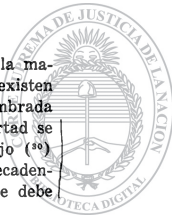
sin traba alguna en busca del progreso <sup>(27)</sup>. En el carácter moderno que luego se le asignará, "se insinúa sólo en época de madura civilización con el prevalecer del individuo sobre la familia. Ahora bien; no pudiendo conciliar la preeminencia del instituto en el derecho romano con la propia ideología y con los resultados del derecho comparado, los historiadores han tomado un partido más desesperado; la han negado para la época más antigua, que no muestra sus documentos. Y puesto que en los albores de la historia documentada el instituto existe en esta posición de preeminencia, ello es a causa de que la sociedad romana ha alcanzado, en época asaz precoz, un grado bastante maduro de civilización, y, deberemos agregar, un intenso individualismo. No se detienen ante nada" <sup>(28)</sup>. Estas últimas palabras, de Bonfante, no deben entenderse como que nos hallamos en contradicción con nuestras ideas, expuestas antes de ahora en otro capítulo. No es dable negar la antigüedad remota del testamento, en tanto que se le considere como elección del *suus* para la soberanía del grupo; pero es asimismo indiscutible la anterioridad lógica de la sucesión ab intestato, o mejor dicho, de la substitución de una persona por otra en la dirección de la propiedad colectiva, sin forma alguna de testamento. Y en ello nos parece no estar en perfecto acuerdo con Bonfante.

9. — Se llega así a un período de la historia jurídica romana en que, cumplida la usurpación del *pater* y admitida la posibilidad de excluir a los *sui*, agnados y gentiles, el testador goza de la libertad, formal sin duda alguna, de instituir here-

---

<sup>(27)</sup> Costa entiende que la institución de un extraño importaba, en los comienzos de la época histórica, asignar a aquél el carácter de hijo del testador (op. cit., pág. 472).

<sup>(28)</sup> P. BONFANTE, op. cit., pág. 215.



dero a quien le plazca <sup>(29)</sup>. Decimos *formal*, porque, a la manera del derecho de vida y muerte sobre los hijos, no existen recuerdos en la época clásica de una institución acostumbrada a favor de extraños. Pero sí es indudable que esa libertad se cambió, con el curso del tiempo, en un verdadero despojo <sup>(30)</sup> de los derechos de los *sui* por el padre, momento de decadencia <sup>(31)</sup> de las antiguas instituciones y costumbres que debe

(29) La ley de las XII Tablas consagraba ya el derecho absoluto del ciudadano a disponer, según su voluntad, del patrimonio, siempre que su testamento llenase los requisitos exigidos.

(30) "Al declinar la República, —dice Declareuil—, con la invasión del cosmopolitismo y los avances de la democracia, las costumbres se debilitaron, las solidaridades familiares que para Cicerón eran los pilares mismos del Estado, se disgregaron. Cada cual se inclinaba a considerar sus bienes como objeto de su capricho y disponía de ellos arbitrariamente. El derecho antiguo de los *heredes sui*, el nuevo de los *liberi*, estaban amenazados. El testamento se volvía la expresión de una fantasía y un sentimentalismo completamente personales. Contra estos fermentos de disolución reobraron las instituciones conservadoras. La jurisprudencia, ayudada por el prestigio de los centumviro, el edicto, la ley misma, si no salvaron las viejas costumbres, al menos tentaron, por transacciones, conservar parcialmente su espíritu y efectos" (op. cit., pág. 327).

(31) La decadencia de las costumbres primitivas es tan manifiesta al finalizar la República, que la riqueza, antes patrimonio exclusivo de los hombres, como todo otro derecho, se había concentrado en manos de las mujeres, lo que dió motivo a la sanción de la ley Voconia. Tito Livio (*Décadas de la historia romana*; traducción española de Francisco Navarro y Calvo; Librería de la Viuda de Hernando y Cía. Madrid, 1889, tomo VII, pág. 127), expone con toda precisión este momento de la historia romana. "Señalóse el final de este año —dice —por una ley nueva y muy importante, que preocupó mucho a Roma y agitó algo los ánimos. Hasta entonces tenían derecho a ser herederas las mujeres lo mismo que los hombres, resultando que los bienes de familias principales pasaban frecuentemente a casas extrañas, con grave daño de la República, cuyo interés exige que el heredero de un nombre tenga caudal que sos-

haber durado muy poco tiempo y requerido, de inmediato, la reforma civil para detenerla <sup>(32)</sup>.

tenga y realce el esplendor de su estirpe que, en último caso, antes es carga que honor. Además, el aumento del Imperio llevaba consigo el de los caudales particulares, haciendo temer que la propensión natural de las mujeres a entregarse al lujo y a la elegancia de los trajes, encontrase aguijón demasiado vivo en aquella afluencia de riquezas; que esta pasión las llevase a excesos de gastos y disolución; que se abandonasen tal vez los caminos del antiguo pudor y que a la alteración de las costumbres se añadiese hasta la de los trajes. Teniendo decidido empeño de evitar estos inconvenientes, el tribuno del pueblo Q. Voconio Saxa propuso que se prohibiese a todo ciudadano incluído en el censo desde la censura de A. Postumio y Q. Fluvio designar por heredera mujer virgen o casada; que se prohibiese a toda doncella o casada recibir por herencia bienes por valor de más de cien mil sextercios. Pero Voconio quiso evitar el caso, bastante frecuente, en que el montante de los legados excediese al de la herencia, y añadió a la proposición: "Que se prohíba a todos hacer legado superior a la parte del heredero o herederos" (a). Esta última cláusula obtuvo fácilmente la aprobación del pueblo, porque la encontraban perfectamente fundada en justicia y a nadie perjudicaba. Pero la primera, que excluía totalmente a las mujeres de las herencias de todos los ciudadanos, ofrecía campo a la controversia. M. Catón desterró las dudas; con su defensa de la ley Oppia se mostró adversario de las mujeres e infatigable perseguidor suyo, apoyando ahora con voz tonante y asombrosa fuerza de pulmones, a pesar de sus sesenta y cinco años de edad, aquella nueva ley más importante aún contra ellas, y empleó su acostumbrada rudeza en declamar contra los excesos de las mujeres y su intolerable orgullo en la opulencia. El argumento que empleaba principalmente para hacer resaltar la vanidad y arrogancia de las mujeres, era: que frecuentemente después de llevar crecida dote a sus maridos, retenían y guardaban para ellas grandes cantidades; que después prestaban a sus maridos, a petición de éstos, reservándose, siempre que se enojaban, enviar en seguida su siervo recepticio para que solicitase el reembolso, sometiendo de esta manera al marido, como si fuese un extraño, a odiosa persecución". Tanto irritó este argumento, que hizo aprobar la ley tal como la proponía Voconio". Vaya a simple título informativo, que para San Agustín no se puede "imaginar ordenación más injusta que esta ley". (*La ciudad de Dios*,





Las restricciones al poder del *paterfamilias* comienzan por ser débiles defensas, para luego, aprovechando el poder creciente de los pretores y de los tribunales especiales, llegar

Madrid, 1893, traducción de José Cayetano Díaz de Beyral; t. I, pág. 191, libro 3º, cap. 21).

(a) La ley Voconia fué, en efecto, antecedente de la Falcidia.

(32) Concorde con estas ideas, Rivier, refiriéndose a la libertad absoluta concedida por las XII Tablas, expresa: "Es probable que, en la época de promulgación de la ley y aún durante mucho tiempo, el peligro de abuso fuese descartado o al menos atenuado por el espíritu de familia, tan sano y fuerte que es uno de los más hermosos rasgos de la Roma republicana de los primeros siglos. Pero el abuso debía producirse. Fué preciso restringir esta libertad, que no tenía ya el freno de un sentido moral austero, ni el del amor paterno" (*Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*. Paris-Génève, 1878. Gustave Mayolez ed., pág. 186). Lévy-Bruhl, concurrentemente, expresa que en el primitivo derecho romano, el *de cuius* no puede testar sino a favor de un miembro de su *domus* (op. cit., pág. 645). Y más adelante dice que "el testamento antiguo no sería otra cosa que la designación, por el *paterfamilias*, de aquél, entre los que viven bajo su patria potestad, que continuará su autoridad, al mismo tiempo que será el titular de su patrimonio y el sacerdote doméstico encargado del mantenimiento de los *sacra*. La institución de heredero es, pues, su esencial característica, la que conservará, por otra parte, hasta el fin del derecho romano, pero correlativamente, esta institución se encuentra encerrada dentro de estrechos límites. En tanto que la familia constituye en Roma una entidad jurídica viviente, en tanto que el culto doméstico es una realidad, no puede caber en el espíritu del *paterfamilias* la idea de escoger a un extraño para hacer de él su sucesor" (pág. 646). Lévy-Bruhl se pregunta entonces por qué testaba el *paterfamilias*, y encuentra la razón del acto de última voluntad, en la precisión de elegir entre varios *sui heredes*, nombrar tutores, retirar algunos bienes de la administración del hijo, etc., (pág. 647). En cuanto a la fórmula "Uti legassit...", entiende que su verdadera significación fué substraer al *pater* del comicio fiscalizador y autorizarlo para confeccionar por sí mismo su testamento (pág. 659). Anotamos, en fin, que la monografía de Lévy-Bruhl abunda en sugerencias de positivo interés, cuyo análisis en especial sería conveniente llevar a cabo.





a las construcciones jurídicas modernas, que fijan, de modo inviolable, los derechos de ciertos parientes a la herencia.

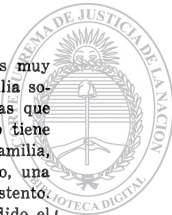
¿Cabe llamar a esta tendencia innovadora, o debe considerársela como una regresión a los antiguos principios del derecho gentilicio? Digamos, desde ya, que la generalidad de los autores distingue entre la *preteritio* y la inoficiosidad, en cuanto al fundamento tenido en mira por el legislador.

Así Girard, comparando la *querela* con la sucesión contraria al testamento, opina que aquélla se “apoya no sobre la idea de un derecho de propiedad que tendrían ciertos descendientes y sólo ellos sobre los bienes comunes (como es la idea en que se funda la desheredación), sino sobre el sentimiento de afecto (*officium pietatis*) que debe llevar a una persona a dejar una porción de sus bienes a ciertos parientes, más bien que a extraños, si no ha tenido motivos para quejarse de ellos” (33).

Maynz, recordando la libertad absoluta de que gozaron los testadores, expresa: “No obstante, en los últimos tiempos de la República, la opinión empezó a juzgar severamente a las personas que, en su testamento, no tenían en cuenta a sus allegados: tal testamento debió desde entonces considerarse como a las construcciones jurídicas modernas, que fijan, de modo contrario a los deberes morales, *inofficiosum*, y se acabó por admitir que los parientes excluidos u omitidos sin justos motivos, podrían quejarse ante el gran jurado nacional que, bajo el nombre de *Centumviri*, juzgaba sobre las cuestiones de propiedad y de herencia” (34).

Bonfante, por su parte, expresa que “la legítima romana (35) P. F. GIRARD, op. cit., pág. 912. Confrontar: G. May, op. cit., págs. 570 a 573.

(33) CARLOS MAYNZ: *Curso de derecho romano*. Traducción española de Antonio José Pou y Ordinas. 2ª edición. Buenos Aires. Marcelino Bordoy, editor. Tomo III, pág. 405.



no es de origen primitivo; surgió en tiempos históricos muy tardíos. No ha nacido del derecho primordial de la familia sobre los bienes, sino de consideraciones de piedad, de las que la sociedad civil y el Estado se hicieron intérpretes; no tiene por objeto, mantener la unidad y la hidalguía de la familia, sino asegurar a los parientes más próximos del difunto, una equitativa participación en sus bienes y un modesto sustento. Y esto se entiende bien —continúa— una vez comprendido el carácter diverso del testamento romano y del llamado testamento germánico, el primero originario y destinado a mantener la unidad familiar y a transmitir la potestad en un pueblo que desconocía por completo el sistema de la primogenitura; el segundo, nacido en época posterior, con la disgregación de la unidad familiar y con la emancipación del individuo, que venía a substraer los propios bienes a los representantes de aquella unidad. En resumen: la legítima es una emanación de la nueva conciencia social; la reserva es un residuo del ordenamiento social y de las ideas de una época primitiva” (85).

(85) PEDRO BONFANTE: *Instituciones de derecho romano*. Traducción española de la 8ª edición, por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Madrid, 1929. Editorial Reus (S. A.), pág. 624. G. Pacchioni (*Corso di Diritto Romano*, Torino, 1922, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Volumen III), formula una grave objeción a nuestra idea; expresa que no es fácil determinar cuál era el fundamento de la preterición como causa de nulidad. “Generalmente se enseña —dice— que era consecuencia del condominio familiar, de aquel condominio con que el jurista Paulo explicaba la adquisición *ipso jure* de la herencia por parte de los *sui heredes*. Pero esa explicación está bien lejos de ser persuasiva. Si los antiguos juristas (o legisladores) que sentaron nuestro principio se hubieran inspirado en la idea de un condominio de los *sui heredes*, ¿cómo han podido admitir que el testador tuviese la facultad de destruirlo con una simple desheredación, o llamando a los *sui* a la herencia por una cuota irrisoria? Por otra parte, ¿cómo han podido conceder a los *sui heredes* que consideraran nulo el testamento por haber sido en el mismo preteridos como herederos, cuando sobre la base del acto *mortis causa* hu-



Sin perjuicio de volver sobre el fundamento y características de la reserva de derecho germánico, y sin desconocer la exactitud de la contraposición que realiza Bonfante entre ese instituto y la legítima de derecho romano, nos permitimos disentir con la opinión del eminente tratadista italiano y los otros autores que concuerdan con las ideas expuestas.

Es exacto, y no cabe en manera alguna negarlo, que en los textos y en los comentarios generales de prudentes y glossadores, la legítima aparece como una sanción contra la falta a los deberes de la piedad, que guían al testador en la disposición de sus bienes. Pero, si bien ésta es la explicación que podría llamarse exterior, creemos que ella no satisface ciertas dudas que pueden nacer en el ánimo del intérprete.

a) La obligación de desheredar al descendiente es, si no contemporánea con la admisión de la *querela inofficiosi testamenti*, al menos poco tiempo anterior. No hay duda, sin embargo, que los dos remedios subsistieron concurrentemente y que el heredero gozaba del derecho de ejercer ambos. ¿Cómo, entonces, se entiende que, por un lado, la ley reconozca en el *pater* la facultad de desheredar al hijo y, por otro, reserve a

---

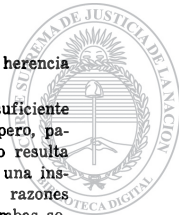
biesen obtenido (a título de legado) la mayor parte y hasta todo el patrimonio hereditario?" (pág. 503). No se nos oculta el valor de la objeción, pero, como hacemos notar en el texto, el propósito legal ha sido, si que débil, sólo tendiente a poner en evidencia la usurpación del *pater* y, por allí, frenar sus intenciones. Además, el mismo Pacchioni agrega que si es fácil refutar la explicación de Paulo, difícil es sustituirla por otra más conveniente, por lo que se limita a acogerse al *ars ignorandi*. Ya Zachariae, en su *Histoire du Droit privé grecoromain* (traducción de Eugène Lauth, París, 1870), confirmaba, por el contrario, la tesis que motiva el desarrollo de este trabajo, cuando expresaba que la legítima reposaba sobre "la idea de un derecho perteneciente a la familia sobre el patrimonio del difunto, y que no podía serle quitado" (pág. 35).

éste un derecho no susceptible de ser gravado, en la herencia del testador?

Pensamos que los autores no se han detenido lo suficiente en esta grave contradicción del derecho romano. Empero, para la primera época, comienzos del Imperio, el hecho resulta impresionante, desde que es imposible afirmar que en una institución prive el derecho colectivo antiguo y en otra razones de piedad avanzadas. Si fuera posible independizar ambas soluciones, como se lo ha hecho, en el fondo, hasta ahora, el problema no se plantearía. Pero está fuera de la lógica suponer que, en el pensamiento humano, con referencia a una misma materia, se impongan al mismo tiempo dos ideas completamente contrarias.

Para que se comprenda esa coexistencia de dos instituciones con respecto a la herencia de los descendientes (la *querela* no se daba en los comienzos, sino a éstos), es preciso admitir un sólo fundamento para ambas: o las dos se basaban en la propiedad colectiva de la gens o la familia, o en razones de piedad. Entonces resultaría fácil comprender que un remedio no haya derogado al otro. En efecto: bien es posible que, en un estadio se adopte una reforma más respetuosa del derecho del *paterfamilias*, y luego, por un progreso creciente, se haya introducido un remedio procesal (no otra cosa es la *querela* de los primeros tiempos) que sancionaba con mayor vigor el olvido del testador con respecto a los derechos de sus herederos naturales.

Esta hipótesis explicaría el hecho de la coexistencia, porque, siendo la *querela* más grave que la desheredación expresa, debía facultarse al heredero para que obtuviese la efectividad de sus derechos sin ofender la memoria de su antecesor, sin perjuicio de que, si tal era su voluntad, hiciera valer



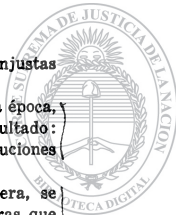
la *querela* en todo su vigor contra las disposiciones injustas del *paterfamilias* <sup>(86)</sup>.

Por otra parte, es bien manifiesto que, en la primera época, el heredero obtiene por ambos remedios el mismo resultado: su porción ab intestato; ¿para qué entonces dos instituciones y dos fundamentos?

La única diferencia consistía en que, en la primera, se permitía al *pater* excluir al *suus* de la sucesión, mientras que en la segunda esa exclusión no era ya posible. Si se observa con cuidado esta única característica distintiva, se advierte que la desheredación expresa y la *querela inofficiosi testamenti* no constituyen sino dos pasos hacia la defensa del derecho de copropiedad, desconocido por el desarrollo extremo del *testamento*. En el primero, la ley, descubriendo cómo los excesos del individualismo han destruido el derecho primario de todos los parientes a la propiedad de los bienes, exige del testador la manifestación expresa de querer ser el dueño absoluto del patrimonio que administra, como si se propusiera provocar su vergüenza sobre un hecho que hiere no sólo a la conciencia social sino a las antiquísimas costumbres. El legislador abriga la esperanza de que, con esa sola reforma, bastará para que el *paterfamilias* advierta la iniquidad de su usurpación y del desconocimiento de los derechos del heredero, y piensa que sólo se privará de la herencia a aquél que, por motivos graves, deba ser separado de la familia. En realidad, sancionar la facultad de desheredar a un pariente, no implicaba ni una novedad ni una derogación de los principios de la propiedad colectiva; ya en todas las otras legislaciones antiguas, se preveía la salida de un hijo de la familia paterna (véase, en efecto, lo que hemos dicho con referencia a la *apokeryxis* entre los griegos);

---

<sup>(86)</sup> Según algunos autores, ambas acciones se ejercían en forma subsidiaria.





y Roma misma, desde la más alta antigüedad, había admitido la exposición y emancipación de los hijos.

Pero debe haberse notado, de inmediato, que la reforma no surtía los efectos previstos y que la motivaron. El *paterfamilias*, ya dueño absoluto y exclusivo de la propiedad, desconociendo hasta los naturales derechos que correspondían al hijo sobre los bienes por él mismo adquiridos, siguió desheredándole, ahora en forma expresa, cumpliendo con las nuevas disposiciones de la ley. Fué entonces, de seguro, que el tribunal de los Centumviroi inventó e introdujo en su jurisprudencia, la *querela inofficiosi testamenti*.

b) En el origen, la *querela inofficiosi testamenti* triunfante producía la rescisión del testamento y, en consecuencia, el *querelans* recibía toda su porción ab intestato. [¿Este resultado es el propio que cabe esperar de una institución que, por solo fundamento, tiene el *officium pietatis*? ¿Es posible pensar que la intención de los magistrados, al crear la *querela*, fué sólo sancionar el olvido de la piedad debida hacia ciertos parientes? Si las dos contestaciones fueran afirmativas, sería preciso comentar la desproporción entre la causa y el efecto. La piedad debida se cumple con sólo dejar al heredero ab intestato una porción seria del patrimonio, y así se cumplía, por lo demás, cuando los tribunales no recibían la *querela* si el testador dejaba esa porción, fijada luego en el cuarto, a su heredero. Entonces, ¿por qué rescindir enteramente el testamento? Tal vez, se nos contestará, en virtud del principio: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Pero es que dentro del régimen mismo de la *querela*, esa clásica norma se ha derogado, lo que demostraremos más adelante, al tratar especialmente el tema.

Razones son éstas que nos mantienen en la tesis expuesta al comienzo de nuestro trabajo. Si bien es cierto que la fundamentación latina de la *querela*, y su mismo nombre, reside en



el oficio de piedad, es también exacto que, en ésta como en muchas otras situaciones, la inteligencia del legislador maneja elementos ancestrales de los que no advierte la influencia directa y la acción permanente en las soluciones que propone.

Tampoco es fácil, a nuestro entender, alcanzar cómo, en el desenvolvimiento de sus instituciones, Roma haya pasado, con tanta presteza y sin avances y retrocesos, de la organización familiar a la individual; no es posible que, de pronto, esta lógica del pueblo latino, acostumbrada, por lo demás, a las concepciones que son uniformes en la antigüedad, se cambie en un sistema de ideas completamente opuesto, sin ligamen alguno con el viejo régimen. A pesar de la usurpación cometida por el *paterfamilias*, la conciencia social, más por apego a la costumbre ancestral que por valorización de las normas convenientes para la existencia del grupo, no puede haber admitido este violento vuelco de las instituciones. Una rebelión sorda vivía, no nos cabe duda, tanto en el alma popular como en la mente de los magistrados y jurisconsultos; una rebelión que, en los momentos propicios, irrumpía en los juicios, en la legislación, en el edicto, en fin, para condenar prácticas aborrecidas por la costumbre.

En apoyo de las antiguas leyes venían también los principios de nueva moral, que se estaban decantando en la civilización. Es cierto que el progreso de los negocios, el engrandecimiento del Estado romano, la conquista, la absorción de nuevas nacionalidades, eran todos motivos y exigencias de un régimen apartado de la vida patriarcal, modos de vida social que mal podían acomodarse a las normas caducas; pero bien es cierto que constituye una ley, que todos los agrupamientos tratan, en lo posible, de amoldar sus nuevas necesidades dentro de los marcos de su antigua organización, que creen perfecta y por lo tanto perenne.

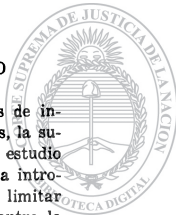


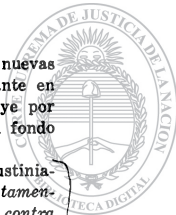
## LA SUCESION CONTRA EL TESTAMENTO

✓ 1. — Previas estas breves ideas, que consideramos de ineludible estudio antes de analizar, en todos sus aspectos, la sucesión necesaria de la antigua Roma, entraremos al estudio mismo de la legislación sobre la legítima, a partir de la introducción en el derecho, de las dos formas de eludir y limitar la voluntad testamentaria; me refiero a las medidas contra la preterición sin desheredación formal, y al nacimiento de la *querela inofficiosi testamenti*.

No es posible precisar fechas. Lo que se llama sucesión necesaria formal y substancial, fué creación de los últimos tiempos de la República y comienzos del Imperio, mas no cupo hasta ahora a los estudiosos, determinar la fecha de su admisión en las leyes romanas.

Además, esa determinación no sería rigurosamente exacta. El derecho romano abarca tan amplio período, es tan complejo y movedido su desarrollo, expresa con sus reglas tan distintas etapas del progreso, que no cabe referirse a un momento sólo de su existencia. Cambiante, experimentador, deseoso siempre de hallar la norma perfecta y de contemplar todas las situaciones posibles, conservador de las viejas tradiciones pero afanoso también por abrazar, mediante ficciones —el derecho





romano es el característico reino de la ficción— las nuevas formas de las relaciones sociales, no se fija un instante en determinada solución, sino que a cada paso la sustituye por otra y modifica, en el largo transcurso de los años, el fondo mismo de cada derecho.

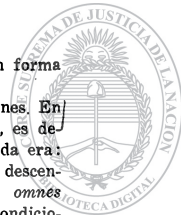
Desde la época clásica hasta la codificación de Justiniano, es preciso seguir la vida de la *querela inofficiosi testamenti*, de la *hereditatis petitio* y de la *bonorum possessio contra tabulas*. Nacen como defensa de la propiedad colectiva contra las usurpaciones del individualismo, pero, vencidas poco a poco por el avance sin vallas de éste, se conforman al nuevo espíritu de los tiempos y viven otra existencia completamente apartada de la primera.

Comenzaron por fundarse en ficciones o fueron a veces simples remedios procesales. Ficción era el *color insaniae*, el *officium pietatis*, la injuria... Pero en la evolución secular se desprenden de estas muletilas, tras las que antes debieron ocultarse y, bajo la protección de un derecho nuevo, se muestran a la luz, con caracteres modernos y sin formas rigurosas; llegan a ser lo que aparentaban antes y, hallado el verdadero camino por donde su existencia será perpetua, descansan en el monumento de la codificación justiniana.

2. — Su nacimiento se produjo cuando los excesos cometidos por los testadores, en sus actos de última voluntad, adquirieron una frecuencia extraordinaria <sup>(37)</sup>. Fué entonces que se impuso como obligación, en favor de los *sui heredes* <sup>(38)</sup>, *exheres sunt*).

<sup>(37)</sup> A. Rivier, sin embargo, piensa que la regla es, talvez, tan antigua como el testamento privado (véase: *Successions...*, citado, página 189).

<sup>(38)</sup> Gayo nos da un concepto sobre los *sui heredes*. Dice en sus *Institutas*: *Sui quidem heredes ideo appellantur quia domestici heredes*



que el testador los instituyera en su testamento o, en forma expresa, los desheredase <sup>(39)</sup>.

Ese deber era más estricto con respecto a los varones. En efecto: éstos sólo podían ser desheredados *nominatim*, es decir, mencionándoselos expresamente <sup>(40)</sup>. La frase usada era: *Exheres esto, exheres sunt*; pero las hijas y demás descendientes podían ser desheredados en conjunto (*Ceteri omnes*

Era necesario, además, cumplir con otras dos condiciones: a) La desheredación debía contenerse en un testamento y b) recaer, asimismo, sobre toda la herencia (*ab omnibus gradibus et a tota hereditate*), lo que no era obstáculo para que el desheredado, por otro título, recibiese un bien de la sucesión.

Si el *suns* era omitido o desheredado sin llenarse las formas exigidas, se producía la nulidad del testamento (*injustum*) <sup>(41)</sup>, pero ese efecto sólo en caso de que el preterido fuese va-

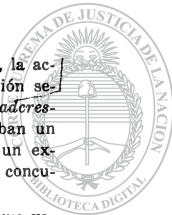
---

*sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur* (II, 157). Confrontar: Paulo, D. 28, 2, 11, pr., citado. Sobre las varias acepciones propuestas para la expresión, consúltese: V. Scialoja; *Successioni* (lecciones universitarias), págs. 48 a 50.

<sup>(39)</sup> *Rite instituti, rite exheredati*. La única excepción admitida era en cuanto a los militares, quienes durante todo el tiempo que permanecían en servicio, quedaban dispensados de desheredar expresamente. Desde Justiniano, sólo podían hacer uso de esa facultad, mientras estaban en una expedición.

<sup>(40)</sup> Según Cicerón (*De oratore*, 1, 38, 52), este requisito habría sido exigido por los centumviros en tiempos de la ley Voconia. La institución no podía ser condicional, salvo la condición *si voluerit*, pero más tarde se entendió que sólo habría desheredación si el modo no se cumplía. Si la condicional era la desheredación, sólo era admitida en caso de que la acompañase una institución expresa, por si no se cumplía la condición.

<sup>(41)</sup> En este punto se encontraban divididas las opiniones de los sabinianos y de los proculeianos; para los primeros, cuya doctrina prevaleció, el testamento era nulo aunque el hijo preterido hubiese muerto



rón, pues si era mujer o descendiente de grado inferior, la acción otorgada tendía a darle en la herencia una posición semejante a la del heredero instituido. En virtud del *ius accrescendi*, la omitida y el omitido de grado inferior ocupaban un lugar en la herencia, recogiendo, si el instituido era un extraño, la mitad del acervo, y sólo una parte viril si la concurrencia se producía con *sui* <sup>(42)</sup>.

La nulidad del testamento por preterición de un *suus* varón, es absoluta y da lugar a la *querela nullitatis ex jure antiquo*. En consecuencia, podían demandarla todos aquéllos que tuvieran interés en que se declarase, en cualquier momento en que se quisiera hacer valer el acto de última voluntad. Entre los beneficiados por esa nulidad estaba, en efecto, el hijo instituido, a quien en la sucesión ab intestato se le otorgaría una cuota más elevada que la recogida según el testamento.

Por lo demás, este sistema, primera defensa contra los excesos en las disposiciones de última voluntad, sólo tenía por objeto obtener que el *paterfamilias* reflexionase seriamente sobre la actitud que pensaba adoptar, en la esperanza de que el temor o la vergüenza enderezase sus intenciones.

La sucesión se abría ab intestato, como consecuencia de la nulidad, y caían, al menos en principio, todas las disposiciones del testamento, aún las que no eran patrimoniales, como los nombramientos de tutores. Por ello se llamaba a este régimen: *herencia contraria al testamento*.

Por extensión de los principios sentados por la jurisprudencia, el pretor dictó nuevas normas que, no solamente favorecían a otros herederos que los *sui*, sino que aún produ-

---

antes que el padre, hipótesis que, para los segundos, no invalidaba el acto.

<sup>(42)</sup> *Praeteritus accrescit suis in partem virilem, extraneis in partem dimidiam.*

cían efectos diferentes. Es lo que se conoce con el nombre de *bonorum possessio contra tabulas*, remedio procesal que detenía la ejecución de un testamento *injustum*.

La defensa contra el testamento se otorgaba a todos los *liberi*, pero siempre teniendo por base una desheredación irregular o una omisión. La desigualdad civil entre los *sui* varones y las mujeres, u otros descendientes de grado inferior, era mantenida; *jure pretorio*, los *liberi* debían ser desheredados *nominatim* cuando eran descendientes varones, *inter caeteros* si mujeres.

De este primer principio resultaba una gran extensión en cuanto al núcleo de las personas favorecidas, pues no sólo tenían ya derecho a la *bonorum possessio* los *sui*, sino también los que estarían en la familia si no hubieran sufrido una *capitis deminutio minima*, agregándose a otra familia. En fin: pertenece a todos los descendientes que gozaban, en el derecho sucesorio ab intestato de los pretores, de la *bonorum possessio unde liberi*.

Además, como queda dicho, los efectos que produce la *bonorum possessio contra tabulas*, son diferentes a los de la antigua acción de nulidad. El testamento es válido en principio, pero se halla detenido en su aplicación por una defensa concebida por el magistrado. Usando una comparación bastante acertada, Leist opina que el heredero se encuentra ante el *bonorum possessor* en una situación análoga a la de un heredero gravado con un fideicomiso universal, frente al fideicomisario; y, en efecto, aunque su título es válido ante la ley civil, se halla cohibido por un remedio procesal.

Su aplicación no depende de que el heredero instituido haya hecho adición de la herencia y entrado en posesión de ella. El *liber* puede reclamar la *bonorum possessio* sin otra causa que la muerte del testador, y sin argumentar otro motivo que su parentesco. Pero, por el contrario, el término para



solicitarla es muy corto, el de todas las *bonorum possessiones* —un año—, y si el heredero legítimo no ejerce el recurso dentro del plazo, no lo podrá hacer en lo sucesivo, ya que el instituido le opondrá la *bonorum possessio secundum tabulas*.

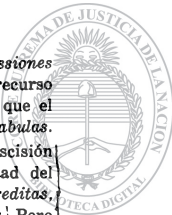
La *bonorum possessio* obra, pues, obteniendo la rescisión del testamento <sup>(43)</sup>, en cuanto, desconociendo la voluntad del causante, otorga el patrimonio, o mejor dicho, la *hereditas*, a otra persona que la indicada en el acto *mortis causa*. Pero esa especie de nulidad no es absoluta ni, en consecuencia, cabe invocarla en todo tiempo y por toda persona interesada en la enervación del testamento. Ni éste cae en todas sus cláusulas, ni es posible a cualquier individuo invocar el remedio pretoriano. Sólo el *liber* omitido, o desheredado sin llenarse las formas estrictas de la ley, puede solicitar del magistrado se le ponga en posesión del patrimonio; pero, por un efecto lógico, la actitud asumida por quien tiene derecho a la *bonorum possessio*, favorece directamente a otras personas.

Así, siguiendo a Girard <sup>(44)</sup>, si un testador tiene cuatro *liberi* y ha instituido sólo a dos, conjuntamente con un *extraneus*, desheredado al tercero y omitido al cuarto, la rescisión obtenida por este último favorece a los dos primeros, quienes por la sucesión ab intestato recibirán, posiblemente, una cuota superior a la que les asignara el causante; pero la rescisión no aprovecha al *liber* desheredado en forma, desde que éste ha sido excluido en manera legal de la herencia, y tampoco al *extraneus*, que no goza de título alguno que le llame a la sucesión ab intestato. Los efectos favorables para los *liberi* instituidos se determinaban con un criterio de sabia justicia, pues

---

<sup>(43)</sup> Este efecto era general para los descendientes de ambos sexos, pero Antonino Pío modificó el sistema edictal, otorgando a las mujeres sólo el *ius adcrendi*.

<sup>(44)</sup> P. F. GIRARD, op. cit., pág. 911.





no era posible colocar en peor situación a aquéllos que, teniendo igual título que los omitidos, podían invocar aún en su favor, la voluntad expresa del causante de llamarlos a su herencia.

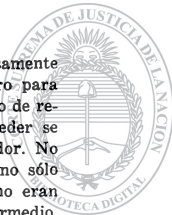
Como hemos expresado más arriba, la *bonorum possessio contra tabulas* no producía la absoluta rescisión de todas las cláusulas del testamento; éste se mantiene en gran parte, ya sea en sus disposiciones extrapatrimoniales —como ser los nombramientos de tutores— ya en las que inciden sobre los bienes, como ser: sustituciones pupilares, desheredaciones expresas de *liberi* y, en general, todas aquellas cláusulas que el testador hubiese repetido en el testamento aún en caso de instituir al omitido (v. gr.: legados y fideicomisos dirigidos a la mujer y a otros parientes, que no afecten la cuota de cada *liber*). No es aventurada la expresión de Van Wetter, cuando dice que la *bonorum possessio* es más bien una sucesión testamentaria, fundada sobre una institución tácita, que una sucesión ab intestato <sup>(45)</sup>. Por lo demás, los efectos fueron limitados por un rescripto de Marco Aurelio, quien estableció que los hijos y nietos no debían recibir, por la *bonorum possessio*, más de cuanto pudiesen conseguir de acuerdo al derecho civil.

Amén de la expiración del plazo de un año, el derecho a la *bonorum possessio contra tabulas* se perdía por otros dos motivos: a) si el *liber* preterido había reconocido el testamento; b) si moría antes que el testador.

3. — Tanto la preterición del derecho civil como la *bonorum possessio* del derecho pretoriano, debieron contemplar casos de particular interés y difícil solución.

---

(45) P. VAN WETTER: *Curso elemental de derecho romano*, Traducción castellana de la 2ª edición francesa por Leopoldo de Michelena. Madrid, 1889. J. Góngora y Alvarez, editores. Tomo II, pág. 449.



La ley y el edicto obligaban a desheredar expresamente —*nominatim* o *inter caeteros*— a los *sui* y *liberi*, pero para ello era preciso que los descendientes existiesen en el acto de redactarse el testamento, ya que la capacidad para suceder se requería en ese momento y en el del deceso del testador. No era posible, al menos en la primera época, desheredar no sólo a los que no habían nacido todavía, sino a los que no eran sucesores por existir otro descendiente de grado intermedio.

Semejante dificultad producía efectos gravísimos, que no estaba en las posibilidades del testador evitar (<sup>46</sup>). Un acto *mortis causa* respetuoso de los derechos de los descendientes, caía por hechos a veces ignorados por su autor, como por ejemplo la muerte del *suus* en colonias, quien dejaba a un descendiente de grado más lejano en la posición que antes ocupaba él.

La jurisprudencia y las leyes debieron, por ello, inventar remedios para corregir esas injusticias, particularmente notorias cuando el *suus*, cuya supervivencia venía a romper el testamento, nacía después de la muerte del testador.

El movimiento reformador duró largo tiempo. Partiendo del último ejemplo anotado, alcanzó luego a otras situaciones similares, aunque de menor gravedad. Consistió en permitir al testador, antes del nacimiento del póstumo o —ya nacido— antes de que se hubiese convertido en sucesor, desheredarle o instituirle conforme a las reglas generales del *jus civile*. El testamento, absolutamente anulable (*ruptum*) por la superveniencia de un póstumo (<sup>47</sup>), conservaba así su valor y era dable prever las contingencias futuras del parentesco.

(<sup>46</sup>) *Agnatione postumi rumpi testamentum*.

(<sup>47</sup>) Accarias, sobre la base de un texto de Tito Livio, donde se refiere que entre los etruscos el nacimiento de un póstumo omitido no anulaba el testamento, conjetura que tal ha debido ser también la solución en las primitivas leyes romanas. (Véase: A. Accarias: *Précis*





De las sucesivas etapas, que en forma sinóptica enumeramos, surgieron cinco clases de póstumos: a) Los *postumi legitimi*, hijos o nietos de hijos muertos antes que el testador y que habían nacido con posterioridad al deceso del *de cuius*. Esta primera reforma se introdujo al fin de la República y es recordada por Ulpiano. b) Los *postumi Aquiliani*, incluidos en la misma categoría por la reforma de Aquilius Gallus, eran los nietos nacidos después de la muerte de padres que vivían en el momento en que el acto *mortis causa* fué confeccionado y que, por tanto, sustituían a sus padres en la calidad de herederos. c) La ley *Junia Vellaea* encaró la situación de los descendientes del testador nacidos antes de su muerte, pero después de la confección del testamento. d) *Postumi quasi-Velleiani* eran los descendientes del testador, nacidos antes de la confección del testamento, nacido antes de la confección del testamento, pero que sólo se hacían herederos suyos después, como consecuencia de la muerte del sucesor intermedio; e) En fin, los *postumi Juliani*, categoría creada por Salvius Juliano, eran los descendientes nacidos después de la confección del testamento y vueltos herederos suyos en vida del testador, por el predeceso de su padre.

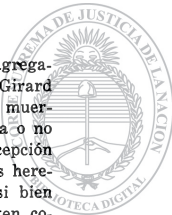
Todos los póstumos del sexo masculino debían ser desheredados nominativamente, mientras que los femeninos podían serlo en forma colectiva (*inter caeteros*) <sup>(46)</sup>, conforme a las reglas generales.

La doctrina y la legislación no contemplaban otras categorías, que, sin embargo, parece que debieran encontrar un apoyo semejante; v. gr.: los hijos legitimados, las mujeres *in manu*, los adoptados y adrogados no se comprendían en las

---

*de Droit Romain*. 4ª edición. F. Pichon, editor. París, 1886. Tomo I, pág. 904.

(46) GAYO, II, 134.



previsiones de las leyes innovadoras y, por tanto, su agregación a la familia bajo una potestad que, con toda razón Girard califica de artificial <sup>(49)</sup>, producía, en el momento de la muerte del *de cuius*, la ruptura del testamento que los omitía o no desheredaba en forma. ¿Cuánto tiempo duró esta excepción a la regla ya admitida para los otros hijos? Tal vez esos herederos no entraron nunca dentro del criterio general, si bien textos de Papiniano, Ulpiano y otros prudentes permiten conocer que, en cierto momento del desarrollo jurídico, fué posible instituirlos con anticipación, aunque nunca desheredarlos.

4. — La preterición formó así su sistema en la época clásica. Podemos afirmar que estos lineamientos, con variaciones sin mayor importancia y meramente circunstanciales, rigieron durante siglos la forma de los testamentos, porque bien es cierto que, en cuanto al *jus civile*, la omisión o la desheredación *sine rite* constituyeron un defecto exterior que daba motivo a la nulidad.

Se llega así al período reformador del Bajo Imperio. Justiniano, codificador de la copiosa legislación existente, pero, sobre todo, dotado de un curioso espíritu de reforma —a veces feliz y otras decididamente oscuro y retrógrado—, impuso también su sello particular en esta materia, simplificando el sistema de la sucesión necesaria formal y refundiéndola, según autorizados publicistas, con la *querela inofficiosi testamenti*.

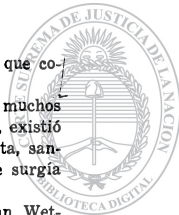
Las reformas del emperador se resumen, principalmente, en dos reglas: 1º En adelante las desheredaciones deben ser nominativas, sin distinción entre varones y mujeres; 2º La preterición no da lugar a la nulidad sino sólo al *jus adcre-*

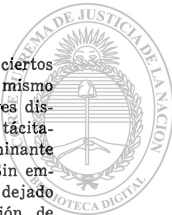
(49) P. F. GIRARD, op. cit., pág. 909.

*cendi* que, según vimos oportunamente, era el derecho que correspondía a las hijas y *nepos*.

Según la opinión de Girard, no compartida por muchos autores y que, sin duda, es difícil fundar en los textos, existió hasta las *Novelas* la distinción entre la nulidad absoluta, sancionada por el derecho civil, y la nulidad relativa que surgía de la *bonorum possessio contra tabulas*.

También Girard opina —tesis que comparte Van Wetter— que la teoría de la desheredación fué abolida por la *Novela* 115. Van Wetter ha recogido las diversas doctrinas sobre el destino de la desheredación en la época justiniana, y, con referencia a la propia, frente a la de otros romanistas insignes, dice: “La acción por la cual hacen valer sus derechos los ascendientes o descendientes, es la petición de herencia; el demandante reclama por ella la rescisión del testamento, y, como consecuencia, la parte hereditaria que le corresponde ab intestato. La escuela llama a la acción *querela nullitatis*. Tales son, continúa, los principios del nuevo derecho romano en esta materia; pero están muy lejos de ser universalmente admitidos. Para muchos autores, el testamento contrario a la *Novela* 115 es nulo, o bien ineficaz de pleno derecho por la superveniencia de un póstumo; para ello no es necesaria ninguna demanda. Para otros, el testamento es simplemente rescindible, pero la acción para su rescisión sería la queja del testamento inoficioso, la *querela inofficiosi testamenti*, que pertenece a los que tienen derecho a legítima y que ofrece numerosas particularidades. Pero el mantenimiento, en el acto *mortis causa*, de los legados, de los fideicomisos y de las daciones de tutores, es conclusión incontrovertible. Cita como sostenedores de la primera opinión, a Muhlenbruch, Goeschen, Thibaut, Schmidt y Vangerow, y como secuaces de la segunda a Mackeldey, Mayer, Windscheid y Puchta; y agrega: “El sistema de la *Novela* 115 ha abrogado tácitamente el del an-



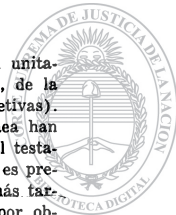


tiguo derecho, sobre la institución y desheredación de ciertos descendientes. En efecto; Justiniano legisló sobre el mismo punto, y es un principio de derecho que, cuando dos leyes disponen sobre la misma materia, la más antigua queda tácitamente abrogada por la más moderna. La opinión dominante entre los autores modernos, se decide en este sentido. Sin embargo, muchos son de opinión de que la *Novela* 115 ha dejado subsistente el antiguo sistema, añadiéndole la obligación de instituir a los descendientes y ascendientes que no han merecido ser desheredados” (80).

5. — En fin, y para terminar con este tema de las sucesiones contra el testamento, nos parece conveniente transcribir los párrafos en que Maynz fundamenta su tesis sobre la abolición del instituto por la *Novela* 115, pues su razonamiento, concordante con el de Girard, nos parece que resume la verdad histórica sobre la ya tan discutida cuestión. “La *Novela* 115 —expresa— reformando... radicalmente el sistema de la inoficiosidad, abolió al mismo tiempo implícitamente, pero de una manera igualmente radical, las sucesiones contra el testamento.\. Esta proposición... está lejos de ser generalmente aceptada. Nos parece, sin embargo, imposible no admitirla, cuando se toma en cuenta la marcha progresiva de las instituciones, el pensamiento del legislador y el alcance práctico de las reformas consagradas por la *Novela*. No puede desconocerse, en efecto, que desde el segundo siglo de la era cristiana, la jurisprudencia ha hecho servir las sucesiones contra el testamento tanto y aún más que para favorecer a los hijos, para conservar toda la fuerza a la voluntad real o presunta del testador. (Ello, agregamos por nuestra cuenta, es la consecuencia de esa función de intermediaria que Roma ejerció en el pro-

---

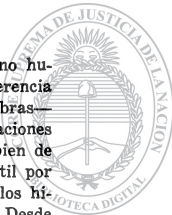
(80) P. VAN WETTER, op. cit., págs. 451-452.



greso del derecho, conjugando en una sola legislación unitaria, el paso de la propiedad colectiva a la individual, de la costumbre antiquísima a las modernas ideaciones subjetivas). Si las fórmulas de Aquilio Galo y la Ley Junia Vellaea han sido todavía inspiradas por el deseo de proporcionar al testador medios para prevenir la ruptura de su testamento, es preciso reconocer que muchas de las reglas introducidas más tarde por la jurisprudencia, parece que tienen más bien por objeto producir la invalidación de las instituciones insuficientes y de las desheredaciones. Desde que llegó a ser dominante esta tendencia, se acostumbró insensiblemente a considerar bajo el mismo punto de vista práctico el testamento inoficioso y las sucesiones contra el testamento, considerando la querella inoficiosa como un último remedio y un remedio más eficaz destinado a predominar” (51). “Así, después de Alejandro Severo —continúa Maynz—, mientras que las leyes reformadoras en materia de inoficiosidad abundan, no encontramos constitución imperial alguna concerniente a la sucesión contra *tabulas* de los ingenuos, hasta la ley de Justiniano que figura en su Código como Ley 4, de Lib. Pret., 6, 28, y en la cual el emperador califica a la legislación vigente de defectuosa e inicua, entre otras razones por la de que una hija omitida, *preterita*, está peor tratada que una hija desheredada, pudiendo esta última recurrir a la querella inoficiosa, *ultimum auditorum contra iniuriam patris*. Es verdad que la ley citada tiene por objeto poner un remedio a estos inconvenientes; pero el emperador no disimula la insuficiencia de su reforma. En efecto,

---

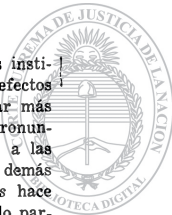
(51) En realidad, desaparecida la fuente de la sucesión contra el testamento, ésta era ahora completamente innecesaria, ya que otra acción, la de inoficiosidad, lograba el mismo resultado. Convertida la *querela*, en un instituto legal, de un remedio procesal que era antes, diluida su característica de injuriosa, desaparecía la razón de coexistencia de ambos remedios contra la libre disposición del *paterfamilias*.



si no hubiese estado persuadido de esta insuficiencia, no hubiera ciertamente dejado —queriendo abolir toda diferencia entre la generación por varones y la generación por hembras— de extender la reforma verificada por la Ley 4 a las relaciones existentes entre la madre y sus hijos. Pero se guardó bien de tomar esta medida, que tiene el cuidado de declarar inútil por la razón de que, respecto del testamento de su madre, los hijos tienen otro remedio suficiente, que es la querella. Desde entonces, como, para alcanzar la igualdad que deseaba, de nada servía a Justiniano extender la sucesión *contra tabulas*, forzoso le fué mejorar el sistema de la inoficiosidad, de manera que absorbiese la institución anticuada, defectuosa e incurable. Esta es la reforma operada por la *Novela* 115, cuyo objeto fué, como se dice expresamente, poner a los hijos al abrigo de la injuria que se pudiera hacérseles por sus padres por medio de la desheredación o la preterición. Para obtener este resultado, el emperador empieza por destruir fundamentalmente el sistema de las sucesiones contra el testamento. Este sistema, en efecto, descansa en el doble principio, por una parte de que el padre es libre de desheredar a sus hijos o de instituirlos por una porción cualquiera, tan mínima como sea; pero por otra parte, de que no le es permitido omitirlos, *praeterire*. Mas después de la *Novela* 115, no le es permitido desheredar ni omitir; la desheredación y la preterición quedan colocadas en la misma línea y son prohibidas tanto la una como la otra <sup>(52)</sup>. Hay, por consiguiente, incompatibilidad ab-

---

<sup>(52)</sup> Afirmación es ésta que merece un comentario aparte. En efecto: precisamente las reformas de Justiniano reconocieron el derecho de los testadores para desheredar a los herederos llamados por la ley, ya que se determinó cuáles eran los motivos sobre cuya base, y bajo condición de incluirse en el testamento, el causante podía privar de la herencia a los legitimarios. Lo que no se permite, y ello debió agregarle Maynz, es la desheredación sin causa, lo que, por otra parte, no es re-



soluta entre los principios que sirven de base a las dos instituciones.<sup>1</sup> La misma incompatibilidad se muestra en los efectos y da lugar a conflictos insolubles. Así, para no señalar más que un solo punto de vista, la rescisión del testamento pronunciada en virtud de la *Novela 115*, afecta únicamente a las instituciones de heredero, dejando firmes los legados y demás disposiciones; mientras que la *successio contra tabulas* hace caer todo el testamento, incluidas las liberalidades a título particular <sup>(53)</sup>. Admitiendo la coexistencia de los dos sistemas, se llega pues, forzosamente, a la conclusión imposible de que depende del hijo omitido privar a los legatarios de las ventajas que la ley les asegura, prefiriendo la *successio contra tabulas* en lugar de la *querela*. En vano se objetará que el procedimiento de ofrecer la elección entre dos medios de derecho de diferente eficacia, no es contrario al espíritu de la legislación romana. Ciertamente, los ejemplos de semejante concurso electivo son numerosos, y la elección que hagamos de uno de estos medios ofrecidos puede darnos más ventajas respecto de la persona contra la cual podamos dirigir nuestra acción, pero no podrá nunca tener por efecto causar un perjuicio a tercera persona contra la cual no tenemos ningún derecho que hacer valer. Puede pues decirse que la *Novela 115* ha creado entre ambos sistemas, incompatibilidades que hacen absolutamente imposible la existencia de la sucesión contra el testamento. Por lo demás, encontramos superabundante en las Basílicas y

---

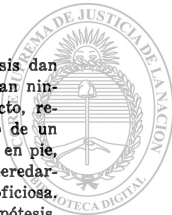
forma justiniana, desde que ya en los comienzos del Imperio, al crearse la *querela inofficiosi testamenti*, los tribunales se consideraron facultados para apreciar las causales tenidas en mira por el testador para omitir a sus herederos, o, a la inversa, apreciar las pruebas que el legatario rendía ante los jueces, de no haber merecido la preterición.

<sup>(53)</sup> Con excepción de la *bonorum possessio contra tabulas* que, según se ha visto en páginas anteriores, no producía efectos tan amplios.



otras partes la prueba cierta de la abolición de esta institución. La autoridad de las Basílicas es, a la verdad, cuestionable cuando nos da la interpretación de un texto legal; pero no se podrá ponerla en duda cuando se trata simplemente de la relación de un hecho contemporáneo. Y con relación a la cuestión que nos ocupa, las Basílicas son suficientemente explícitas. Es verdad que los pocos entendidos redactores de esta compilación han mantenido los dos títulos que tratan *de liberis et postumis instituendis et exheredandis* y *de bonorum possessio contra tabulas*. Pero el primero de estos títulos acaba por un análisis de la *Novela* 115, evidentemente para indicar que lo que precede está abolido; y un esolio de la otra dice que el título no está ya en vigor, habiendo sido abolido por la *Novela* 115, que enumera ciertas causas, fuera de las cuales toda desheredación y preterición anula las instituciones de heredero, manteniendo los legados. El mismo lenguaje se encuentra en el segundo esolio del título *de Col.bon.*, a propósito de la *bonorum possessio contra tabulas*. Además, leemos en un esolio del título *de iniusto rupto testamento* que, del mismo modo que no existen después de la *Novela* 118, las diferencias entre agnación y cognación, la *Novela* 115 ha abolido las antiguas reglas sobre las desheredaciones y las pretericiones. Esta proposición está repetida en los escolios sobre la ley 5 del mismo título, el cual, por lo demás, reproduce el fr. 5, D., idem, 28, 3, con las alteraciones que implican la abolición que discutimos. En el mismo sentido parecen concebidas las leyes 1, 2, *de Falcidia*. Se podría, a la verdad, decir que si en estos dos pasajes se habla de la *Novela* 115 sin hacer ninguna mención de la sucesión contra el testamento, no resulta necesariamente, en concepto del redactor, que esta última estuviese abolida. Pero la cosa es clara e incontestable en el análisis de la ley 4, C. *de bonis libertorum*, 6, 4, que nos ha sido conservada por las Basílicas y por una auténtica cuya redacción se remonta pro-





bablemente al tiempo mismo de Justiniano. Estos análisis dan el texto de la ley 4, citado, con alteraciones que no dejan ninguna duda sobre nuestra cuestión. Este texto, en efecto, reproducido en las Instituciones, trata de un testamento de un ascendiente que excluye a los hijos y queda no obstante en pie, por la razón de que el padre ha tenido cuidado de desheredarlos o que la madre los ha omitido de una manera no inoficiosa. Mas los análisis mencionados no hablan de estas dos hipótesis, sino que, poniendo el testamento del padre y el de la madre en la misma línea, establecen otra distinción, aplicándose a las dos especies, la de saber si los hijos han sido justa o injustamente excluidos. Este cambio prueba incontestablemente que, en la época en que se hizo, no había ninguna diferencia entre el testamento paterno y el testamento materno y que sólo el derecho de la *Novela* 115 estaba en vigor, aplicándose a todos los testamentos de ascendientes, sin distinción” (\*).

Por su parte, Pacchioni recoge el mismo tema y adhiere a la doctrina de Maynz. “La razón de la disputa —dice— reposa casi exclusivamente en que no se encuentra, en las mismas *Novellae*, ningún testimonio, expreso y seguro, de semejante abrogación. Pero con justicia se ha observado que una verdadera y propia abrogación expresa no era necesaria, desde que las reformas de las *Novellae* están dirigidas, en manera clara y segura, a abolir aquel parentesco agnaticio que constituía en la antigüedad la base y el presupuesto de la llamada sucesión necesaria formal. Y en verdad, ya se considere la *Novela* 18 —la cual como hemos visto elevaba el monto de la legítima—, ya la *Novela* 118, que reformaba todo el sistema de la sucesión ab intestato, afirmándolo sobre decisivas y exclusivas bases cognaticias, ya, en fin, la *Novela* 115, dirigida a combatir la *iniuria testamentarum*, siempre surge manifies-

---

(\*) CARLOS MAYNZ, op. cit., págs. 409 y siguientes.



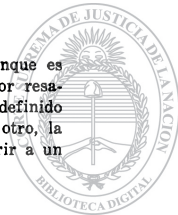
ta la tendencia fundamental del legislador de querer asentar todo el sistema de las sucesiones ab intestato, sobre el parentesco cognaticio. De la *Novela* 118 resulta, en efecto, que el legislador no tenía ya presente sino una sola especie de sucesión contra el testamento, es decir, la de los legitimarios; de la *Novela* 118 se desprende, también con toda claridad —en el mismo título— el programa de la reforma, que es abolir el derecho de los agnados (*de agnatorum jure sublato*); y en la *Novela* 115, al mismo tiempo que se fijan las causas de justa desheredación, se asimila constantemente la desheredación con la preterición y para entrambas se exige que en el testamento se haya expuesto la causal, de tal manera que con justicia puede concluirse que en adelante, a tenor de la *Novela* 115, cuando se exprese una de las justas causas establecidas en ella, no se debe hablar de preterición, aunque no exista una desheredación formal y que, viceversa, no baste ya una formal y expresa desheredación, si no se funda sobre una *iusta causa*, para librar al testamento de la acusación de inoficiosidad. Después de las *Novelas*, pues, la llamada sucesión necesaria formal, civil y pretoriana, no tenía razón de ser; quedaba en las compilaciones como un simple recuerdo histórico” (58).

Hemos transcripto, con particular detenimiento y extensión, las opiniones de Maynz y Pacchioni, porque es nuestro convencimiento, salvando distancias, que resumen la verdad histórica sobre el destino de la sucesión contra el testamento. En realidad, si es preciso recurrir a recopilación tan moderna como las *Basílicas*, para advertir su desaparición de la ley, es indudable que en la práctica debió caer en absoluto desuso mucho antes. No cabe llegar a otra conclusión, si se encara el largo período de desarrollo del derecho romano. La herencia contra el testamento se justifica sólo como un estado interme-

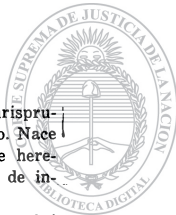
---

(58) G. PACCHIONI, op. cit., pág. 518.

dio hacia la adopción definitiva de la legítima y, aunque es dable suponer su coexistencia durante cierto tiempo por resabios de las costumbres, bien es exacto también que, definido el nuevo instituto, de más amplia protección que el otro, la justicia social se ha cumplido y no es necesario recurrir a un remedio ya imperfecto.



## LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

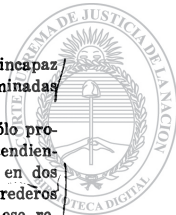


1. — El testamento inoficioso es una creación jurisprudencial de fines de la República y comienzos del Imperio. Nace con posterioridad a la legislación sobre preterición de herederos forzosos y es, al principio, un remedio procesal de determinadas reglas.

Sin poderse precisar con exactitud la fecha —talvez fué alrededor del año 50 después de Cristo, o se debió a una ley Glitia, cuyo texto se desconoce y que recuerdan Gaius y Cujas— el tribunal de los centumviros empezó a acoger una acción tendiente a demostrar en justicia, que la desheredación sufrida por un *suus* era injusta, y que elementales deberes de cariño hacia los hijos exigían que éstos recibiesen la herencia de sus mayores.<sup>1</sup> Los centumviros consideraron así que es obligación del testador, derivada de la piedad natural hacia los descendientes (*officium pietatis*), favorecerlos con una cuota parte de la herencia. Faltar a esa obligación era motivo para que se presumiese —ficción en verdad forzada— que el testador sufría de locura —*color insaniae* <sup>(56)</sup>—; una locura de relativa gravedad empero, pues no producía la nulidad insa-

---

(56) Ya Séneca decía en *De Clementia*, I, 14: *Numquid aliquis sa-*



nable aneja a todo acto realizado efectivamente por un incapaz de ese grado, sino sólo una rescisión sujeta a determinadas condiciones (\*).

Admitida al comienzo con cierta timidez, ya que sólo protegía a un reducido número de parientes —los descendientes—, se encontraba la *querela* (\*\*) también limitada en dos órdenes de ideas: 1º no podían ejercerla sino los herederos *jure civile*, quedando pues los pretorianos privados de ese remedio; 2º por otra parte, no se daba contra los habitantes de provincias, porque ante los centumviro no se litigaba sino mediante el procedimiento *per sacramentum*. Fué preciso, pues, de inmediato, colmar este vacío que creaba una manifiesta desigualdad entre las personas, desigualdad tanto más reprochable si se tiene en cuenta que ya el derecho pretoriano, con su impulso renovador, llamaba a la herencia a muchas otras personas que los herederos civiles. Esa reforma, parece, fué la debida a la ley Glitia, que, según Eisele, encomendó a tribunales especiales los casos en que los centumviro eran incompetentes; esos tribunales juzgaban según el procedimiento *extra ordinem*, para el cual se dictaron nuevas reglas. No sería sino con esta extensión que nació el nombre de *querela inofficiosi testamenti*, que luego, al desaparecer la primitiva

*nus filius a prima offensa exheredat?* (Véase: *Oeuvres complètes de Sénèque le Philosophe*. Publicadas bajo la dirección de M. Nisard. París, 1878. Firmin Didot et Cie., ed., pág. 340).

(\*) Para May (op. cit., pág. 574, en nota), “la acusación de locura fué al principio un argumento procesal, un simple remedio del litigio, color, del género de los contenidos en las declamaciones de la época. Pero, habiendo resultado exitosa esa invención ante los jueces, por otra parte predispuestos a acogerla favorablemente, lo que no era en sus orígenes más que un pretexto ingenioso, terminó por cobrar el vuelo de un verdadero medio jurídico”.

(\*\*) No es posible hablar de acción, desde que no se la incluía entre las antiguas *actiones legales*.



jurisdicción de los centumviro, quedó, con sus normas, rigiendo todo el sistema de los testamentos inoficiosos. Posiblemente también de esta doble fuente deriva la indeterminación sobre la verdadera naturaleza jurídica de la *querela*, porque bien es cierto que, ante los centumviro, la protección especial se ejercía por una *hereditatis petitio ordinaria*, mientras que la derivada de la reforma posterior, no era, por razones lógicas, una acción de la ley.

2. — Ante el tribunal de los centumviro, el legítimo perjudicado discutía la validez del testamento invocado por el heredero instituido, pero, para encontrarse facultado a esa *petitio hereditatis*, le era preciso haber antes notificado al juez o al heredero instituido (*libelo y denuntiatio*) su queja contra el testamento, lo cual constituía la *praeparatio litis*, fase previa que, como efecto muy importante, hacía transmisible la *querela* a los descendientes del accionante, pero, por otra parte, se suplía con una manifestación de voluntad del legítimo antes de su muerte.

3. — *Personas que pueden ejercer la querela.* — Es preciso ser llamado a la herencia ab intestato o, en otras palabras, que el accionante sea aquél a quien se deferiría la sucesión en ausencia de testamento, o si éste fuese nulo. Pero, con mucha verosimilitud —como afirma Accarias— no fué la *querela* instituida primero sino en favor de los hijos, herederos suyos según el derecho civil, como consecuencia lógica de su copropiedad en los bienes del padre y paralelamente al remedio de preterición ya acogido en las leyes <sup>(99)</sup>. También corresponde a los demás descendientes <sup>(100)</sup>, sean civiles o pre-

<sup>(99)</sup> C. ACCARIAS, op. cit., pág. 950.

<sup>(100)</sup> La regla admitía las siguientes excepciones: a) el hijo dado



torianos, *per masculos* o *per feminas* y, en general, también a todos aquéllos a quienes el ascendiente no estaba obligado a desheredar formalmente o instituir, como ser los que heredaban a la madre, a un ascendiente materno de uno u otro sexo o a una ascendiente paterna, aplicación ésta sin duda posterior, que ya no reposaba sobre la propiedad familiar sino en el afecto presunto del causante.

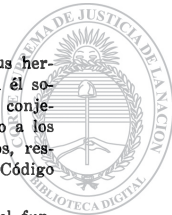
Los favorecidos con la *querela* fueron luego aumentando, con el correr de los tiempos, y es así que una primera extensión vino a proteger los derechos de los ascendientes, suponiendo que el deber de piedad entre padres e hijos debía ser recíproco <sup>(61)</sup>. En fin, en una época más adelantada, en derivación de una ley de Constantino <sup>(62)</sup>, se dió la *querela* también a los hermanos y hermanas, germanos o consanguíneos, pero sólo si la persona instituída era *vil*, *persona quae infamae vel turpitudinis vel levis notae macula adspersitur*. Accarias, sin embargo, disiente con el criterio de que ésta sea una aplicación posterior; para él es, por el contrario, muy antigua, según cabe deducirlo —dice— de una anécdota referida por Valerio Máximo. “Talvez derivó —continúa— de la idea de que los

---

en adopción no podía atacar como inoficioso el testamento del adoptante, si éste lo había emancipado, ni tampoco pedir la rescisión del de su padre natural, cuando el adoptivo no lo había emancipado; b) no era dable querellar el testamento que el hijo hacía sobre su peculio castrense. Justiniano derogó esta segunda regla, y también la primera en cuanto se refiere al derecho del hijo adoptivo en la sucesión del padre natural; c) tampoco progresaba la *querela*, en el derecho nuevo, contra el testamento de los soldados.

<sup>(61)</sup> El derecho de la madre surge de los senadoconsultos que sancionaron un derecho de sucesión recíproco entre ella y los hijos. La *querela* correspondía también a los hijos naturales contra el testamento de su madre o de sus ascendientes maternos.

<sup>(62)</sup> Parece, sin embargo, que el emperador no hizo sino formular una regla ya vigente con anterioridad a su reinado.



bienes del difunto habían sido antes copropiedad de sus hermanos y hermanas cuando éstos estaban como él y con él sometidos a la potestad del padre común. Mediante esta conjetura se explica por qué la *querela* no fué acordada sino a los hermanos y hermanas consanguíneos, no a los uterinos, restricción sobre la cual las Institutas callan, pero que el Código de Justiniano conserva" <sup>(68)</sup>.

Sin perjuicio de nuestra coincidencia general con el fundamento de la *querela inofficiosi testamenti*, creemos que, precisamente en cuanto favorece a los hermanos y hermanas, no tiene otra base que el afecto presunto del testador. Si la querella constituye una reacción contra la ilimitada facultad de disponer conquistada por los padres al declinar la República, es de suponer que sólo se aplicó, con el criterio de la copropiedad, en los primeros años de su vigencia, a los herederos más próximos, como ser los hijos, porque así se lesionaba menos el fuero individual de quien se creía con absolutos derechos sobre el patrimonio. Es preciso reconocer que, según hemos dicho en otra parte, el romano advirtió muy luego cómo el concepto de la propiedad individual era el más conveniente a su progreso y organización, y se dejó llevar por la corriente reformista que tan impulsivamente derogaba a la costumbre. Si la *querela* es una restricción, justo es deducir que no se aplicaba en los comienzos sino excepcionalmente y, por ello, no cabe pensar en un derecho de copropiedad permanente de los hermanos, mantenido sin interrupción desde las épocas primitivas y aún, como lo demuestran los textos, privilegiado al de los ascendientes.

No existe ley alguna que hable de un similar derecho para los otros colaterales. Las Institutas lo niegan categórica-

---

<sup>(68)</sup> C. ACCARIAS, op. cit., pág. 952.



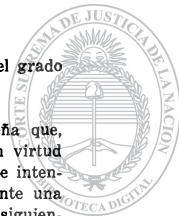
mente y Ulpiano expresa que los cognados más allá del grado de hermanos, tenían pocas esperanzas de vencer.

4. — En cuanto a los descendientes, Maynz enseña que, cuando se los llamaba a la herencia por el edicto, en virtud de haber sido omitidos o desheredados, debían, antes de intentar la *querela*, pedir la posesión del patrimonio mediante una *bonorum possessio litis ordinandae gratia*. Y Girard, siguiendo indudablemente un criterio erróneo, afirma que el *suus* o el *liber* omitido no pueden usar de la *querela*, porque tienen, uno la petición de herencia y el otro, la *bonorum possessio contra tabulas*. Cuq, por el contrario, expresa que los herederos ab intestato que se quejaban de haber sido injustamente desheredados u omitidos, tenían la elección entre ambos medios (\*\*). La duda es de lógico planteo desde que, como ya se verá, la *querela* no fué otorgada sino como acción subsidiaria; en tal caso, conforme con Girard, sería legítimo concluir que el *suus* omitido tiene un remedio, no injurioso, para obtener lo que le niega el testamento. Nos parece, empero, que el principio admitía una excepción en este caso, para facilitar talvez la posición jurídica del *suus*. Ello nos lo sugiere el texto de las Institutas, donde se expresa: “Como hay descendientes que desheredan o que omiten a sus hijos, y esto las más veces sin motivo, se ha introducido la acción del testamento inoficioso en favor de aquéllos que se quejan de haber sido injustamente desheredados u omitidos...”

5. — La *querela* no protege a todos los parientes simultáneamente, sino que ellos pueden reclamar la legítima en el orden en que son llamados a la herencia ab intestato. Así, en

---

(\*\*) EDOUARD CUQ: *Manuel des Institutions juridiques des romains*. 2ª edición. París, 1928, pág. 711.





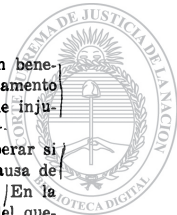
primer término vienen los descendientes: hijos y, a falta de éstos, nietos <sup>(65)</sup>; luego los ascendientes junto con los hermanos y hermanas germanos y, en fin, los hermanos y hermanas consanguíneos. Merece destacarse la observación de van Wetter, el cual recuerda que los sobrinos y sobrinas germanos llegan a la sucesión ab intestato, aunque no tienen legítima, antes que los hermanos y hermanas consanguíneos, por lo que, si son instituidos, el testamento no puede rescindirse, pues, no corresponde a los hermanos y hermanas consanguíneos invocar la *querela*.

6. — *Caracteres de la querela*. — El remedio inventado por los centumviroi participa de las características de una acción de injurias. En efecto; fundado sobre el *color insaniae* y presuponiendo una falta del ascendiente al deber de piedad hacia sus hijos, importa un agravio a la memoria del causante. De ese matiz se desprenden, a su vez, dos caracteres importantísimos:

a) La querela es una acción subsidiaria, es decir, que el legítimo no puede ejercerla sino cuando no cuenta con otro medio legal de hacer valer sus derechos (*ultimum adiutorium*). Siguiendo a Girard, caba poner estos ejemplos: 1º) caso en que el legítimo ha sido instituido *ex asse*, pues, aunque en el testamento no se le asigne su parte legítima, tiene frente a los legatarios, la cuarta Falcidia y frente a los fideicomisarios la cuarta Pegasiana; 2º) caso en que el legítimo es un adrogado impúber, porque tiene en su defensa la cuarta Antonina; 3º) caso en que es un adoptado *ex tribus maribus*, porque está protegido por la cuarta Afiniana.

---

(65) Pero los descendientes por las mujeres no podían obrar sino en caso de inacción de los otros *sui*, pues eran llamados a la herencia como cognados.



b) El legitimario vencido en el proceso pierde, en beneficio del Fisco, todo lo que habría recibido por el testamento de su autor, consecuencia ésta común a las acciones de injurias.

c) Por la misma causa, la *querela* no puede prosperar si el legitimario no demuestra estar a cubierto de toda causa de desheredación, es decir, si ha desmerecido la herencia. En la primera época, esta prueba negativa estaba a cargo del querellante y, no expresadas por la jurisprudencia las causales de desheredación, quedaba al arbitrio de los magistrados determinar, en cada caso particular, si el legitimario tenía derecho o no a la herencia. La prueba quedó luego, por razones lógicas y en cumplimiento de los principios generales, a cargo del heredero instituido.

Efectos tan graves, que a veces llegaban a la tacha de infamia contra el mismo heredero llamado por el testamento, determinaron que la *querela* fuese sólo una defensa de carácter personal, es decir, que únicamente pudiera ejercerla el legitimario, sin que pasara a sus sucesores. Estos sólo podían continuar una acción ya iniciada ante la justicia, o plantearla cuando, al menos, su autor la había preparado. Justiniano, en una de sus reformas, estableció que los *sui* del legitimario podían intentar la *querela* aunque su padre no la hubiese preparado.

7. — Era preciso, por otra parte, que el despojo cometido por el testador fuese injusto. Sobre esta materia se evolucionó hacia la fijación de una cuota legítima, *debita portio*, *legitima portis*, también precisada definitivamente en tiempos de Justiniano.

Como las justas causas de desheredación y las personas facultadas para ejercitar la *querela*, la cuota de legítima fué, en los primeros tiempos, determinada arbitrariamente, y en



cada caso, por el tribunal de los centumviros.) Este sentenciaba, teniendo en cuenta la fortuna del *de cujus*, el parentesco del legitimario y demás circunstancias de hecho, si la parte que dejaba el causante al legitimario era justa y excluía la razón de todo reclamo. Si así no era, el testamento se rescindía y el heredero legitimario ocupaba su lugar en la sucesión ab intestato.

Pero muy luego, en imitación de la cuarta Falcidia, la cuota legítima se fijó en un cuarto de la parte que hubiese recogido el *querelans* en la sucesión ab intestato (\*\*). La fuente de esta cuarta legítima se encuentra, sin duda, en la similar recordada, lo que se justifica ciertamente con un pasaje de Plinio, donde el autor, relatando un caso particular, dirige estas palabras al hijo desheredado por la madre: “¿Tendrías tú derecho de quejarte si tu madre te hubiera instituido en una cuarta parte: o bien si te hubiese instituido por el todo, encargándote de tantos legados que no te hubiera quedado más que una cuarta parte? Pues has de estar contento si, desheredado por tu madre, consigues de los herederos instituidos una cuarta parte”.

Sin embargo, la disposición jurisprudencial no llegaba al extremo de rescindir todo testamento en que la cuarta legítima no era respetada. Si la *querela* tenía en vista una falta a los deberes de la piedad, justo era descartarla cuando se demostraba que las intenciones del testador habían sido benéficas. Era el caso de la desheredación *bona mente facta*, como v. gr. cuando, sabiendo que el hijo pródigo disipará el patrimonio, el de cujus lo deshereda e instituye al nieto.

Tampoco se rescindía el testamento si el testador había

---

(\*\*) Un senadoconsulto de 176, bajo Marco Aurelio, consagró esta cuarta, tanto con respecto a la herencia paterna como al derecho del padre en la sucesión del hijo.

creído dejar a su legitimario la *debita portio*, e incluía en el acto *mortis causa* la cláusula *boni viri arbitratu*, para que se completase la legítima si su disposición era insuficiente por aumento posterior de la fortuna, o disminución de los herederos llamados a la sucesión ab intestato.

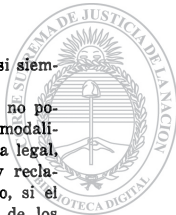
No era necesario, al menos en la época clásica, que el causante dejara a su legitimario su cuota en forma de institución de heredero. Podía, por el contrario, completar la cuarta mediante legado, fideicomiso o donación por causa de muerte, ya que la jurisprudencia sentaba que todo lo que el heredero recibiese por tales motivos y también por institución, debía ser imputado sobre la legítima. Accarias se plantea, a este respecto, un problema muy interesante, cual es el de la solución a darse en caso de que el testador haya expresado que los bienes donados en vida fueran imputados sobre la cuarta, y ello en el momento de realizar las donaciones. Apunta el gran romanista que Ulpiano, a quien no seguían en esta materia la generalidad de los jurisconsultos, admite la condición puesta por el ascendiente y, en consecuencia, resuelve que la querella debe ser rechazada; pero Papiniano y Paulo adoptan una solución contraria, teniendo por no impuesta la condición, doctrina que, acogida en un rescripto de Alejandro Severo, fué consagrada definitivamente por Justiniano en el Código. “Esa renuncia —dice Accarias— no sería completamente libre y, por otra parte, es condenada por la regla que coloca a las leyes de orden público por encima de las voluntades privadas” (67).

Si, como queda expuesto más arriba, el testador dejaba al legitimario menos de la cuarta, sin establecer en su testamento la cláusula: *ut quarta arbitratu boni viri repleatur*, el testamento se rescindía por el progreso de la *querela* y el le-

---

(67) G. ACCARIAS, op. cit., pág. 957.





gitimario concurría a la sucesión ab intestato, donde casi siempre era favorecido con una cuota superior al cuarto.

Dejando la *debita portio* al legitimario, el testador no podía gravarla en manera alguna. Si, v. gr., le imponía modalidades y cargos que la disminuían por debajo de la cuota legal, el heredero estaba facultado para ejercer la *querela* y reclamar su porción libre de todo gravamen. Por lo mismo, si el heredero en posesión de su cuarta sufre la evicción de los objetos que la integran, puede ejercer la *querela*. Todas las disposiciones restrictivas se consideran así no escritas, y el legitimario recoge su cuota de manera pura y simple. También cabe el caso de que el causante deje al legitimario una porción mayor que la cuarta, pero gravada con alguna condición; en tal supuesto, el heredero tendrá derecho a reclamar su legítima libre y el resto con la restricción, pero el testador puede establecer, previendo esa actitud, que si el legitimario exige su cuarta libre no tendrá derecho a recoger el excedente.

8. — La *querela* se dirige contra los herederos instituidos que han hecho adición de la herencia. (He aquí una primera distinción con la nulidad proveniente de la *bonorum possessio contra tabulas*). También procede contra el heredero del instituido, contra los que están en el lugar de éste y contra el fideicomisario universal. Los legatarios, a fin de evitar una colusión dolosa entre el instituido y el legitimario —pues la *querela* hace caer por entero el testamento—, pueden intervenir en el proceso y aún interponer el recurso de apelación.

Si, a pesar de haber hecho adición de la herencia, el heredero instituido no se encuentra en posesión de los bienes —los que se hallan en poder del legitimario—, el primero deberá ejercer la *petitio hereditatis* y el segundo detendrá sus efectos planteando, como demandado, la cuestión de inoficiosidad por medio de una *exceptio doli*.

También la *querela* se plantea contra el Estado, si éste se ha apoderado de los bienes como vacantes, en cuyo caso el proceso se entiende con el procurador imperial.

9. — *Efectos de la querela.* — Si la acción prospera, el testamento cae y se lo considera como obra de un loco (*colore insaniae*) (\*). Pero es menester precaverse contra la seriedad de la ficción que se alega como fundamento. En efecto: si son varios los herederos omitidos y unos resultan vencidos en el juicio y otros obtienen el éxito en la acción, el testamento se rescindiría sólo para los segundos, permaneciendo firme en cuanto a los primeros. Como consecuencia, dicho acto *mortis causa* será obra de un loco y una persona sana al mismo tiempo...

El *querelans* recoge toda la herencia, a menos que existan otros omitidos que deban compartirla con él, o que haya vencido en el proceso contra un heredero instituido y fracasado contra otro, o, en fin, que, siendo un hermano el reclamante, pueda obrar contra un heredero testamentario y no contra otro, por no ser éste *turpis*.

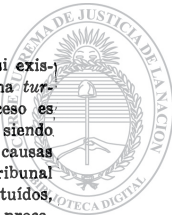
Si, por el contrario, el *querelans* pierde el proceso, se confiscan en favor del Estado las liberalidades con que le favorecía el testamento.

10. — El sistema de la *querela* vino a derogar la famosa máxima: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. En efecto: era posible que el resultado de la *querela* fuese relativo, en el sentido de que el testamento se rescindiese sólo en parte. Esta posibilidad, a la que nos hemos

---

(\*) Según Zachariae, cuya opinión — según nuestros conocimientos — no ha encontrado partidarios, la *querela* no prosperaba contra los testamentos redactados *in calatis comitiis* o *in procinctu*.





referido antes, se producía en los siguientes casos: 1º si existiendo pluralidad de instituidos, uno de éstos es persona *turpis* y otro no, y el legitimario que promueve el proceso es hermano germano o consanguíneo del causante; 2º si, siendo varios los legitimarios, uno ha sido omitido sin justas causas y el otro ha sido desheredado por un motivo que el tribunal entiende razonable; 3º en caso de varios herederos instituidos, si por cualquiera otra razón —por ejemplo, de índole procesal—, la *querela* progresa contra uno y fracasa contra el o los otros; 4º cuando uno de los instituidos es también un legitimario que ha recibido más de lo que le corresponde legalmente.

En tales situaciones, como queda dicho, el testamento vale sólo en parte; los legados y fideicomisos se reducen en la proporción en que haya vencido el legitimario omitido, pero las manumisiones se mantienen —ya que no son divisibles—, con cargo para el manumitido de pagar al *querelans* el valor del derecho que sobre él le correspondería.

La situación descripta no debe confundirse con el caso en que, habiendo varios legitimarios, uno de ellos renuncia a ejercer la *querela*, pues en tal supuesto los otros pueden intentarla por su parte, produciéndose un verdadero derecho de acrecimiento en la legítima.

En fin: la anulación total del testamento se produce aunque el legitimario que ejerce la *querela* haya recibido parte de su cuota, consecuencia absurda que fué derogada en la reforma justiniana, en los términos que se verá.

11. — *Modos de extinción de la querela.* — La *querela* se extingue por las siguientes circunstancias:

a) *La muerte del heredero legitimario.* Hemos dicho ya, que su carácter de acción de injurias impedía a la *querela* transmitirse a los herederos del *querelans*, si éste no la había





preparado o iniciado. Cabe agregar aquí que la diferencia con la *hereditatis petitio* se justifica, precisamente, con el hecho de que el legitimario no ha podido, por impedírselo su misma situación de desheredado, adir la herencia para asegurar la transmisión de su derecho. Fuera de estos principios, que se encuentran claramente expuestos en las compilaciones, cabe recordar un párrafo de Paulo, quien, hablando de la petición de herencia —pero refiriéndose sin duda a la *querela*—, dice que ella se extingue si el legitimario muere antes de la *litis contestatio*, lo que está en evidente desacuerdo con la regla expuesta.

b) *La renuncia*. Ella puede resultar no sólo de un desistimiento del juicio ya trabado, de un convenio o transacción especial —en cuyo caso no se extingue sino cuando el instituído cumple con su promesa—, sino también de cualquier otro acto que signifique reconocer la validez del testamento, como ser si se demanda la ejecución de los legados con que se beneficia al legitimario, pero siempre que se obre en el propio interés, pues, según ha recogido el Código, no hay caducidad cuando el legado que se reclama debe ser restituído a un tercero (caso del tutor desheredado que acepta una liberalidad en nombre de su pupilo). Si la renuncia del *querelans* ha sido provocada por el dolo del instituído, el legitimario puede *repetere inchoatam actionem*.

c) *La prescripción*. A diferencia de la *petitio hereditatis*, de carácter perpetuo, y de la acción de injurias, anual, la *querela inofficiosi testamenti* se prescribía, al menos hasta la época en que escribió Plinio, en el término de *dos años*, pero muy luego ese plazo fué ampliado a *cinco*. La dificultad, con referencia a esta causa de extinción, reside en la determinación del punto de partida de ese término, siendo conocida la controversia planteada al respecto entre Ulpiano y Modestino. Este último lo hacía correr desde la muerte del de cujus, mien-



tras el primero, desde la fecha de la adición practicada por el heredero. En ambos casos, como se advierte —y en el primero con mayor gravedad—, el instituido podía perjudicar al legitimario retardando la adición, ya que, según se ha dicho, el *querelans* no podía obrar contra el instituido mientras éste no hubiera hecho esa manifestación de voluntad. En la doctrina de Modestino, la prescripción seguiría corriendo aunque el heredero legitimario no pudiese obrar porque el instituido no hacía adición de la herencia.

Justiniano aceptó la tesis de Ulpiano, y, para solucionar el problema a que hacemos referencia, estableció que el instituido debía pronunciarse en el término de seis meses, contados desde el fallecimiento del de cujus, si habitaba la misma provincia que el *querelans*, y, en otro caso, en un año.

12. — *Reformas de Justiniano*. — Hemos tenido oportunidad de citar, tratando la sucesión contra el testamento, la opinión de Maynz, para quien ésta había desaparecido como consecuencia de la *Novela* 115 <sup>(69)</sup>. Estudiaremos ahora detenidamente esta fundamental reforma del Bajo Imperio, que tanto perjudicó a la claridad del Instituto y en cuyas disposiciones naufragan aún los romanistas.

El emperador comenzó por unificar las leyes de derecho civil y pretoriano. En adelante, tanto los herederos de una categoría como los de la otra, debían ser comprendidos en el concepto de preterición, y ello como un capítulo más de la teoría de la inoficiosidad. No bastaría ya al testador dejar al legitimario su cuota, por legado, fideicomiso o donación *mortis causa*; era preciso que le *instituyese heredero*, por cualquier cantidad que fuera <sup>(70)</sup>.

(<sup>69</sup>) Año 542.

(<sup>70</sup>) Así, el legitimario puede ser instituido en una porción mínima, completándosele su legítima con una liberalidad *ex certa re*.



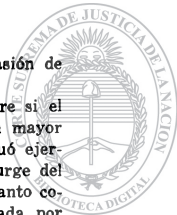
Caso de no instituirse al legitimario, la institución recaída en otra persona era nula; pero ello no ocasionaba la ruptura del testamento, sino que éste se mantenía en todas las otras disposiciones que precisamente no se refirieran a la institución de heredero, abriéndose en lo demás la sucesión ab intestato.

Cabe preguntarse cuál ha sido el fin que persiguió Justiniano con tan extraña reforma. Con muy buen criterio, dice Accarias: “Esta innovación, motivada por el carácter injurioso de la desheredación y de la omisión, no se comprende casi, pues que la cualidad de heredero, en lugar de beneficiar al hijo, no hace más que arrojarle en el embarazo de una liquidación a menudo complicada y le somete a las persecuciones de los acreedores. Es preciso, por otra parte, no exagerar el pensamiento de Justiniano. Supongamos, por ejemplo, que un hijo único haya sido instituido sólo en un sexto. Le falta la mitad de su legítima. Si debiese recibirla enteramente en su calidad de heredero, la acción de complemento de la legítima cambiaría de carácter; en lugar de ser, como antes, una simple acción personal, volveríase una verdadera petición de herencia...”<sup>(71)</sup>. Agreguemos que ya había transcurrido el tiempo en que la institución era necesaria para la conservación del culto y de la unidad de la familia, y su inclusión en el testamento bajo pena de absoluta nulidad comienza a ser un requisito sobreabundante. ¿Qué honra importa para el heredero esa exigencia, qué beneficio patrimonial; qué injuria su incumplimiento?

12. — Pero no es ésa la única reforma desafortunada de Justiniano. Refiriéndonos en especial a las varias caracteris-

---

(71) C. ACCARIAS, op. cit., pág. 967.



ticas y principios de la *querela*, tendremos ahora ocasión de exponerlas.

a) En primer lugar, parece que la discusión sobre si el remedio correspondía al *suus* omitido se renueva con mayor vigor. El heredero privado de toda su legítima continuó ejerciendo una *petitio hereditatis intestati*, pero, según surge del texto de la *Novela* 115, esta acción era nueva —en cuanto correspondía a los descendientes y ascendientes—, creada por esa constitución, y no ya la *querela inofficiosi testamenti* de la época clásica. Por ello es que los intérpretes se resisten a darle este último nombre y le llaman, simplemente, *actio nullitatis ex jure novo*, reservando la antigua denominación para la que ejercían los hermanos y hermanas.

En realidad, de este texto que, so pretexto de aclarar, ha enturbiado infelizmente el sistema, han partido todas las discusiones que, ya en los romanistas de las Basílicas y aún en los jurisconsultos del Renacimiento, se trabaron sobre la verdadera naturaleza de la *querela*.

El mismo Maynz se resiste a cambiar el nombre de la acción, aunque reconoce que la querella del derecho justiniano difiere de la antigua centumviral <sup>(72)</sup>. Rivier, por su parte, la llama *remedium ex Novella CXV* o *querela nullitatis juris novi* <sup>(73)</sup>, y van Wetter, tratando el mismo tema, especifica que a los descendientes y ascendientes correspondía, frente a un testamento inoficioso, la petición de herencia creada por la *Novela* 115, mientras que define a la *querela inofficiosi testamenti* como “la petición de herencia que pertenece a los hermanos y hermanas germanos o consanguíneos que no han recibido nada del de cujus. En el derecho antejustiniano —continúa— tenía un campo más extenso: se daba a los que tenían

---

<sup>(72)</sup> CARLOS MAYNZ, op. cit., pág. 421.

<sup>(73)</sup> A. RIVIER, *Traité élémentaire des successions*, cit., pá. 222.



derecho a legítima, hubieran o no recibido alguna cosa del de cujus. Pero desde la *Novela* 115 los descendientes y ascendientes que no habían recibido nada, deben ejercer la petición de herencia establecida por esta *Novela*; no pueden ya recurrir a la querrela de testamento inoficioso, pues éste es un remedio subsidiario que se dá sólo a falta de otra acción” (74).

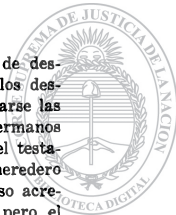
Pero cabe preguntarse: ¿qué diferencia existe entre la acción ejercida por los descendiente y ascendientes con la *querela* que pertenece a los hermanos y hermanas? Para van Wetter —así cabe extraerlo de sus palabras— esa diferencia reside en que la *querela* ha conservado los matices de su antigua legislación y, en consecuencia, es subsidiaria, prescribe a los cinco años, produce la rescisión total del testamento y pone a cargo del legitimario la prueba de la falta de indignidad. Realmente, no sabemos hasta qué punto se puede afirmar que la *querela* conservaba, aún en el derecho de Justiniano, esas características.

El problema se complica si, recorriendo el derecho del Bajo Imperio, se llega hasta la recopilación de las Basílicas. Brugi, en un meditado artículo sobre el que volveremos al estudiar la naturaleza jurídica de la legítima y la *querela* (75), se manifiesta desalentado al no encontrar en las Basílicas, la índole del medio jurídico que la *Novela* 115 asegura a los herederos injustamente excluidos de la herencia, pues en esta recopilación no hay huella alguna de la *querela nullitatis ex jure novo*. Y precisamente alrededor de lo que fué entonces una institución desorganizada, vinieron a rondar los oscuros escolios de los jurisconsultos bizantinos.

---

(74) P. VAN WETTER, op. cit., pág. 457.

(75) BIAGIO BRUGI: *Hereditatis petitio de inofficioso secundo i contemporanei di Giustiniano*, en *Mélanges Fitting*, tomo I, pág. 113. Montpellier, 1907.



b) La *Novela* 115 estableció también las causas de desheredación, las que fueron en número de catorce para los descendientes y ocho para los ascendientes <sup>(76)</sup>, sin precisarse las que cabía invocar contra los hermanos y hermanas germanos y consanguíneos. Pero el testador debe indicarlás en el testamento y, si el legitimario las contesta, corresponde al heredero instituido probar la verdad de la ofensa. No era preciso acreditar todas las causales alegadas; bastaba con una, pero el fracaso en la demostración de ella no autorizaba a substituir-la con la prueba de otra no indicada en el testamento.

A su vez, el legitimario debe demostrar que el motivo de desheredación ha desaparecido por reconciliación o perdón. Pero éste debe ser previo al testamento, porque no es presumible que el testador no cambie su acto *mortis causa* si posteriormente ha perdonado al excluido.

14. — Por otra parte, la *Novela* 18 había modificado ya la cuota legítima, que, en lo sucesivo, sería de la mitad si el causante dejaba más de cuatro hijos y del tercio, si cuatro o menos. Con razón apunta Girard la rareza de esta disposición, pues “ella tiene por efecto hacer la legítima de cada hijo más elevada cuando son cinco (1/10), que cuando son cuatro

---

(76) He aquí el texto respectivo de la *Novella* 115:

“III. — Aliud quoque capitulum præsentí legi addendum esse perspeximus. Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo, vel avíæ, proavo vel proaviæ suum filium, vel filiam, vel ceteros liberos præterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel aliumquemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsán probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerunt testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant indicari, in diversis legibus dispersas et non aparte declaratas invenimus, quarum aliquæ vero, quunt essent, dignæ, prætermisæ sunt, ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim præsentí lege com-



“prehendere, ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ huius constitutionis serie continentur. Causas autem iustas ingratitudinis has esse decernimus.

“1.— Si quis parentibus suis manus intulerit.

“2.— Si gravem et inhonestam iniuriam eis ingesserit.

“3.— Si eos in criminalibus causas accusaverit, quæ non sunt adversus principem sive rempublicam.

“4.— Si cum maleficis ut maleficus versatur.

“5.— Vel vitæ parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverit.

“6.— Si novercæ suæ aut concubinæ patris filius sese miscuerit.

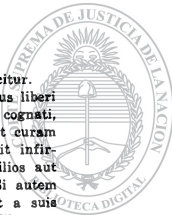
“7.— Si delator contra parentes filius existiterit, et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit, sustinere.

“8.— Si quemlibet de prædictis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi, qui possunt ab intestato ad eius successionem venire, potiti ab eo, vel unus ex his in sua eum noluerit fideiussione suscipere vel pro persona, vel debito, in quantum esse qui petitur probatur idoneus. Hoc tamen, quod de fideiussione censuimus, ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere.

“9.— Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, quia prohibuit parentes suos condere testamentum, ut, si quidem postea facere poterint testamentum, sit eis pro tali causa filium exheredando licentia. Si autem in ipsa prohibitione sine testamento aliquis ex parentibus decesserit, et alii, sive qui ab intestato ad hereditatem defuncti aut cum ipso filio, qui testamentum fieri prohibuit, aut post illum vocantur, sive illi, quos heredes aut legatarios habere volebat, vel qui læsionem aliquam ex prohibitione testamenti sustinuerunt, hoc ipsum approbaverint, secundum alias leges super hoc positas talia negotia terminentur.

“10.— Si præter voluntatem parentum inter arenas vel mimos sese filius sociaverit, et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes eiusdem professionis fuerint.

“11.— Si alicui ex prædictis parentibus, volenti suæ filiæ vel nepti maritum dare, et dotem secundum vires substantiæ suæ pro ea præstare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad viginti quinque annorum ætatem pervenerit filia, et parentes distulerint eam marito copulare, et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito se libero tamen, coniungere, hoc ad ingratitudinem filiæ nolumus imputare.



"tari, quia non sua culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur.

"12. — Si quis de prædictis parentibus furiosus fuerit, et eius liberi  
"vel quidam ex his, aut liberis ei non existentibus, alii eius cognati,  
"qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur, obsequium ei et curam  
"competentem non præbuerint, si quidem a tali sanatus fuerit infir-  
"mitate, erit ei potestas utrum velit negligentem filium vel filios aut  
"cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento. Si autem  
"aliquo furoris morbo eum detentum extraneus aliquis viderit a suis  
"neglectum liberis, vel cognatis, aut aliis ab eo scriptis heredibus, et  
"pro misericordia voluerit eum procurare, damus ei licentiam attestatio-  
"nem eis, qui ab intestato vel ex testamento iam facto ad furiosi he-  
"reditatem vocantur, scriptis dirigere, ut eum procurare festinent. Si  
"autem post huiusmodi attestationem neglexerint, et extraneus in sua  
"domo furiosum susceptum sumtibus propriis usque ad finem vitæ ip-  
"sius procurasse monstratus fuerit, aum, qui obsequium ac diligentiam  
"furioso exhibuit, licet extraneus sit, ad eius successionem pervenire  
"decernimus, evacuata institutione eorum, utpote indignorum, qui fu-  
"riosus, sicut diximus, curam præbere neglexerint, ita tamen, ut cetera  
"testamenti capitula in sua maneant firmitate.

"13. — Si unum de prædictis parentibus in captivitate detineri  
"contigerit, et eius liberi, sive omnes sive unus, non festinauerint eum  
"redimere, si quidem valuerit calamitatem captivitatis evadere, in eius  
"sit potestate, ultrum hanc causam ingratitudinis testamento suo velit  
"adscribere. Si autem per liberorum negligentiam vel contentum non  
"fuerit liberatus, et in captivitate decesserit, illos ad successionem eius  
"venire non patimur, qui non festinauerunt eius redemptionem procurare,  
"sed omnibus liberi in hoc negligentibus res universas ab eodem de-  
"relictas ecclesiæ civitatis, ex qua oritur, applicari, inventario scilicet  
"sub publica attestatione celebrando, ne qui ex eius facultatibus pereat,  
"ita ut, quidquid exinde ad ecclesiam pervenerit, captivorum redemptioni  
"proficiat. Sed hæc quidem quantum ad personas dicta sunt, quas ex-  
"heredare non licet, nisi ingratitudinis causas scribi et approbari con-  
"tigerit. Occasionem autem nobis ad generalem legem promulgandam  
"hæc præsens causa noscitur obtulisse. Sed universaliter iubemus, ut,  
"si ille, qui in captivitate detentus fuerit, liberos non habuerit, et aliis,  
"quid ad eius hereditatem vocati sunt, eum redimere non festinantibus,  
"in captivitate defunctus fuerit, nullus ex iis, qui neglexerint, ad here-  
"ditatem eius perveniat, licet ante captivitatem testamentum forsân ab  
"eo fuisset conscriptum, in quo memoratas personas scripsit heredes,





“sed hic quoque institutione heredum infirmata, et ceteris testamenti capitulis in suo robore permanentibus, substantiæ talium personarum simili modo ecclesiis civitatum, ex quibus orti sunt, applicentur, et nullis aliis causis, quam in captivorum redemptionibus expendantur, ut, unde illi a suis non sunt redempti, aliorum redemptio procuretur, et ipsorum quoque animæ ex hac causa piissima subleventur. Hoc eodem observando, et si aliam extraneam personam ante captivitatem scripsærit heredem, et illa sciens, sed ab eo heredem scriptam, eum redimere a captivitate neglexerit. Hanc autem poenam contra illos valere iubemus, qui octavum et decimum suæ aetatis annum compleverint. In huiusmodi vero causis, quando pro captivorum redemptione necessarium fuerit dare pecunias, si quis proprias pecunias non habuerit, licentia erit ei, si memoratæ sit aetatis, mutuandi pecunias, et res mobiles vel immobiles supponendi, sive propriæ ipsius sint, sive illius, qui in captivitate detinetur, quoniam in prædictis omnibus, quæ pro captivorum redemptione data vel expensa probabuntur, contractus huiusmodi tanquam a persona suæ potestatis et legitimæ aetatis factos, ita firmos esse decernimus, nullo eis, qui cum huiusmodi personis in memoratis causis quo prædictum est modo contraxerint, præiudicio generando; necessitatem scilicet habente eo, qui ex captivitate redierit, tales contractus ratos habere, et eis tanquam suis debitis obligari.

“14. — Si quis de prædictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicæ fidei, nen in sacrosanctæ ecclesiæ communicare, in qua omnes beatissimi patriarchæ una conspiratione et concordia fidem rectissimam prædicant, et santas quatuor synodos, Nicaenam, Constantinopolitanam, Ephesinam, primam et Chalcedonensem amplecti seu recitare noscuntur, licentiam habeant pro hac maxime causa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento. El hæc quidem pro ingratitude causa decernimus. Generalem autem providentiam liberis catholicis deferentes, iubemus, salvis legibus, quæ iam de aliis hæreticis sunt prolata, et circa Nestorianos et Acephalos hæc observari, ut, si quando parentes inventi fuerint sive Iudaico Nestorii furori dediti, sive Acephalorum amplectentes insaniam et ideo ab ecclesiæ catholicæ communione separati, non liceat eis alios heredes sibi instituere, nisi liberos orthodoxos et ecclesiæ catholicæ communicantes, vel liberis non existentibus, agnatos vel cognatos, qui scilicet catholici sint. Quodsi forte ex filiis alii quidem sunt orthodoxi et ecclesiæ catholicæ communicantes, alii vero ab ea separati, omnem parentum substantiam ad filios tantum catholicos pervenire sancimus,



“licet ultimas voluntates huiusmodi personæ fecerint contra tenorem  
“huius nostræ constitutionis aliquid disponentes. Si vero posthac fra-  
“tres ab ecclesia separati ad eam conversi fuerint, pars eis competens  
“in statu, in quo inventa fuerit tempore, quo redditur, eis præbeatur, ut  
“nullam de fructibus auy gubernatione medii temporis inquietudinem  
“vel molestiam catholici patiantur, qui ante prædictas res detinebant,  
“quoniam huiusmodi rerum, quas ex fratrum parte non communicatum  
“catholici possidebant, sicut alienationem vetamus, ita p̄teritorum  
“temporum fructus aut gubernationem nullatenus ab his, a quibus de-  
“tenti sunt, exigi vel tractari permittimus. Si autem usque ad finem  
“vitæ suæ in eodem errore non communicantes permanserint, tunc ca-  
“tholicos fratres vel heredes ipsorum plenissimo iure dominii easdem  
“respossidere decernimus. Quodsi filii quidem omnes perversi et ab ec-  
“clesiæ catholicæ communione alieni in venti fuerint, alii autem pro-  
“pinqui agnati vel cognati religionem catholicam colentes et communi-  
“catores esse fuerint approbati, eos liberis hæreticis anteponi, et eorum  
“hereditati succedere. Si vero liberi et propinqui agnati vel cognati ab  
“orthodoxæ religionis communione sunt extranei, tunc, si quidem ache-  
“ma clericorum parentes eorum habuerint, ad ecclesiam civitatis, ubi  
“domicilium habebant, res eorum volumus pertinere, ita ut, si ecclesias-  
“tici intra annala spatium huiusmodi personarum res vindicare negle-  
“xerint, earum dominium nostri fisci viribus vindicetur. Si autem laici  
“sunt, sine aliqua distinctione substantias eorum ad res privatas nostras  
“similiter pervenire sancimus. Quæ obtinere discernimus, etiam si tes-  
“tamento non facto tales personæ decesserint; omnibus, quæ contra ce-  
“teros hæreticos in aliis constitutionibus disposita sunt, et contra Nes-  
“torianos, et Acephalos, et alios omnes, qui catholicæ ecclesiæ, in qua  
“prædictæ quatuor synodi, et patriarchæ recitantur, non communicant,  
“et successiones eorum, similiter observandia. Si enim pro causis cor-  
“poralibus cogitamus, quanto magis pro animarum salute providentia  
“est nostræ sollicitudinis adhibenda? Sive igitur omnes memoratas  
“ingratitude causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes  
“in testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel no-  
“minatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint, testamen-  
“tum suam habere firmitatem decernimus. Si autem hæc observata non  
“fuerint, nullum exheredatis liberis præiudicium generari, sed quantum  
“ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato, ad parentum  
“hereditatem liberos tanquam ab intestato ex æqua parte pervenire, ne  
“liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquan circumscriptio-



“nem in parentum substantiis patiantur. Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quædam legata vel fideicommissa, ait libertates, aut tutorum donationes relinqui, vel quælibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. Et hæc quidem de parentum ordinavimus testamentis.

“IV.—Iustum autem perspeximus et e contrario de liberorum testamentis hæc eadem cum aliqua distinctione disponere. Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos præterire, aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint. Has autem esse decernimus:

“1.—Si parentes ad interitum vitæ liberos suos tradiderint, citra causam tamen, quæ ad maiestatem pertinere cognoscitur.

“2.—Si venenis, aut maleficiis, aut alio modo parentes filiorum vitæ insidiati probabuntur.

“3.—Si pater nurui suæ aut concubinæ filii sui sese miscuerit.

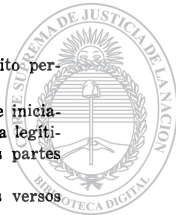
“4.—Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam; omnibus videlicet in huiusmodi testamentorum prohibitionem servandis, quæ in parentum persona distinximus.

“5.—Si contigerit aut virum uxori suæ al interitum aut alienationem mentis dare venenum aut uxorem marito, vel alio modo alterum vitæ alterius insidiari, tale quidem, utpote publicum crimen constitutum, secundum leges examinari, et vindictam legitimam promereri decernimus, liberis autem esse licentiam nihil in suis testamentis de facultatibus sui siliij personæ relinquere, quæ tale scelus noscitur commisisse.

“6.—Si liberis vel uno ex his furor constituto, parentes eos curare neglexerint, omnia et hic observari præcipimus, quæ de parentibus furioris superius disposuimus.

“7.—His casibus etiam cladem captivitatis adiungimus, in qua si liberos detineri, et per parentum contemptum vel negligentiam non redemptos ab hac luce transire contigerit, nullatenus eorum parentes ad facultates perveniant liberorum, de quibus filii testari potuerant, sed omnia in hoc quoque capitulo servantur, quæ et de parentibus, vel cognatis atque agnatis, qui ab intestato ad talium personarum iura vocantur, aut de extraneis scriptis heredibus supra censuimus.

“8.—Si quis de prædictis liberis orthodoxus constitutus senserit



(1/12)" (") , sin que quepa advertir cuál es el propósito perseguido con esta desigualdad.

Esa reforma se hizo en seguimiento de la corriente iniciada con la *Novela* 38, anterior a la precitada, que fijó la legítima de los hijos de los decuriones, en las tres cuartas partes de la porción ab intestato.

La disposición de la *Novela* 18 ha motivado dos versos mnemónicos:

*Quator aut infra natis dant iura trientem,  
Sed dant semissen liberis, si quinque vel ultra.*

Pero su texto no es suficientemente claro y, con referencia a él, pueden plantearse dudas. En efecto: a) ¿El cambio se refiere sólo a la legítima de los descendientes o cabe aún aplicarla a los ascendientes, hermanos y hermanas?; b) ¿Cómo se efectúa el cálculo de la legítima cuando los legitimarios que demandan la herencia no son todos del primer grado?

"suum parentem vel parentes non esse catholicæ fidei, hæc et in eorum persona tenere, quæ supra de parentibus iussimus.

9.— Si tales igitur causas, vel certas, vel unam ex his liberi suis "testamentis inscripserint, et scripti ab eis heredes aut omnes, aut "certas, aut unam ex his probaverint, testamentum in sua firmitate "manere præcipimus. Si autem hæc non fuerint observata, nullam vim "huiusmodi testamentum, quantum ad institutionem herederum, habere "sancimus, sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem "defuncti vocantur, res eius dari disponimus, legatis videlicet, vel fidei- "commissa, et libertatibus, et tutorum dationibus, seu aliis capitulis, "sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem. Si quid autem "pro legatis, sive fideicommissis, aut, libertatibus, aut quibuslibet aliis "capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, "hoc nullo modo volumus obtinere. Et hæc quidem exheredationis aut "præteritionis poenæ quantum ad ingratitudinis causas contra prædic- "tas personas statuendæ sunt; si quæ autem ex his inter crimina re- "putantur, earum actores atiam alias poenas sentiant legibus definitas".

(") P. F. GIRARD, op. cit., pág. 917.

Limitémonos a decir que no existen bases como para dar una solución verosimilmente exacta a esos problemas.

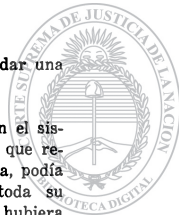
15. — Hemos expuesto, en su momento, que según el sistema clásico de la *querela*, el legitimario instituido o que recibía por otro concepto menos del cuarto de la herencia, podía ejercer la acción y, cayendo el testamento, recibir toda su parte ab intestato. Ello siempre que el causante no hubiera establecido que, en caso de ser mayor su parte, le fuese completada *boni viri arbitratu*.

La primera reforma de Justiniano consistió en sobreentender esa cláusula en todos los testamentos en los que el testador dejaba algo al legitimario <sup>(78)</sup>. No correspondió, pues, ya a éste la *querela*, sino una acción para obtener el complemento de su *debita portio* <sup>(79)</sup>. Es tratado como un acreedor de la sucesión que hace valer su derecho por medio de una acción personal —*condictio ex lege*—, diferente en muchos aspectos de la antigua *querela*. En efecto: aunque sólo pertenece al legitimario cuando no es indigno, —a ejemplo de la *querela*—, la acción supletoria no es como ésta una acción real, sino personal; no hace rescindir el testamento, sino que solamente tiende a la integración de la cuota; y, en fin, no es *vindictam spirans*, sino puramente pecuniaria y prescribe a los treinta años <sup>(80)</sup>. Por otra parte, es transmisible a los he-

<sup>(78)</sup> Año 528.

<sup>(79)</sup> Esta acción había sido admitida ya en 361, siempre que el testador estableciese que la legítima se completara *boni viri arbitratu*. Y, hasta Justiniano, se permitió al heredero elegir entre ella y la *querela*.

<sup>(80)</sup> Cabe anotar, con respecto a esta última diferencia, que algunos autores creen también en el simple carácter patrimonial de la *querela* en tiempos de Justiniano, y piensan, asimismo, que la *hereditatis petitio* creada por la Novela 115, prescribe también a los treinta años.



rederos, sin precisión de haber sido iniciada o preparada por el legitimario.

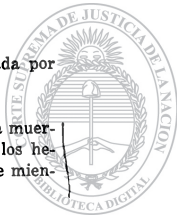
16. — La *querela* no se extingue, en adelante, por la muerte del legitimario, sino que pasa, como queda dicho, a los herederos suyos, con la sola condición de que aquél muriese mientras el heredero instituido deliberaba.

17. — Para determinar la legítima, los tribunales tenían en cuenta, en el período clásico, sólo los bienes dejados al fallecimiento del causante, con su valor en ese momento y deducidas las deudas <sup>(61)</sup>; además se contaban todos los herederos ab intestato, aunque algunos hubiesen sido desheredados justamente. Justiniano reemplazó ese sistema por otro más amplio y que aseguraba mejor los derechos del legitimario, pues al valor de los bienes existentes al tiempo del fallecimiento, debía agregarse las donaciones realizadas en vida. Pero los legitimarios desheredados no eran tenidos en cuenta, sino para aumentar la legítima de un tercio a la mitad.

En cuanto a las liberalidades que se imputaban sobre la cuota, ya en las postrimerías del Imperio se admitió que las donaciones *propter nuptias*, la dote y la donación hecha para adquirir un empleo (*militia*), debían cargarse sobre la *debita portio*, modificando así el derecho clásico, que sólo tenía en cuenta los legados, fideicomisos y donaciones *mortis causa*.

---

(61) En las deudas se incluían los gastos funerarios, pero no las manumisiones, que contaban para determinar la legítima.



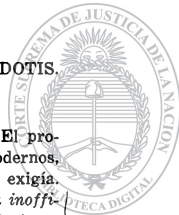
## LA QUERELA INOFFICIOSÆ DONATIONIS VEL DOTIS. LAS LEGITIMAS ESPECIALES

1. — *Querela inofficiosae donationis vel dotis.* — El progreso de la legítima, su acomodación a fundamentos modernos, provocó nuevos problemas, cuya solución inmediata se exigía. Creada la doctrina y la jurisprudencia sobre la *querela inofficiosi testamenti*, cerrando así el camino para las expoliaciones de los hijos mediante actos *mortis causa* a favor de extraños, o en que se prefiriese a un legitimario en desfavor de otro, el ingenio de los individuos debió afinarse para encontrar un medio de eludir a las normas legales. Y ese medio, tan a su alcance, posiblemente dió lugar a abusos, hasta que la reforma del Bajo Imperio vino a ponerles coto.

En efecto; el causante podía eludir la prohibición de la ley, donando en vida sus bienes a quien mejor le pareciese. Bien es cierto que el argumento era peligroso, pues, como decía Loysel,

*Qui le sien donne avant mourir,  
Bientôt s'apprête à moult souffrir.*

Pero no era menos exacto que la puerta para el abuso quedaba abierta y, por allí, fracasaba el sistema vigente.



Un rescripto de Alejandro Severo resolvió la dificultad; creando una acción *ad exemplum inofficiosi*, que, sin embargo, no tenía los caracteres absolutos de la antigua *querela*. Pero la reforma alcanzó sólo a las donaciones, siendo Constantino el que la extendió a las dotes.

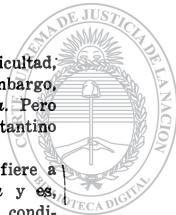
La *querela inofficiosæ donationis vel dotis* se confiere a las mismas personas que tienen derecho a la *querela* y es, como ésta, subsidiaria. Está también subordinada a la condición de que el legitimario no haya sido excluido justamente, pero, y aquí la diferencia fundamental, no produce la rescisión del testamento ni la nulidad de todas las donaciones entre vivos, sino que sólo ataca a éstas cuando no puede completarse la *legítima* con las disposiciones hechas en el testamento, v. gr., reduciendo los legados; y aún no se llega a las donaciones más antiguas, sin antes haber ido contra las recientes.

Por otra parte, el donatario no se ve privado de toda la liberalidad, sino que se le quita sólo lo preciso para integrar la cuota.

Es, asimismo, una acción personal (*condictio ex lege*) como la supletoria, y en sus efectos, precisamente, participa de la naturaleza de esta última.

La *querela* es dirigida contra el donatario, pero si se quiere reducir una dote, el legitimario debe obrar contra el marido o, si el matrimonio se ha disuelto, contra la persona a quien ha sido restituida la dote.

Pacchioni, y con él otros autores, cree que, para ser precedente la *querela inofficiosæ donationis vel dotis*, era preciso que la donación hubiese sido hecha con ánimo de defraudar al legitimario, es decir, con la intención de impedir que éste llegue a la herencia. No existe, en realidad, un texto definitivo en que se pueda apoyar esta tesis, y Accarias, con toda razón, expresa que esta teoría se refuta por el hecho de que el hijo puede demandar la reducción de donaciones anteriores a





su nacimiento. “Si, pues, agrega, existen textos que suponen una donación hecha *ad excludendam querelam e intervertendæ quæstionis inofficiosi causa*, no es que haga del fraude una condición de la acción, sino que, de hecho, el donante habrá casi siempre obrado con la conciencia del perjuicio que causaba a su heredero” <sup>(82)</sup>.

## LEGITIMAS ESPECIALES

2. — *Legítima del patrón*. — El liberto, frente a su patrón, debe los respetos de un hijo frente a su padre, porque todas sus actividades, su patrimonio, en fin, provienen de la libertad concedida por aquél. La ley facultó al patrón, por ello, para que en vida del liberto tomara una parte de sus bienes, como socio, si éste faltaba a esa obligación. Pero, declarada nula más tarde esta convención forzada, el derecho del patrón fué convertido en un derecho a la herencia del liberto, sujeto a la condición de que el manumitido no tuviera hijos.

El derecho sucesorio del patrón alcanza a la mitad de los bienes dejados por el causante, y gozan también de él sus hijos y descendientes por los varones, y, desde la ley Papia Poppaea, la patrona que tenía dos o tres hijos, las hijas y los descendientes por las hijas del patrón y de la patrona. La misma ley Papia Poppaea estableció que cuando el liberto tenía una fortuna de cien mil sextercios o más, y dejaba menos de tres hijos, al patrón, o a sus hijos si él faltaba, correspondía una parte viril en la herencia; derecho del que gozaba también la patrona si era ingenua y tenía el *jus liberorum*.

La protección de los derechos del patrón se desarrolló en sucesivas etapas: se le acordó primero una *bonorum possessio dimidiæ partis ab intestato*, que sólo podía ser ejercida contra

---

<sup>(82)</sup> C. ACCARIAS, op. cit., pág. 969.





los *sui non naturales*; luego el pretor le concedió una *bonorum possessio contra tabulas*, cuando el liberto no tenía *sui naturales* o los desheredaba, y había omitido al patrón instituyendo a otra persona. Esta *bonorum possessio*, de la cual podía el patrón aprovechar eligiendo entre ella y las *libertatis causa imposita*, es similar a la *querela inofficiosi testamenti* y tiene por objeto conseguir para el patrón la parte que éste habría recibido ab intestato, o sea la mitad de la herencia. Además, la *bonorum possessio* dada al patrón difiere de la *querela* en que no anula el testamento, ni siquiera la institución de heredero, sino que pone al patrón ya a los institutos concurrentemente en el goce de los bienes.

Estos derechos del patrón, que se hallaban compensados en vida del liberto por la excepción *onerendæ libertatis*, estaban fuertemente protegidos. El liberto no podía eludir la obligación legal, cargando al patrón con legados ni realizando enajenaciones fraudulentas entre vivos; éstas se anulaban por medio de la acción Fabiana, que se dirigía contra el adquirente, aún de buena fe, pero sólo por el monto del perjuicio; si el liberto moría intestado, la acción conferida era la Calvisiana.

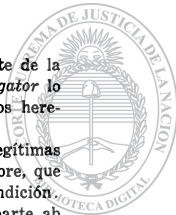
Justiniano disminuyó al tercio la legítima del patrón. Este gozaba de la acción supletoria cuando se le había dejado parte de la legítima.

3. — *Cuarta Antonina*. — El arrogado impúber puede reclamar como legítima, a la muerte del arrogante, la cuarta Antonina, o *cuarta divi Pii*, creada por el emperador Antonino Pío. Este derecho nace, ya sea que el adrogado haya sido emancipado sin motivo legítimo, o bien que esté bajo la potestad del adrogante; en este último caso puede, a elección, invocar también su derecho ordinario a la legítima (esta opinión es sostenida por Vangerow y Windscheid, pero Francke

se pronuncia en contra). Esta legítima es independiente de la devolución del patrimonio del impúber cuando el *adrogator* lo emancipa; y da lugar a una acción personal contra los herederos del adrogator.

4. — En fin, también cabe clasificar entre las legítimas especiales o extraordinarias, el derecho de la viuda pobre, que no puede vivir con sus propios recursos, según su condición. La *Novela* 66, cap. VI, le reconoce como legítima su parte ab intestato.

5. — *El parens manumissor*, cuasi-patrón de su hijo emancipado, gozaba de la misma legítima del patrón y, si el instituido era una *turpis persona*, recogía toda la herencia; pero no tenía las acciones Fabiana y Calvisiana. Este régimen fué suprimido por Justiniano. Por último, a partir del senadoconsulto Orficiano, tampoco tiene derecho a la sucesión de la hija emancipada que deja hijos.



NATURALEZA JURIDICA DE LA QUERELA  
INOFFICIOSI EN LA EPOCA CLASICA Y EN EL BAJO  
IMPERIO



1. — Llegamos así al estudio de una de las cuestiones más espinosas del derecho romano, cual es la determinación de la exacta naturaleza jurídica que cabe asignar al remedio protector de los legitimarios.

Hemos advertido ya, bien que sumariamente, cómo los autores se asombran ante la obscuridad de los textos justinianeos y postjustinianeos. En realidad, la vacilación prosigue hasta nuestros días, y, aún hoy, las tesis más atrevidas se defienden sobre el tema.

Ya Zachariæ, en su gran obra sobre el derecho grecorromano, planteaba el problema de si la *Novela* 115 era derogatoria de la antigua legislación vigente hasta ese entonces, o implicaba sólo la corrección del sistema <sup>(83)</sup>; y Rivier <sup>(84)</sup> explica que dos doctrinas principales se formaron en solución de la incógnita: el de la *derogación* y el de la *corrección o adición*. “El primero —dice—, más radical, pero sencillo y

(83) CH. S. ZACHARIAE, op. cit., pág. 33.

(84) A. RIVIER: *Traité élémentaire...*, citado, pág. 226.

claro, priva en la teoría moderna sobre el segundo, que parece sin embargo más conforme con los principios generales”.

Ante la dificultad para resolver la cuestión, nos imponemos, pues, un desarrollo metódico que llegue a las últimas conclusiones de los jurisconsultos.

2. — *Naturaleza de la inoficiosidad en la primera época.*

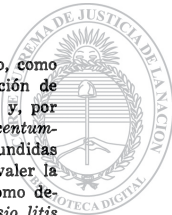
— La manera cómo nació el concepto de inoficiosidad, justifica la afirmación de que el instituto, más tarde elaborado meticulosamente sobre la base de una ficción, no fué en el comienzo sino un remedio procesal *sui generis*, sin fundamento en el derecho de fondo y sí sólo asentado en un pretexto harto ingenuo, cual es el *color insanix*.

Los centumvros quisieron justificar una *petitio hereditatis* sin asidero en la ley, y recurrieron, para ello, a la subestanciación de un procedimiento nuevo, por el cual se rescindiese el testamento que impedía la prosecución de la acción, para que luego ésta iniciara su camino sin posibilidades de fracaso. No es aventurado, en consecuencia, afirmar que la *querela*, al menos en esa época, constituía un *præjudicium de la hereditatis petitione*.

En este primer período, pues, la petición de herencia intentada por causa de inoficiosidad, debía estar sometida a todas las reglas de la petición de herencia ordinaria, y no fué sino más tarde que comenzó a adquirir caracteres propios, divirgiendo de su punto de partida.

Es probable que, entonces, las dos etapas del proceso estuviesen perfectamente separadas. El *querelans* dirigía primero un libelo a los magistrados o una *denuntiatio* al heredero instituído, en los que fundamentaba la nulidad del testamento y, sólo cumplido ese requisito, los centumvros recibían la *petitio hereditatis* que se tramitaba en la forma común. En tales circunstancias, la *querela* importaba en sí no una *actio*, sino





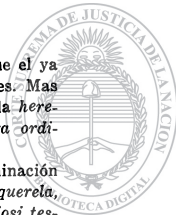
el fundamento de una *actio* —la *petitio hereditatis*—, o, como con justeza la califica Brugi <sup>(85)</sup>, la *causa* de la petición de herencia (*hereditatis petitio ex nomine de inofficioso*); y, por su carácter previo, constituía un incidente del *iudicio centumvirale*. Pero muy luego las dos etapas quedaron confundidas dentro del mismo proceso, y el legitimario pudo hacer valer la inoficiosidad del testamento, ya como demandante o como demandado (es el caso, en efecto, de la *bonorum possessio litis ordinandæ gratia* conferida por el pretor al *liber*, quien, traído el juicio por la petición del heredero instituido, hacía valer la inoficiosidad del testamento).

Después del procedimiento *in jure* cumplido ante el magistrado, y del rol levantado por un *decemviro litibus iudicandis* o por el *pretor hastarius*, las partes ocurrían ante el tribunal de los centumviro, el que autorizaba la prueba por una sentencia, siempre que se encontrasen reunidas ciertas condiciones; la *quæstio inofficiosi*, dirigida por el presidente del tribunal, trataba entonces de llegar al establecimiento de la verdad (*iudicium de inofficiosi, rem inofficiosi ordinare*). Si luego los centumviro entendían suficiente la prueba, dictaban una segunda sentencia: *pronuntiare testamentum inofficiosum esse*, y declaraban *justum el sacramentum* del legitimario, salvo que, previa a esta última resolución, no ordenasen una nueva *quæstio*, lo que era facultativo del tribunal.

Este procedimiento, como queda ya expuesto, era el primitivo, aquél que no comprendía sino a los herederos civiles, y no permitía demandar a los residentes en provincias. La intervención del pretor *hastarius* y la creación de otro tribunal que entendiese en los casos excluidos (cuyo procedimiento se presenta obscuro a los comentaristas), obligó a la invención

---

(85) B. BRUGI: *Istituzioni di diritto romano*. 3ª ed. Torino, 1926. Unione Tipografico-editrice Torinese, pág. 610.



de un trámite que abarcase ambos sistemas. Se cree que el ya descripto se aplicó por extensión a todas las situaciones. Mas bien es cierto que, en determinada época, la *querela* y la *hereditatis petitio* fueron sometidas al procedimiento *extra ordinem*.

También existió, en los comienzos, cierta indeterminación con referencia al nombre del remedio. Se lo llamaba *querela*, *accusatio* (por su carácter de injurioso) y *actio inofficiosi testamenti*, pero singularizando estos nombres a la defensa que el legitimario hacía, *in iudicio*, contra la validez del testamento invocado por el heredero instituido. La denominación, en realidad, provenía de las conclusiones del abogado del heredero omitido: *actio inofficiosi*, *agere de inofficiosi*, etc. Sólo se conoce su exacto nombre desde que figura en el edicto del pretor *hastarius* y se acoge en el *edictum perpetuum* de Salvius Julianus, donde se emplean las palabras: *dicere de inofficioso* si el legitimario es el demandante y *medium contradictionis* si es el demandado en posesión de la herencia.

3. — A medida que el argumento procesal se fija en la jurisprudencia —ya en el año 50 después de Jesucristo ésta era definitiva—, se independiza de la *hereditatis petitio* y adquiere las características de una institución jurídica. Es ya la querella, con sus efectos especiales, sus condiciones de ejercicio, con la determinación de las personas que pueden ejercerla, en fin: con sus causas de extinción.

¿Cabe aún confundirla con la petición de herencia? Es indudable que el fin perseguido es todavía el mismo: obtener la devolución sucesoria; es cierto también que se limita a un argumento contra la validez del acto *mortis causa*, argumento que, progresando, lleva consigo el éxito de la *hereditatis petitio*. No es erróneo, pues, calificarla de petición de herencia; mas, como sus características especiales van privando con ma-



yor intensidad sobre el cuadro ordinario de la *hereditatis petitio*, justo es llamarla, como lo hacen muchos autores, petición de herencia *sui generis*. La nota fundamental de su definición: obtener que se restituyan los bienes de la herencia (*hereditatem evinci, vindicari, restitui*) es suficiente para no apartarla de la acción ordinaria.

Jobbé-Duval, empero, resume cuáles eran las diferencias fundamentales entre la *querela inofficiosi testamenti* y la *petitio hereditatis*. “Puesto que... se trataba —dice— de descartar, por consideraciones de equidad un testamento válido según el rigor del derecho, *remedium, adminiculum*, nuestra institución, debida a la jurisprudencia centumviral, presentaba caracteres especiales. A diferencia de la petición de herencia ordinaria, que podía intentarse contra todos los que poseían *pro herede* o *pro possessore* cosas comprendidas en la sucesión, la *querela inofficiosi testamenti* suponía un debate empeñado judicialmente entre el legítimo y el heredero instituido, encargado de defender la obra del difunto, de justificar su conducta y de probar que había tenido motivos plausibles para desheredar a sus parientes más próximos, y que, en consecuencia, no se podía considerarlo como loco, *color insanix*. Si, por lo demás, los partidarios de la doctrina dominante concuerdan en llamar a la *querela inofficiosi testamenti* una petición de herencia contra el heredero instituido, no todos lo entienden en el mismo sentido; unos creen que se permitía al legítimo ejercer la acción aún contra el heredero instituido que, a pesar de la adición de la herencia, no poseía ningún bien hereditario; otros vacilan en violar hasta ese punto la regla del derecho común sobre las acciones *in rem* y se limitan a rehusar la *querela* contra quien no fuera *scriptus heres*” (80).

(80) y (81) E. JOBBÉ DUVAL: *Histoire de la doctrine relative à la nature de la querela inofficiosi testamenti*, en Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger, XXXI, París, 1907, pág. 756.





Subraya asimismo una diferencia importante, cual es el parentesco entre la *querela* y la *actio iniuriarum*, que lleva a la doctrina dominante a clasificarla entre las *actiones vindictan spirantes*; y recuerda que Savigny expresaba que la *querela* daba satisfacción al sentimiento de venganza del legitimario, procurándole la restitución de la herencia, lo que demuestra cómo decayó lo que en un momento fué una ficción exitosa, el *color insanix* <sup>(87)</sup>. En fin, agregamos nosotros, la petición de herencia era perpetua, mientras que la querella prescribía en el término de cinco años.

4. — La teoría de la *querela* como *hereditatis petitio sui generis* no puede, sin embargo, levantar una objeción. La petición de herencia corresponde al heredero, sea testamentario o ab intestato; ahora bien, ¿reviste esta calidad el *querelans*? Indudablemente no. Mientras el testamento es válido, no hay sucesión ni heredero ab intestato; en consecuencia, el legitimario no es llamado ni por la ley ni por la voluntad del *de cuius* a la herencia. ¿Basado en qué título, pues, ejercía la *petitio hereditatis*?

La respuesta a esa objeción debe buscarse, creemos, en una ficción doctrinaria según la cual los tribunales no admitirían la existencia de testamento alguno, mientras no fuera sentenciado el proceso provocado por el *querelans*. De tal manera éste obraría en carácter de heredero ab intestato y su título se deduciría de la ley. Pero, aunque ésta fuera la solución plausible, no tiene apoyo legal ni asomo alguno de verosimilitud. No es legal tanto porque precisamente la *querela* tiende, según los textos, a la rescisión del testamento —lo que supone admitir *ab initio* su validez—, cuanto porque el *querelans* no puede actuar sino contra el heredero instituido que ha hecho adición de la herencia. No es verosímil, porque no existe documento alguno en el cual se pueda basar esa afirmación.



Lo probable es que, siendo la *querela* un remedio en cierto modo extralegal y acogido, descuidadamente, en derogación del *jus civile*, haya sido incluida dentro del procedimiento de la *actio petitio hereditatis* sin atender a las razones de fondo que lo impedían. Por ello, más que la denominación de *hereditatis petitio sui generis*, convendría, a nuestro parecer, encerrar a la *querela* como una aplicación excepcional de la *petición de herencia*.

5. — Naturaleza de la acción sancionada por la Novela 115. Los jurisconsultos bizantinos. — La reforma justiniana continuó otorgando al legitimario, injustamente desposeído de su *debita portio*, la *petitio hereditatis intestati* para recuperarla. Ya en el Código se nos informa que *nulla hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta vel præparata*, y Trifonino expresa, asimismo: *ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelæ contra emancipatum movendæ*.

Con la Novela 115 quedó establecida una acción nueva, la que los jurisconsultos llaman *querela nullitatis ex jure novo*, que pertenecía a los ascendientes o descendientes injustamente privados de su legítima. La *querela inofficiosi testamenti* limitóse, entonces, a salvaguardar los derechos de los hermanos y hermanas germanos y consanguíneos. De allí en adelante, las sucesivas interpolaciones, el desconocimiento de los verdaderos textos y la decadencia en el estudio del derecho, dan nacimiento a un sistema no muy claro de sucesión necesaria.

En primer término, los jurisconsultos bizantinos del siglo VI, separaron con nitidez la acción que se ejercía ante la justicia por el legitimario —petición de herencia—, del medio en que se apoyaba para el progreso de su demanda, y concluyeron afirmando que la *querela inofficiosi testamenti* no era una acción, sino un *medio en apoyo de una acción*. Teófilo, v. gr., autor de la Paráfrasis a las Institutas, no menciona en



su obra la acción de inoficioso testamento, y sí sólo la *petitio hereditatis* y, por otra parte, es en el conjunto de sus anotaciones donde emplea términos que revelan su preferencia al *edictum perpetuum*: “*agere de inofficioso testamento, queri aut inique se exheredatos aut inique præteritos, accusare testamentum inofficiosum*”, sin que se encuentre una particular alusión a una acción independiente, todo lo cual hace suponer que seguía el pensamiento de sus contemporáneos sobre la verdadera naturaleza de la *querela*.

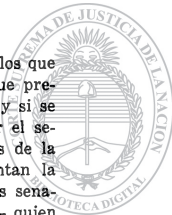
Thaleleo razona siempre sobre la base de que el legítimo dispone sólo de la petición de herencia ordinaria y, en su extensa paráfrasis sobre el Digesto, Stephanus sigue, aunque con mayor sabiduría y claridad, la misma tendencia. Su introducción al primer fragmento sobre el título *De inofficioso testamento* del Digesto, da una vista de conjunto sobre el tema. “Este título —decía— acuerda una acción a los hijos desheredados u omitidos sin motivos”, y agregaba que esa acción era la *petitio hereditatis de inofficioso* y, a renglón seguido, nombraba a la *querela*, mostrando que ésta no debía ser confundida con una acción. Luego de abundar en detalles sobre el origen de la *querela*, sobre la facultad de desheredar, etc., etc., expresaba que el remedio inventado por los centumviros no es una acción, sino la *causa* de una acción: la petición de herencia (*Nota autem me dixisse querelam inofficiosi esse querelam de testamento, non actionem. Non enim est actio, sed causa actionis vel hereditatis petitionis*). Suministra un ejemplo para aclarar ese concepto: así como cuando se escribe heredero a alguien —dice— la escritura misma no es una acción sino la causa de una petición de herencia y la prueba que legítimamente se produce, y así también como la vocación ab intestato y el senadoconsulto Tertuliano y Orficiano son más bien causa de una petición de herencia que acciones por sí mismos, de la misma manera es la inoficiosidad causa de la *petitio heredi-*

*tatis*. Y a continuación: si se interroga —dice— a aquéllos que suceden ab intestato por qué demandan, contestarán que precisamente esa vocación es el motivo por el cual obran; y si se pregunta a la madre llamada a los bienes del hijo por el senadoconsulto Tertuliano y al hijo llamado a los bienes de la madre por el senadoconsulto Orfitiano, por qué intentan la petición de herencia, contestarán que *a causa* de dichos senadoconsultos. De la misma manera expuesta —concluye— quien ejerce la *petitio hereditatis* en razón de la inoficiosidad del testamento, interrogado por qué la intenta, responderá: *ex inofficioso*, es decir, porque el testamento fué hecho contra los deberes de sangre.

La argumentación de Stephanus está basada en los textos: D. 5, 2, 20 y D. 5, 3, 5, 2, queriendo demostrar que no existe diferencia entre el derecho clásico y el bizantino. Pero se encuentra con la dificultad de que algunos textos emplean la expresión *actio inofficiosi* y, para salvarla, explica que, de igual modo, también se habla de *actio certæ creditæ pecuniæ*, sin que ésta sea en verdad una acción distinta, hecho que proviene, en su opinión, de un nombre arbitrario dado a la *condictio*, cuando tenía su fuente en una *numeratio pecuniæ*.

Insiste, más adelante, el profesor de Berito en su teoría, en especial en la introducción al título consagrado a la *Hereditatis petitio*, donde expresa que a continuación, después de haber tratado la petición de herencia que tiene su fuente en el carácter inicuo del testamento, aborda la teoría general de la acción.

A conclusiones similares llegan los jurisconsultos bizantinos de la misma edad, entre los cuales cabe citar al Anónimo, comentador del Digesto, Cirilo, Athanasio, Teodoro, quien en un esolio sobre C. 3, 31, 3, decía que la petición de herencia podía ser intentada varias veces, fundada en medios diferentes,



y entre ellos citaba la inoficiosidad), y, en fin, al autor del fragmento descubierto en la biblioteca de Heidelberg.

Y aquí nos parece prudente anotar la opinión de Brugi, quien en el artículo que ya recordamos —publicado en las *Mélanges Fitting*—, desarrolla una interesante tesis sobre la materia que nos ocupa. Para el eminente jurisconsulto italiano, la *querela inofficiosi testamenti* fué, en los comienzos, una institución independiente en el procedimiento romano, habiéndose sólo subordinado a la *petitio hereditatis* e incluido como especie de ella en los albores de la época justiniana. La transformación se produjo —afirma—, por la limitación progresiva de la facultad de los testadores para desheredar a los legítimos: éstos adquirieron gradualmente un derecho firme a no ser injustamente desheredados; y así la *querela* tendió a cambiarse en *actio*. Por otra parte —continúa— la transformación derivó del procedimiento, porque los diversos tipos de acción fueron perdiendo su primitiva rigidez formal.

“Hasta que fué necesaria la *postulatio actionis* —explica Brugi—, se invocaba ante el magistrado la *actio inofficiosi* como acción independiente. En 205 un rescripto imperial contrapuso el *titulus quæstionis habens causam inofficiosi testamenti* al *vindicans hereditatem ex alia causa*. Si se lee ese texto sin ningún preconcepto, nada se descubre que demuestre ser las dos acciones un todo único, distinto en la especie por la causa. Justiniano, por el contrario, en una constitución del año conseguido ya un verdadero derecho a no ser desheredados. 531 nos aclara esta idea al referirse a una *hereditatis petitio ex nomine de inofficioso*; es decir, a una petición de herencia cuya causa es la falta a los deberes de la sangre. No se había prescripto aún la obligación de dejar a los *sui* la legítima a título de institución de heredero, ni determinado el catálogo de los motivos legítimos de desheredación; pero ellos habían conseguido ya un verdadero derecho a no ser desheredado.



pg. 20



El 15 de Diciembre de 530 se había nombrado la Comisión encargada de recopilar las Pandectas. ¿Dónde habría colocado la *querela inofficiosi testamenti*? El edicto del pretor, al que la Comisión debía seguir, no le suministraba verosimilmente ninguna ayuda; no existe suficiente prueba de un título edictal *De inofficioso testamento*. Como en el Código Justiniano se había tratado de la *querela* vecinamente a la *petitio hereditatis*, pareció oportuno a los compiladores de las Pandectas seguir el mismo camino. El libro V de las Pandectas fue por ello dedicado, después de un título general *De iudiciis*, al *testamentum inofficiosum* y a la *petitio hereditatis* en sus varias especies. Era muy natural que, cuanto más se perdía el sentido de la distinción formal de las acciones para ceñirse a su fundamento jurídico, el *testamentum inofficiosum* debía aparecer como un caso de *petitio hereditatis*. Tal vez deseaban ya los compiladores justinianeos, sin tener la valentía de decirlo abiertamente, tanto aquí como en otras partes, que en adelante nada importase la distinción antigua de los dos tipos de acciones... Se formó así aquella *communis opinio* que considera a la *querela* como una petición de herencia calificada" (\*\*).

6. — *Las recopilaciones posteriores.* — La *Ecloga*, el *Prochiron*, el *Epanogogo* y las *Basílicas*. — La *Ecloga*, promulgada alrededor de 740 por los emperadores León el Isauriano y Constantino Coprónimo, importa para Zachariæ un reconocimiento del derecho permanente de la familia sobre el patrimonio del causante. Es, sin embargo, un cuerpo incompleto cuyas reglas principales pueden resumirse en las siguientes:

a) La legítima de los hijos es —concorde con Justiniano— de un tercio o la mitad según el número de ellos; pero no se establece si es necesaria o no la institución de heredero.

---

(\*\*) B. BRUGI: *Hereditatis petitio*..., citado; págs. 120 y sig.



La legítima del padre y la madre es de un tercio de la fortuna del hijo, pero sólo en el caso de que el hijo sea *unde iustus* y sin que se especifique cuál es la solución cuando no se ha hecho ningún legado a los padres. Por otra parte, pasa en silencio la legítima de los hermanos y hermanas.

b) En caso de omisión de un hijo, las soluciones son diversas: 1) si la preterición es de un *postumus* y se ha instituido a hermanos o hermanas, el testamento y la institución se mantienen, pero el *postumus* es llamado conjuntamente con los instituidos; 2) Si la preterición del *postumus* se ha hecho en beneficio de un *extraneus*, el hijo sustituye a éste en la institución, manteniéndose los legados y demás disposiciones del testamento; 3) Si la preterición es en perjuicio de un hijo que vivía al tiempo de la confección del testamento, los jueces deben investigar si el hijo es indigno —en cuyo caso el testamento permanecerá válido—, pero no indica la Ecloga cuál es la solución que corresponde si no se comprueba la indignidad. Tal vez en este supuesto se aplicaban las mismas reglas sancionadas para los póstumos. Además, nada se dice sobre el caso de que el hijo haya recibido parte de su legítima, por lo que cabe suponer la procedencia de la acción de complemento.

c) El sistema de las causas de desheredación es cambiado por el de las causales de indignidad; en efecto: derogando la legislación de Justiniano, la ley sólo enumera los motivos por los cuales los hijos son excluidos de la herencia paterna, lo que presupone su aplicación a las sucesiones ab intestato. Además, no se admite causales de exclusión para los padres.

Los redactores del Prochiron y el Epanogogo, recopilaciones debidas al renacimiento bizantino (siglo IX), usaron, en oportunidades, algunos textos prejustinianos que estaban en flagrante contradicción, no sólo con la *Novela* 115, sino aún con las Institutas y el Código. De allí la obscuridad y di-

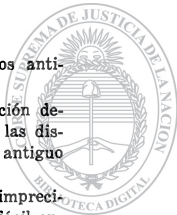
fácil aplicación de sus normas, compendio de resabios antiguos y de las *Novelas* 18 y 115.

En fin, las Basílicas, último esfuerzo de codificación debido al emperador León el Sabio, tienden a concordar las disposiciones de las *Novelas* 18 y 115 con las reglas del antiguo derecho.

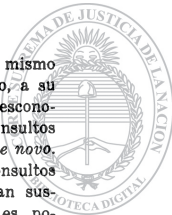
Zachariæ, frente a este texto sin duda, de gran imprecisión, formula una serie de preguntas a las que no es fácil encontrar contestación en las Basílicas. Verbigratia: ¿cabe aún preocuparse por la forma de la desheredación, con respecto a los *liberi*, cuando su omisión es acompañada por una causa legal, —que se indica— y cuya prueba puede ser suministrada? “En las Basílicas, responde el gran romanista, se reproduce las antiguas disposiciones sobre la forma y el modo de desheredación, pero no se dice si es a título de regla práctica o de recuerdo histórico, aunque la omisión de la L. últ. C. *De liberis præteritis*, parece indicar que los redactores de las Basílicas han juzgado oportuno derogar toda formalidad” <sup>(89)</sup>. De la misma manera, ¿es permitida la *exhereditio bona mente facta*?

Pero donde el problema se magnifica es en la determinación del medio que corresponde a los *sui* y *liberi* preteridos o desheredados *non rite*. Seguiremos en su dilucidación a Zachariæ, a quien, por lo demás, se refieren los estudiosos del derecho romano. “Si se puede tener por cierto —dice— que, según el texto de las Basílicas, los *sui* preteridos o desheredados *non rite* no pueden invocar la antigua *hereditatis intestati petitio* (lo que se llama la *querela nullitatis ex jure antiquo*), y que los *liberi* preteridos o desheredados *non rite*, no pueden invocar la *bonorum possessio contra tabulas*, queda aún por investigar qué medio de derecho se les acuerda, en su interés, en caso de inobservancia de las prescripciones de la *Novela*

<sup>(89)</sup> CH. S. ZACHARIÆ, op. cit., pág. 41.







115. Se comprende que ese medio es necesariamente el mismo que pertenece a una mujer o a los ascendientes cuando, a su respecto, las disposiciones de dicha novela han sido desconocidas. Pero ¿cuál es? No se ignora que ciertos jurisconsultos de Occidente han admitido una *querela nullitatis ex jure novo*. Se encuentra también, en oportunidades, en los jurisconsultos bizantinos, expresiones generales o inciertas que serían susceptibles de interpretarse en ese sentido. Pero no es posible hallar ninguna huella semejante en las Basílicas. Más aún: la antigua *inofficiosi querela* aparece allí, por todas partes, como constituyendo el único recurso generalmente usado; y si ella ha sido, en cierta medida, transformada y modificada por la *Novela* 115, es sólo en lo que concierne a sus condiciones de ejercicio y a sus efectos. Para ejercerla, no basta ya pretender que es por una equivocación que se ha omitido al legítimo; es preciso argumentar que nada se ha obtenido *elevatas ei* y que el difunto no tenía motivos legales para la preterición. La acción no tiene ya por objeto la rescisión entera del testamento, sino sólo la de la institución de heredero. Las demás reglas de la *inofficiosi querela* que no se opusiesen a esta innovación de la *Novela* 115, v. gr., la prescripción de cinco años, continuaron subsistiendo..."<sup>(\*)</sup>.

En definitiva, las Basílicas importan una regresión a ciertos aspectos de la antigua *querela*, pero frente a la aceptación de las reformas fundamentales de la *Novela* 115, deja subsistir un sistema indeciso sobre el cual no ha sido posible aún decir la última palabra.

Para terminar con este punto, anotamos que las Basílicas, derogando a la *Ecloga* y al *Prochiron*, legislaron nuevamente sobre la legítima de los hermanos, de la que gozan no sólo los germanos y consanguíneos, sino también los uterinos; por

---

(\*) CH. S. ZACHARIAE, op. cit., págs. 42 y sig.



otra parte, el monto de la cuota ha sido generalizado para los descendientes, ascendientes y hermanos, y es de un tercio o un cuarto según las circunstancias (τριτον ο τετραουγκιον).

7. — *La doctrina de la querela inofficiosi en los siglos posteriores.* — *Edad Media.* — Sobre la base de los textos precedentemente analizados, se elaboró en la Edad Media la teoría de la *querela inofficiosi testamenti*. Daremos de esa evolución doctrinaria, un sumario desarrollo por exceder los límites de esta tesis. Dejando de lado a la Escuela de Derecho de Constantinopla, entre cuyos adeptos cabe nombrar a Calocuro —que vivió bajo el reinado de Constantino Ducas (1059-1067)—, volvamos los ojos hacia Occidente para abarcar la legislación bárbara y el período de los glosadores.

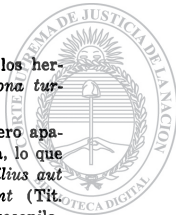
Como bien lo hace notar Bonfante, siguiendo en esto el erudito trabajo de Tamassia sobre la *Falcidia*, el derecho medieval se caracteriza por la confusión de esta defensa, otorgada al heredero contra los legatarios, y la *querela*, acción del legitimario contra los instituidos.

Muchas de las recopilaciones bárbaras conservan un lenguaje impreciso, proveniente de la diversidad de fuentes en que se inspiran y, sobre todo, de los códigos Gregoriano y Theodosiano. En el Breviario de Alarico (*Lex Romana Wisigothorum*) se recoge la primitiva cuota de legítima, o sea el cuarto, siempre limitando el derecho de los legitimarios para el caso de que no existiesen justas causas de exclusión (\*). Los ascendientes gozan del mismo derecho sobre la fortuna de sus descendientes (\*\*).

---

(\*) *Lex Romana Wisigothorum*, Sentencias de Paulo, I, IV, t. V, set, 6; *Quartæ portionis portio liberis deducto ære alieno et funeris impense præstanda est, ut, ab inofficiosi querela excludantur.*

(\*\*) *Lex Romana Wisigothorum*, Novelas Theod., II, t. XI, Const. 1, pf. 6; *Parentibus vero superstitibus si naturalis pater vitæ munus*



De la misma manera se sanciona la legítima de los hermanos consanguíneos, en caso de institución de *persona turpis* <sup>(98)</sup>.

En la *Lex Romana Burgundionum* es donde primero aparece la referida confusión entre la *querela* y la *Falcidia*, lo que se reconoce en este pasaje: *Testamenta vero, quibus filius aut nepotibus Falcidia nondemittitur, nullo iure subsistunt* (Tit. XLV, pf. 5). Cabe anotar, por otra parte, que esta recopilación, llamada también el Papiano, niega a los hermanos el derecho a la *querela*: *Frater vero de inofficioso fratris agere non potest* (idem, pf. 6), y parece no admitirlo, en cuanto a los ascendientes, nada más que para la madre: *Hoc est filius vel filia, sine filiis morientes, matrem sine Falcidia præterire non possunt, ut valeat testamentum* (idem, pf. 7).

Esta confusión con la *Falcidia*, iniciada por la *Lex Burgundionum*, se repite luego en las Fórmulas y actos concretos de los siglos siguientes. Así, por ejemplo, en la *Lex Romana Curiensis*, donde se emplea la variante *Falsidia* en lugar de *Falcidia*.

La Glosa de las Institutas de Turín, siguiendo probablemente al antiguo derecho, emplea la expresión: *agere de inofficioso*, la que se encuentra también en la Suma de Perusa; mientras que la Glosa de Pistoia, encarando tal vez la petición

---

*impleverit, quartam partem bonorum, contemplatione gradus legitimi, patri matrive, avo vel avie, salvam intactam servamus, ut si quis eorum vel præteritus, vel parum quam si debebatur ex legibus, fuerit consecutus, movere de inofficioso testamento querelam pro iuris ordine concedatur.*

<sup>(98)</sup> *Lex Romana Wisigothorum*, *Novelas Theod.*, II, XIX, 1: *Fra-tes uterini ab inofficiosi actionibus arceantur, et germanis tantummodo fratibus adversus eos duntaxat, institutos heredes, quibus iniustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis, agnationis durante, sine auxilio prætoris petitionis aditus reseretur.*

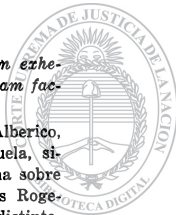


de herencia pura y simple, emplea los términos: *vel manifestare suam (hereditatem)*.

En el libro I, Capítulo 17 de las *Exceptiones Petri* se descubre el texto quizá más importante de esa época, pues, según se desprende de él y se verá en seguida, la *querela* aparece allí como una acción independiente, preparatoria de la petición de herencia; expresa: *Heres legitimus, in est filius ejus, potest rumpere testamentum inofficiosum, et recuperare omnia bona patris vel matris, qui vel quæ ita defraudaverat filium vel filiam ab hereditate*; y en palabras similares se legisla en el *Brachylogus*.

8. — *Los glosadores.* — Las glosas de Irnerius, la *Summa Codicis* del manuscrito de Troyes y las *Quæstiones de iuris subtilitatibus*, importan dentro de esta escuela una primera opinión: la de que la *querela inofficiosi testamenti* constituye una *petitio hereditatis utilis*; los glosadores fundamentaban esta tesis diciendo que, si bien el legitimario no era un heredero *subtilitas iuris*, al menos lo era según el derecho natural y la equidad. Talvez es en las *Quæstiones* donde mejor ha sido desarrollada esa idea, la que basan en la siguiente constitución de Justiniano: *Sic et de rebus dotilibus dictum est legum subtilitate transitum earum in mariti patrimonium fieri, set naturali jure in uxoris dominio permanera* (C. 5, 12, 30, pr.) Por su parte, la *Summa Trecensis*, obra atribuida como la anterior a Irnerius, dice en uno de sus pasajes: *Inofficiosi querela non est per se actio, set allegatio que exercetur proposita hereditatis petitione; qui enim de inofficioso agit, nullam aliam actionem intendit quam hereditatis petitionem, ut. D. t. isto.*

Concuerda en este concepto el *Epitome Exactis Regibus* (t. IX, de *actionibus*, pf. 50), donde se expresa con toda claridad: *Actio de inofficioso testamento que est utilis petitio hereditatis... , hec autem de inofficioso utilis est quia compe-*



*tit a tempore adite hereditatis usque ad quinquennium exheredato non domino contra scriptum heredem aditione jam factum dominum.*

Martín Gosia y su discípulo Placentín, como así Alberico, jurisconsultos de una época más moderna de la Escuela, siguieron la corriente iniciada por Irnerius, cuya doctrina sobre la *querela* compartían. Pero Bulgaro y sus discípulos Rogerius y Johannes Bassianus, sostuvieron una opinión distinta, la que, elaborada luego por Azon, Hugolín Presbyteri, Accursio y Odefroy, constituyó la doctrina de los últimos glosadores.

Esta segunda tesis sostiene que la *querela* es un medio de procedimiento independiente, destinado a preparar la petición de herencia. Azón, sobre todo, fué quien combatió la doctrina de Irnerius, para lo cual, queriendo distinguir la *querela* de la *petitio hereditatis*, argumentaba con estas dos razones: a) la petición de herencia debe ser ejercida por un heredero, ab intestato o instituido; el legitimario no lo es, pues la existencia del testamento le priva de toda vocación; b) la *hereditatis petitio* supone en el demandado la posesión de bienes hereditarios, ya sea *pro herede* o *pro possessore*, y se sabe que la *querela* exige sólo que el heredero instituido haya hecho adición de la herencia. Hemos tenido oportunidad de referirnos a ambos argumentos.

9. — *Los Bartolistas.* — Los representantes de esta escuela, que floreció en los siglos XIV y XV, adhirieron sin mayor estudio a la doctrina de los últimos glosadores. Ni Bartolo ni Baldo nos suministran comentarios de importancia sobre el tema, y más bien precisa recurrir a Cinus de Pistoia para reconocer aún la actitud de combate contra Irnerius. En efecto: discutiendo la tesis del boloñés sobre la *petitio heredi-*

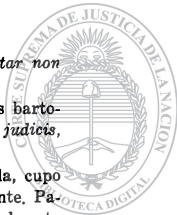
*tatis utilis*, el aludido jurista dice: *Quia qui eam intentar non est heres*.

El concepto más interesante que cabe referir a los bartolistas, es el de la *restitutio in integrum per officium iudicis*, sobre el cual tendremos que volver.

A Raphaël Fulgose, jurista innovador de la escuela, cupo iniciar el movimiento de crítica contra la tesis imperante. Para él la *querela* es una petición de herencia *utilis*, tomando esta palabra en su exacta significación técnica; es, a ejemplo de la *actio Publiciana*, una acción ficticia (*actio colorata*), concepto que aleja su doctrina de la primera de los glosadores. Fulgose, además, ha traído de nuevo a colación la idea del *color insanix*.

10. — *La escuela francesa del siglo XVI*. — Talvez la figura más relevante de este período sea Viglius Zuichemus, profesor de la Universidad de Padua, a quien cupo la fortuna de descubrir cinco libros de las Basílicas. A este hallazgo se debe, probablemente, su retorno ideológico a la tesis de los bizantinos. En efecto: su pensamiento se encuentra resumido en esta frase, que recuerda a los jurisconsultos del Bajo Imperio: *Græci probare conantur querelam esse causam ipsius actionis, id est petitionis hereditatis, vocantque petitionem hæreditatis de inofficioso... , sic nec officiosi querela actio est, sed actionis causa*. Y en este otro pasaje: *Idque et Scævola autoritate probant et Ulpiani, qui plura esse judicia petitionis hereditatis significat. Plura autem sunt ex causarum diversitate*.

Matthæus Wesembuck, Wesembecius, retrocedía por el contrario a la doctrina de los glosadores y bartolistas, cuando expresaba: *Proprie enim neque actio est, quia non persequitur ius agentis: nec accusatio, quia non persequitur pœnam; sed est querela quædam iudicis officio petens testamentum rescin-*



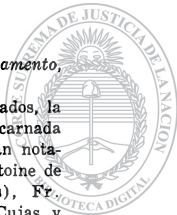
*di, ut aditioni hæreditatis ab intestato, rescisso testamento, aditus patefiat.*

Si nos apartamos de los dos jurisconsultos nombrados, la teoría del Renacimiento romanista del siglo XVI, encarnada sobre todo en la escuela francesa, resume nombres tan notables como los de François de Connau (Connanus), Antoine de Govea (Goveanus), François Le Douaren (Duarenus), Fr. Baudouin (Balduinus), Fr. Hotman (Hotomanus), Cujas y Doneau.

La doctrina de estos juristas es uniforme y se resume en el concepto de que la *querela inofficiosi testamenti* era una *petitio hereditatis sui generis*. Doneau, v. gr., llamaba *generalis* a la *petitio hereditatis* ordinaria y *specialis* a la *querela inofficiosi testamenti*. Dice, en efecto: *Generalis est communis illa ad omnem causam pertinens ex qua hereditas petitur sirve ex testamento sive ab intestato. Specialis est petitio hereditatis ex causa inofficiosi testamenti; uno verbo querela seu accusatio inofficiosi testamenti*. Cujas, por su parte, refiriéndose a la *petitio hereditatis quæ datur ex causa inofficiosi testamenti*, decía: *Hæc enim propriam naturam habet*.

La exposición más completa de esta tesis se halla en Doneau, quien admitía al legitimario el ejercicio de la petición de herencia, como heredero ab intestato (*Scriptus inofficioso testamento heres non est heres*).

Si bien la *querela* era considerada por los jurisconsultos como una *petitio hereditatis*, los caracteres diferenciales con esta acción ordinaria no debían ocultárseles, y de allí la calificación de petición de herencia *sui generis*, *specialis*, extraordinaria. Sobre todo Goveanus fué quien se particularizó sobre la necesidad, para la *petitio hereditatis*, de que el demandado estuviese en posesión de los bienes, contrariamente al simple requisito, para la *querela*, de que el heredero instituido hubiese hecho adición de la herencia. Cujas estudió el parentesco de la



*querela inofficiosi testamenti* con la *actio injuriarum*, llegando al extremo de decir —y sobre esta frase recayó la crítica de sus contemporáneos— que *exheredationem injuriæ speciem esse*.

11. — *El fin de la Edad Moderna*. — Los siglos posteriores vieron florecer a la escuela holandesa de derecho, con Vinnius a la cabeza.

Pero en realidad, los siglos XVII y XVIII recogen la elaboración del humanismo, sobre todo de Cujas. Antonio Favre atacó las construcciones de la escuela del siglo XVI y, aunque estuvo afortunado en la crítica que se basaba en la singularidad de una *petitio hereditatis* sin que el demandado fuese poseedor, desvarió en el estudio del paralelismo de la *querela* con la *actio injuriarum*, al punto de atribuir al proceso ante los centumviro —que calificaba de jurado criminal— el carácter de *judicium publicum*: *Inofficiosi testamenti querela non tam actio mere civilis quam accusatio quædam: eaque quodam modo publica ut dixi*.

Su tesis se resumía en el concepto de que la *querela* es un procedimiento previo, tendiente a hacer declarar que el testador estaba loco cuando la confección de su testamento.

Con la excepción de Sibrand Siccama, partidario de los últimos glosadores y de los bartolistas, la escuela holandesa, siguiendo las huellas de Doneau, adhirió a la doctrina de la *petitio hereditatis sui generis*. Vinnius, Vöetius y Noodt fueron sus intérpretes, pero el primero, separándose de los otros secuaces, convenía en que era dable al legitimario, escoger entre la petición de herencia ordinaria y la *querela inofficiosi testamenti*.

Aun en el siglo XVII, J. Fernández de Retes, profesor de la Universidad de Salamanca, sorprendía a los romanistas con su original teoría, según la cual no existe una sino dos *querelæ*







a favor del legitimario: una, la *querela inofficiosi testamenti* que podríamos llamar *stricto sensu*, no era sino un medio en apoyo de la petición de herencia: *est causa petendæ hereditatis ab intestato*. La otra, que podía elegir a su gusto el legitimario, tenía por objeto la rescisión del testamento y, en realidad, no era más que la *restitutio in integrum per officium judicis* de los glosadores y bartolistas.

Ya en el siglo XVIII, Pothier, que interpreta las dos tendencias extremas (los últimos glosadores y bartolistas y la escuela francesa del siglo XVI), no se atreve a tomar partido entre ellas, aunque en algunos de sus pasajes parezca manifestar su preferencia por la segunda.

En Alemania, Samuel von Cocceji se pronuncia a favor de la *restitutio in integrum per officium judicis* y, por el contrario, Heineccius adopta la solución de los humanistas franceses.

En Holanda, Pierre de Toullieu, después de exponer la teoría de la escuela francesa, manifiesta su preferencia por ella, aunque a su modo de ver la *querela* no tuvo, con anterioridad a Adriano, la calidad de *hereditatis petitio ab intestato*. Para él la acción de inoficioso era, más bien, una petición de herencia de derecho natural, nacida con el delito que comete el testador al omitir a sus legitimarios: *Fuit potius ex lege naturæ ob delictum neglecti contra pietatem justi sanguinis: bonaque tamquam ab indigno testatore auferebantur, et, in solatium injuriæ, conquerenti addicebantur*, concepto que lo aproxima a Antonio Favre.

En Italia, la doctrina de la petición de herencia *sui generis* encontró su divulgador en J. Averani, papel que por otra parte cupo, en España, a José Finestres y de Monsalvo, profesor de la Universidad de Cervera.

12. — *La cuestión en la doctrina contemporánea.* — En

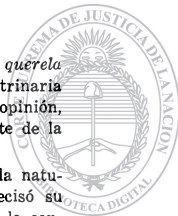
1820, Klense publicaba, en una meritoria tesis sobre la *querela inofficiosi testamenti*, un resumen de la evolución doctrinaria que hemos ido documentando. Llevado a expresar su opinión, se pronunciaba por la idea de una acción independiente de la *petitio hereditatis*.

A mediados del siglo, H. R. Gneist, investigando la naturaleza de la *querela* como procedimiento general, precisó su tesis sobre la *querela inofficiosi testamenti*, llegando a la conclusión de que importa un incidente de la petición de herencia.

Pero sólo en la mitad del siglo pasado toma verdadero vuelo la discusión doctrinaria. Francke y Hartmann, en efecto, dan a publicidad meritorios estudios; el primero, contrariamente a las ideas en boga, exige en el demandado por la *querela* la posesión de los bienes hereditarios, ya sea *pro herede* ya *pro possessore*, con lo que aproxima aún más el remedio de los centumviros, a la *petitio hereditatis* ordinaria. Hartmann, en vez, vuelve a la idea de los glosadores de la segunda época, y apunta modificaciones al proceso, tal como se lo había explicado hasta entonces.

E. J. Bekker, por su parte, introduce la idea de las dos *querelæ*: una, simple incidente de la *petitio hereditatis*; la otra, acción independiente, *præjudicium an testamentum inofficiosum sit*. Concuerda con él May, en su ya citada obra sobre el derecho romano (pág. 574).

Pero sin duda la tesis que en estos tiempos ha predominado, es la de Eisele, basada también en la existencia de dos *querelæ*, pero sucesivas. La primera fué la querella centumviral, medio de prueba desarrollado *in judicium* por el heredero legitimario dentro de la petición de herencia; la segunda, *persecutio extra ordinem*, dotada de reglas especiales y de aparición posterior, para los casos en que los centumviros eran incompetentes. Según Eisele, esta última era una variedad de



la *actio injuriarum*, destinada a obtener la rescisión del testamento, y preparatoria de la *petitio hereditatis*.

Digamos, en fin, que la controversia no ha concluido aún, y que la oposición entre los que ven en la *querela* un simple incidente de la petición de herencia <sup>(\*)</sup> y los que la consideran una acción por sí, leva camino de perpetuarse, a menos que se descubra un nuevo texto que resuelva todas las dudas.

---

(\*) Merece recordarse entre éstos, a Eduardo Cuq, quien en su *Manuel des Institutions juridiques des romains* (2ª ed., París, 1928), se basa en un rescripto de los emperadores Valeriano y Galiano (C. III, 28, 16) para concluir que la *querela* no es una acción en justicia, sino uno de los medios a emplear para el progreso de una *petitio hereditatis* (pág. 712).



## CONCLUSION

A través del proceso histórico por donde nos ha llevado el estudio particular de una institución, creemos haber visto surgir un principio de lucha que, con mayor o menor verosimilitud, se repetía en todas las civilizaciones antiguas: lucha entre el individuo, que tiende a su expansión total, y el grupo político primario, que le absorbe y anonada.

Dentro de ese movimiento de dos fuerzas contrapuestas, nos ha parecido exacto reconocer en la legítima, al menos en sus primeras manifestaciones, el carácter de un arma de combate con la que la familia quiso abatir al adversario ya vencedor. Su inmediata aceptación implica, no sólo el cumplimiento de un fenómeno de regresión aceptado por la sociología—según es precisamente la idea de May (\*\*)—, sino también, en manera importante, el rejuvenecimiento de institutos y tendencias no muertos pero latentes en el organismo colectivo (\*\*).

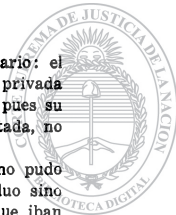
Adviértase, en efecto, que la absoluta libertad de disponer fué un éxito prematuro del individuo, favorecido por características singulares del pueblo romano y, en especial, por la fá-

---

(\*\*) G. MAY, op. cit., pág. 569.

(\*\*) Véase el concepto similar de Declareuil en nota 30.





cil transformación de un instituto al parecer secundario: el testamento. De otra manera, pensamos, la propiedad privada no podía nacer en época tan primitiva de la historia, pues su concepto requiere la adquisición de una cultura decantada, no sólo espiritual sino material.

Grecia, y con mayor razón las razas orientales, no pudo germinar el proceso hacia la consagración del individuo sino a paso lento, por pequeñas y sucesivas conquistas que iban afirmando la liberación de las personas y creando el concepto de propiedad privada. La legislación helénica, fruto de un pueblo que no poseía las notas singulares del romano, nos presenta ese desarrollo como lenta lucha contra la propiedad colectiva, a la que tiende a encerrar en su último reducto: la reserva o legítima. Roma, por el contrario, parece como vencida enteramente y de sorpresa por el avance individualista, y la sucesión contra el testamento como la *querela inofficiosi testamenti*, son reacciones posteriores a una completa derrota. Mas, como expresa sabiamente May, la amplitud de la oscilación en sentido inverso, siguiendo una ley de la Física, no volvió las cosas a su punto de partida: la propiedad quiritaria y exclusiva se había encastillado en inexpugnables bastiones y, desde lugar seguro, inició el nuevo ataque.

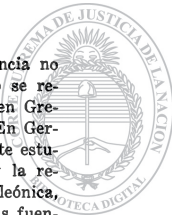
El individuo, en fin, por una de esas paradojas del progreso histórico, terminó por imponerse absorbiendo y modificando en su fundamentación a la legítima. Desde ese momento, desde que la *debita portio* no se basó en la ficción del *officium pietatis*, sino verdaderamente en el afecto debido por la sangre, la conquista del individualismo estaba ya terminada, y la organización social del pueblo romano había adquirido los caracteres de las civilizaciones modernas.

La historia de la antigüedad se desenvolvía entonces bajo la guía del Imperio e, ineludiblemente, las diversas razas debieron acomodar, tarde o temprano, sus legislaciones al tipo

individualista de la romana. Pero allí donde la influencia no llegaba, entre los germanos sobre todo, el movimiento se repetirá en la forma que hemos visto a grandes rasgos en Grecia, salvadas las particularidades de épocas y matices. En Germania, según expondremos en una segunda parte de este estudio, la propiedad colectiva es la formación primera, y la reserva su último baluarte. Y cuando la legislación napoleónica, ejemplo del progreso contemporáneo, resume las diversas fuentes en un solo instituto, los caracteres del individualismo romano resurgen, como el *ibis*, entre la obscuridad jurídica del Medioevo y priva, nuevamente, la idea del afecto presunto.

Si, pues, la *querela inofficiosi testamenti* nació como regresión hacia la propiedad colectiva y fué luego adaptada a la individual, la legítima moderna cumple, a su vez, un movimiento semejante hacia el dominio privado y exclusivo de Roma y luego, en nuestros días, quiere buscar su fundamentación en la existencia de un derecho propio del heredero sobre los bienes del causante, con independencia del afecto presunto.

He aquí la conclusión que sostenemos como tesis, y que se defenderá en un estudio posterior sobre el destino de la legítima en Occidente.



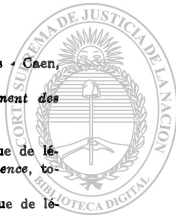


## BIBLIOGRAFIA

- ACCARIAS C.: *Précis de Droit Romain*, 4ª edición. París, 1886.
- ARISTÓTELES: *Constitution D'Athènes*, texto restablecido y traducido por G. Mathieu y B. Haussoullier. París, 1922.
- ARISTÓTELES: *La Política*, en *Obras de Aristóteles puestas en lengua castellana*, por Patricio de Azcárate. Madrid.
- ARNDT L.: *Trattato delle Pandette*. Traducción italiana anotada por F. Serafini. Bologna, 1875.
- BARTHÉLEMY J. J.: *Voyage du Jeune Anacharsis en Grèce*. París, 1832.
- BEAUCHET L.: *Histoire du Droit Privé de la République Athénienne*. París, 1897.
- BELOCH G.: *La Grecia antichissima*. Roma, 1891.
- BIBLIA: Edición del *Depósito Central de la Sociedad Bíblica B. y E.* Madrid, 1926.
- BOCKING E.: *Pandekten*. Bonn, 1853.
- BOISSONADE J.: *Histoire de la réserve héréditaire*. París, 1873.
- BONFANTE P.: *Scritti Giuridici Varii. Famiglia e successione*. Torino, 1926.
- BONFANTE P.: *Instituciones de derecho romano*. Traducción española de la 8ª edición. Madrid, 1929.
- BONFANTE P.: *Storia del Diritto Romano*. Milano, 1903.
- BONILLA Y SAN MARTÍN A.: *El Código de Hammurabí*. Madrid, 1909.
- BOUCHÉ-LECLERCQ A.: *Manuel des Institutions Romaines*. París, 1931.
- BRUGGI B.: *Istituzioni di Diritto Romano. Diritto Privato - Giustiniano*. 3ª ed. Torino, 1926.
- BRUGI B.: *ereditatis petitio de inofficioso secondo i contemporanei di Giustiniano*, en *Mélanges Fitting*. Montpellier, 1907.



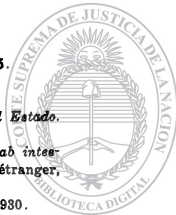




- CAILLEMER E.: *Le droit de succession légitime à Athènes*. Paris - Caen, 1879.
- CAILLEMER E.: *Droit de tester*, en *Annuaire pour l'encouragement des études grecques*. Paris, 1870.
- CATELLI D.: *Gli ebrei*. Firenze, 1899.
- CAUVET J.: *De l'organisation de la famille à Athènes*, en *Revue de législation et de jurisprudence*, tome XVI.
- CAUVET J.: *De l'organisation de la famille à Athènes*, en *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XXIV.
- CAVAIGNAC E.: *Histoire de l'antiquité*. Paris, 1917.
- CICCOTTI E.: *La famiglia nel diritto attico*.
- CICCOTTI E.: *La civiltà del mondo antico*. Udine, 1935.
- CICERÓN: *De legibus*.
- CICERÓN: *De inventiones*.
- CICERÓN: *De oratore*.
- CICERÓN: *De respublica*.
- CICERÓN: *In Verri*.
- COLUMELLA L.: *De re rustica*.
- COMPARETTI D.: *Le leggi di Gortyna e le altre iscrizioni arcaiche Cretesi*, en *Monumenti antichi pubblicati per cura della Reale Accademia dei Lincei*. Milano, 1893.
- COSTA E.: *Storia del Diritto Romano Privato*. Torino, 1925.
- CUJAS J.: *Opera Omnia*. Neápoli, 1748.
- CUQ E.: *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2<sup>a</sup> ed. Paris, 1928.
- CUQ E.: *La propriété foncière en Chaldée d'après les pierres-limites du Musée du Louvre*, en *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et étranger*, año 1906.
- CURTIUS E.: *Historia de Grecia*. Madrid, 1887.
- D'ARBOIS DE JUBAINVILLE H.: *La famille homérique et la famille celtique*, en *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et étranger*, año 1898.
- DARESTE R.: *Nouvelles études d'histoire du droit*. Paris, 1902.
- DARESTE R.: *Nouvelles études d'histoire du droit*, 3<sup>a</sup> serie, Paris, 1906.
- DARESTE R.: *La science du droit en Grèce*. Paris, 1893.
- DARESTE R.: *Les plaidoyers civils de Démosthène*. Paris, 1875.
- DARESTE E.: *Textes inédits de Droit Romain*. Paris, 1883.
- DARESTE R., HAUSBOULLIER B. ET REINAICH TH.: *Récueil des Inscriptions juridiques grecques*. Paris, 1898.
- DECLAREUIL J.: *Rome et l'organisation du droit*. Paris, 1924.



- DE LAPLANCHE J.: *La réserve coutumière dans l'ancien droit français*. Paris, 1925.
- DELAPORTE L.: *Mesopotamia. Las civilizaciones babilónica y asiria*. Barcelona, 1925.
- DE LAVELEYE E.: *De la propriété et de ses formes primitives*. 5ª ed. Paris, 1901.
- DE MARCHI A.: *Gli Elleni*. Milano.
- DE SANCTIS G.: *Storia della Repubblica Ateniese*. Torino, 1912.
- DE SANCTIS G.: *Storia dei romani*. Torino, 1907.
- DERNBURG ARRIGO: *Pandette*. Torino, 1903-1907.
- DIODORO DE SICILIA: Edición anotada por F. Hoefel. Paris, 1865.
- DIÓGENES LAERCIO: *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*. Madrid, 1910.
- DIONISIO DE HALICARNASO: Traducción italiana. Roma, 1545.
- DUBOIS E.: *Droit attique et histoire comparée des législations*, en Nouvelle Revue Historique de Droit Français et étranger, año 1881.
- ENGELS F.: *Origen de la familia, de la propiedad y del Estado*.
- ERSCHBACH M.: *Introduction générale à l'étude du droit*. Paris, 1856.
- FERNÁNDEZ DE MESA T. M.: *Derechos Natural y Romano en España*. Valencia, 1747.
- FERRERO G.: *Grandezza e Decadenza di Roma*. Milano, 1914.
- FERRERO G. E BARBAGALLO C.: *Roma Antica*. Firenze, 1921.
- FUSTEL DE COULANGES: *La ciudad antigua*. Madrid, 1908.
- FUSTEL DE COULANGES: *Nouvelles recherches sur quelques problèmes d'histoire*. Paris, 1891.
- FUSTEL DE COULANGES: *Attica Respublica*, en Saglio E., y otros: *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, tomo I, 1ª parte. Paris.
- GARCÍA DEL CORRAL I. L.: *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. Barcelona, 1889 - 1898.
- GAYO. — *Institutas*.
- GIBELIN E.: *Etudes sur le droit civil des Hindous*. Pondichéry, 1847.
- GIRARD P. F.: *Manuel élémentaire de Droit Romain*. Paris, 1929.
- GIRAUD CH.: *Du droit de succession chez les Athéniens*, en Revue de législation et de jurisprudence. Tomo 16.
- GIRAUD P.: *La propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête romaine*. Paris, 1893.
- GLOTZ G.: *La cité grecque*. Paris, 1928.
- GLOTZ G.: *La civilisation égéene*. Paris, 1923.
- GLOTZ G.: *Histoire grecque*. Paris, 1925.



- HEINECIO J. B.: *Éléments du Droit Civil Romain*. Paris, 1805.
- HOMERO: *La Ilíada*.
- HOMERO: *La Odisea*.
- HOMO L.: *Las instituciones políticas romanas. De la Ciudad al Estado*. Barcelona, 1928.
- HAUSSOULLIER B.: *Una ley griega inédita sobre las sucesiones ab intestato*, en Nouvelle Revue Historique de Droit Français et étranger, año 1923.
- HUART C.: *Persia antigua y la civilización irania*. Barcelona, 1930.
- IHERING R. VON: *El espíritu del derecho romano*. París, 1886.
- IHERING R.: *VON: Prehistoria de los indoeuropeos*. Madrid, 1896.
- JANNET C.: *Les institutions sociales et le droit civil à Sparte*. Paris, 1880.
- JOBBÉ DUVAL E.: *La nature de la querela inofficiosi testamenti selon les jurisconsultes byzantins*, en Mélanges Fitting, tomo I. Montpellier, 1907.
- JOBBÉ DUVAL E.: *Histoire de la doctrine relative à la nature de la querela inofficiosi testamenti*, en Nouvelle Revue Historique de Droit Français et étranger, año 1907.
- KOENIGSWARTER L. J.: *Histoire de l'organisation de la famille en France depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours*. Paris, 1851.
- LÉCRIVAIN CH.: *Eupatrides*, en E. Saglio. Dictionnaire, t. II. 1<sup>ª</sup> parte.
- LÉVY - BRUHL H.: *La fonction du très ancien testament romain*, en Nouvelle Revue Historique de Droit Français et étranger, año 1921.
- LONGO C.: *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*, en Bollettino dell'Istituto di diritto romano, tomos 14 y 15.
- MACKELDEY L.: *Introduction à l'étude du droit romain*. Mons, 1826.
- MANÚ.
- MÁSPERO G.: *Anciens testaments égyptiens*, en Nouvelle Revue Historique de Droit Français et étranger, año 1898.
- MASSON - OURSEL P., DE WILLMAN GABROWSKA et STERN PH: *L'Inde antique et la civilisation indienne*. Paris, 1933.
- MAY G.: *Elements de droit romain*, 18<sup>ª</sup> ed. Paris, 1935.
- MAYNZ C.: *Curso de derecho romano*. 2<sup>ª</sup> ed. Buenos Aires.
- MEYER E.: *Histoire de l'antiquité. Introduction à l'étude des sociétés anciennes*. Paris, 1912.
- MICHON L.: *La succession ab intestat d'après les XII Tables*, en Nouvelle Revue Historique de Droit Français et étranger, año 1921.
- MISPOULET J. B.: *Études d'institutions romaines*. Paris, 1887.
- MOMMSEN TH.: *Histoire romaine*. Paris.



- MOMMSEN TH. et MARQUARDT J.: *Manuel des antiquités romaines*. París, 1893.
- MORGAN L.: *La sociedad primitiva*. La Plata, 1935.
- MÜHLENBRUCH C. F.: *Doctrina Pandectarum*. Bruselas, 1838.
- MUIRHEAD J.: *Storia del diritto romano*. Milán, 1888.
- MÜLLER-LYER F.: *La familia*. Madrid, 1930.
- NAMUR P.: *Curso de las Institutas e historia del derecho romano*. Buenos Aires, 1904.
- NIEBUHR B. G.: *Histoire romaine*. Bruselas, 1830.
- ORTOLAN M.: *Explicación histórica de las Instituciones*. Madrid, 1887.
- PASTORET: *Histoire de la législation*. París, 1817.
- PLATÓN: *Las leyes*.
- PLATÓN: *La República*.
- POTHIER R. J.: *Pandectae*. París, 1816-1824.
- PUCHTA G. F.: *Corso delle Istituzioni*. Milán, 1858.
- RIVIER A.: *Précis du droit de famille romain*. París, 1891.
- RIVIER A.: *Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain*. París, 1878.
- SAGLIO E. Y OTROS: *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*. París.
- SAN AGUSTÍN: *La ciudad de Dios*.
- SAVIGNY F. C. DE: *Sistema de derecho romano actual*. Madrid, 1878.
- SCIALOJA V.: *Diritto ereditario romano*. Roma, 1914.
- SCIALOJA V.: *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*. Roma, 1922.
- SÉNECA: *Oeuvres complètes*. París, 1877.
- SOHM R.: *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*; trad. de la 17ª edición. Madrid, 1928.
- STRABON: *Geografía*. Edición anotada por A. Tardieu. París, 1894.
- SUMNER MAINE H.: *L'ancien droit*. París, 1874.
- TÁCITO: *Gli Annali*. Traducción italiana de B. Davanzati. Milán, 1874.
- TITO LIVIO: *Décadas de la historia romana*. Madrid, 1914.
- UNZNER K.: *Die querela inofficiosi testamenti nach dem Rechte der Nov. CXV*. Munchen, 1891.
- WESTRUP C. W.: *Algunas notas sobre la propiedad primitiva ante la historia comparada*, en Nouvelle Revue Historique de Droit Français et étranger, año 1933.
- WETTER P. VAN: *Curso elemental de derecho romano*. Trad. de la 2ª edición francesa. Madrid, 1889.
- WINDSCHEID B.: *Diritto delle Pandette*. Traducción italiana anotada por C. Fadda y P. E. Bensa. Torino, 1930.
- ZACHARIAE C. E.: *Histoire du Droit Privé Greco-Romain*. París, 1870.



# INDICE



## PRIMERA PARTE ORIENTE Y GRECIA

I. — Generalidades .....	9
II. — La organización familiar .....	20
III. — La propiedad colectiva .....	40
IV. — El movimiento hacia la libre disposición .....	68

## SEGUNDA PARTE ROMA

I. — Los orígenes. El testamento .....	101
II. — La sucesión contra el testamento .....	136
III. — La querela inofficiosi testamenti .....	155
IV. — La querela inofficiosæ donationis vel dotis. Las legítimas especiales .....	182
V. — Naturaleza jurídica de la querela inofficiosi en la época clásica y en el Bajo Imperio .....	187
VI. — Conclusión .....	211
Bibliografía .....	215

Reg	
Cat.	11E
Clas.	

17 JUN. 2011



Este libro se terminó de imprimir en  
los talleres gráficos de Luis Rubino.  
Calle Bustamante 766 el día 27 de  
Junio de 1940

