

EL TESTAMENTO EN LA HISTORIA: ASPECTOS MORALES Y RELIGIOSOS.

Por Juan Bautista Fos Medina

1. Introducción

El estudio de los testamentos a lo largo de la historia nos pone delante de los ojos el contraste existente entre el espíritu moral y religioso que inspiró al Derecho durante el Antiguo Régimen y la mentalidad secularizada del Derecho Nuevo surgido a fines del siglo XVIII.

El antiguo derecho traslucía la creencia tradicional en la vida eterna y en el castigo eterno, y por ello se advierte en aquellos actos de última voluntad la intención de salvar el alma y de realizar el descargo de la conciencia en el momento culminante de la vida y frente a la inminencia y a la inexorabilidad de la muerte. El Siglo de Oro español reflejaba esa actitud en unos conocidos versos atribuidos a Lope de Vega: *“Que tengo que morir es infalible/dejar de ver a Dios y condenarme,/triste cosa será, pero posible ...”*, o en la célebre copla española: *“La ciencia más acabada, es que el hombre en gracia acabe, pues al fin de la jornada, aquél que se salva, sabe, y el que no, no sabe nada”*.

Esta evolución del testamento resulta interesante -en el presente enfoque- desde, al menos, tres puntos de vista. Desde el punto de vista jurídico, porque resulta conveniente para comprender y mejorar este viejo instituto del Derecho y de la Humanidad, que en nuestro país viene cayendo en desuso desde hace más de un siglo y medio.

El segundo aspecto de interés es desde el subjetivo, porque el testamento visto en perspectiva histórica nos muestra claramente a la persona de cara a su término existencial en relación a las cosas (sus bienes), a las personas (familia, amigos, pobres, deudores y acreedores, criados, etc.) y a Dios.

Y finalmente desde un aspecto sociológico-político, porque el testamento atiende primeramente razones familiares, por aquello que existe un sentido familiar del derecho sucesorio, en virtud de la imbricación natural entre la familia y la propiedad, en razón de la cual es fundamental que los padres decidan la suerte de su familia y de sus bienes, ya que son ellos quienes conocen mejor que la ley general, las necesidades de su hogar.¹ En segundo lugar, dado que las sucesiones tienen un enorme efecto en el poder de la familia, y esto una incidencia política. Por ello, observaba agudamente Alexis de Tocqueville: *“Me causa sorpresa que los publicistas antiguos y modernos no hayan atribuido a las leyes sobre las sucesiones mayor influencia en la marcha de los negocios humanos. Estas leyes, a la verdad, pertenecen al orden civil; pero deberían hallarse colocadas a la cabeza de todas las instituciones políticas en razón a que influyen increíblemente en el estado social de los pueblos, cuyas leyes políticas sólo son expresión”*.²

2. La noción de testamento.

¹ Es que para la perpetuación de la especie no basta solamente la unión de los sexos; porque al elemento biológico debe sumársele el elemento materialmente económico y, podríamos decir también, el elemento moral y espiritual que, con la estabilidad del conjunto de todos esos elementos, sirven para prolongar la familia en el tiempo, bajo el amparo del matrimonio, como fuera definido desde la Antigüedad por Modestino: *“Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio”* (Dig. 23, 2, 1). Conf. Argüello, Luis Rodolfo. Manual de derecho romano. Historia e instituciones. Editorial Astrea. 2ª. Edición corregida. 3ª. Reimpresión. Página 385. Buenos Aires. 1987. El acto de testar revela nuestra filiación divina y nuestra vocación de eternidad y ese anhelo de la trascendencia es buscado por el hombre, en cierto sentido, también en la progenie y lo plasma de manera solemne (aún cuando lo haga de manera ológrafa y en soledad) en el acto de última voluntad.

² Tocqueville, Alexis de. La democracia en América. Alianza editorial. El libro de bolsillo. Madrid. 1980.

Según el significado vulgar el testamento es la declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de bienes y de asuntos que le atañen para después de su muerte.³

Con un criterio exclusivamente patrimonial, Vélez Sarsfield define el testamento en el artículo 3607 del Código Civil, título XI De la sucesión testamentaria, legislado detrás del título De la porción legítima de los herederos forzosos y como parte del Libro IV (De los derechos reales y personales).⁴ De ahí que, según la visión marcada por cierto materialismo individualista y racionalista, el Codificador definiera al testamento como “*un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte*”.⁵

Seguramente por tal motivo, el Codificador haya rechazado en el artículo 3724 las sustituciones testamentarias (relacionadas normalmente a los mayorazgos y las mal llamadas manos muertas), sosteniendo en la nota respectiva que impedirían la movilidad del comercio, quizás con el afán economicista y utilitarista de que todos los ciudadanos se convirtieran en comerciantes o en vendedores y compradores del propio hogar y el del prójimo.⁶

En cambio, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, pese a su ideología disvaliosa expresada en su regulación de la persona, la familia, los contratos, etc., que prácticamente torna estéril todo otro acierto, adopta en materia sucesoria y, en otras de carácter patrimonial familiar, un criterio más amplio, tradicional y más acorde con el Derecho Comparado europeo. Veamos la definición de testamento para darnos cuenta y comparar ambas.

El nuevo artículo 2462 (Título XI, Sucesiones testamentarias, capítulo 1, disposiciones generales), prevé: “*Testamento: Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales*”.

3. El testamento en la historia

En una apretadísima síntesis, es preciso tener presente un panorama histórico, a fin de apreciar la evolución del testamento.

La Antigüedad, Grecia y Roma

Desde los albores de la Antigüedad la propiedad era comunitaria y estaba ligada a la familia grande y patriarcal; en el pueblo judío a la tribu y al linaje⁷, en el romano a la gens. La propiedad pertenecía al grupo familiar, quien era el titular, porque la propiedad individual se conoció mucho tiempo después, ya que no se conocía en esta época todavía al individuo. La propiedad familiar solía

³ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, décima sexta edición, Madrid, Año de la Victoria, pág. 1214.

⁴ Cita como fuentes la Partida 6ª, el Digesto, el artículo 895 del Código francés, y los códigos napolitano, holandés y de Luisiana.

⁵ El Código Civil de Chile, por ejemplo, define el testamento en el artículo 999 con el mismo criterio. Código civil. Decimonovena edición oficial. Aprobada por Decreto N° 391, de 27 de enero de 2009, del Ministerio de Justicia. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2011.

⁶ Refiriéndose a la sustitución fideicomisaria dice que “*tiene el carácter particular de la carga que impone al heredero de devolver a su muerte los bienes al heredero instituido, estableciéndose así un orden de sucesión en las familias. Esta sustitución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza, a la mejora misma de las cosas dejadas por el testador. Tiene, lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes, pero para esto es preciso una inmovilidad estéril en lugar del movimiento que da la vida a los intereses económicos*”.

⁷ En el Antiguo Testamento el libro de los Números (Cap. 26, párr. 55) dice: “*Por los nombres de las tribus de sus padres heredarán*”. Privado se estaba en el pueblo elegido de la libre disposición del patrimonio, aún de mejorar algún hijo en detrimento de otro, conf. el libro de Ezequiel (46; 16). En igual sentido el Código de Manu, de la antigua India (párrafo 106 del libro IX). Conforme a Aquiles Horacio Guaglianone. Historia y Legislación de la Legítima. Fuentes Antiguas. Buenos Aires. 1940, págs. 62/ 64.

ser administrada por el jefe de familia, quien no era más que un poseedor. Los miembros de la familia pasaban, pero la propiedad familiar permanecía.

Tanto en Grecia como en Roma, mientras perduró el espíritu comunitario, no surgió la novedad de la libre disposición de los bienes.⁸ Pero a medida que fue cobrando protagonismo el individuo, aparecieron en Atenas las leyes de Solón y en Roma la ley de las XII Tablas. La primera reconoció por primera vez el derecho de disponer por testamento con excepciones, para luego aumentar paulatinamente la libertad de disposición hasta ser absoluta y pasar a Esparta y otros estados.⁹ Esa era la génesis del testamento, es inútil buscarla en Oriente ya que, como afirma Guaglianone, fue una concepción grecorromana. Con la ley de las XII Tablas el poder del individuo también creció en cabeza del pater y la libertad de testar que, en un principio se limitó al ámbito familiar para aumentar luego con la admisión a la herencia de los extraños, fue irrestricta durante la decadencia republicana, provocando las frecuentes quejas de los miembros de la familia del causante, que dieron lugar a las “querella inoficiosi testamenti”, que originaron la legítima, principalmente en razón de la piedad y de un deber alimentario.

Los testamentos que Diógenes Laercio atribuye a Platón y a Aristóteles, son sumamente interesantes para ver su sentido moral y religioso, mediante los cuales se reconoce -entre otros aspectos- un parentesco notable con los testamentos indianos.¹⁰

España.

El decurso histórico nos conduce a Castilla, porque el derecho castellano se aplicó en América en virtud del descubrimiento y conquista del Nuevo Mundo y como consecuencia de las bulas de donación pontificia, con las adaptaciones que correspondieron a la nueva realidad y que originaron el derecho indiano.

La Edad Media castellana compartía la cosmovisión teocéntrica del Medioevo para la cual “*la preocupación por la salvación del alma se manifestó en los actos jurídicos mortis causa ...*” y alcanzó un grado de religiosidad, no igualado en época alguna.¹¹ Otro rasgo característico de la época fue el predominio de la familia sobre el individuo, como ocurrió en el derecho antiguo, y por todo el Antiguo Régimen castellano e indiano; importante de tener en cuenta porque las soluciones del Derecho para el caso de muerte, tendían a preservar el patrimonio familiar, como finalidad sucesoria.¹²

⁸ En Roma la propiedad familiar inalienable conocida como heredium era el lugar, como ha señalado Fustel de Coulanges, donde descansaban los antepasados en la tumba y donde eran venerados los dioses familiares en el hogar dentro del recinto. El pater era el (herus) y el jefe soberano y amo de la res familiaris, domestica, privada y quien debía transmitir aquellos bienes indivisos a quien eligiera para continuar el gobierno de la familia entre los hijos y la familia gentilicia.

⁹ Con dos limitaciones: la existencia de hijos varones y la circunstancia de que el testador hubiese tenido viciada la inteligencia o la voluntad. *Ibidem*, pág. 96.

¹⁰ El de Platón parece respetar las leyes de Solón porque instituye como único heredero de sus bienes a su hijo varón, cuando declara que “*la hacienda de Efestia ... no será vendida ni enajenada. La dono, si los dioses lo permiten, a mi hijo Adimanto. ... Euclides, el cantero, me debe tres minas. Declaro libre a Artemis ... No debo nada. Ejecutores testamentarios: Sostenes, Spensipo, Demetrio, Hegias, Eurimedon, Calimaco y Trasipo*”. En cambio, en el acto de última voluntad del Estagírita, al instituir heredero a una Herpilis, pareciera indicar que las leyes solonianas no estaban ya en vigor. “*Haya salud; pero por si algo sucediese, dispone Aristóteles en esta forma: ser ejecutor de todo y siempre Antípato; y hasta que Nicanor se halle en estado de administrar mis bienes, serán curadores Aristómenes, Timarco, Hiparco, Dióteles y Teofrasto ... y de mis hijos, de Herpilis y de todo lo restante. (...) También si quisiera vivir en Calcis (Herpilis), sea suya la hospedería que está junto al huerto; pero si en Estagira, la casa paterna. ... Tacon será libre ... Cuando se construya mi sepulcro, se depositarán en él los huesos de Pythia, 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*”. Guaglianone, Aquiles Horacio. Historia y legislación de la legítima. Fuentes Antiguas. Tesis laureada con el premio Eduardo Prayones y recomendada al Premio Facultad (1939). Buenos Aires. 1940. Pág. 81. Pareciera que la matriz de los testamentos no hubiesen sufrido grandes cambios en dos mil años, desde el siglo IV a. C. hasta mediados del siglo XIX.

¹¹ Tau Anzoátegui, Víctor. Esquema histórico del derecho sucesorio. La Ley. Pág. 15.

¹² *Ibidem*, págs. 18/20.

En el período de la Recepción del derecho romano canónico, se fueron introduciendo elementos que fueron favoreciendo el poder del individuo, más allá que subsistían los feudos, vinculaciones y mayorazgos, que constituían un régimen especial y que eran desconocidos en la Alta Edad.¹³

Es así que el testamento comenzará a tener mayor fuerza a partir de la sanción de las Partidas¹⁴ (de fuerte influencia romana en materia sucesoria, ya que establecerá en la Sexta lo que se conoció como legítima romana de un tercio hasta cuatro hijos y de un medio en caso de más de cuatro hijos), luego con el Ordenamiento de Alcalá (1348) que lo estimulará al quitarle trabas y darle validez a las mandas piadosas y deberes morales, aún cuando no hubiere o fuere defectuosa la institución de heredero considerada el fundamento del testamento por los romanos, y sobre todo posteriormente con la leyes de Toro, que pese a que fijaron y aumentaron la legítima en cuatro quintos para descendientes y en dos tercios para ascendientes que, como ha dicho Ots Capdequí quedaron fijados en el derecho castellano el régimen jurídico de los herederos forzosos y las legítimas,¹⁵ vio su época de esplendor porque fue se consideró no sólo los aspectos materiales sino también los espirituales que aparejaba el testamento, sumado ello a la abundancia de escribanos y su bajo costo de realización.¹⁶ De manera tal que el testamento fue promovido por la legislación castellana y se extendió por todos los estratos sociales, a tal punto de considerarse una suerte de deshonor morir intestado.¹⁷

En Indias.

Ya desde los inicios de la conquista la Corona trasplantó la costumbre de testar a las tierras recientemente descubiertas y el testamento reinó hasta mediados del siglo XIX.¹⁸

¹³ *Ibidem*, pág. 42.

¹⁴ El testamento fue definido por la ley 2, título 1, Partida 6, como “*voluntad ordenada en que uno establece su heredero, o departe lo suyo en aquella manera que quiere quede lo suyo después de su muerte*”. Y también decía respecto del acto de última voluntad que “*es una de las cosas del mundo en que más deben los hombres haber cordura, cuando lo facen, por dos razones. La una porque en ellos muestran cual es su postrimera voluntad, e la otra porque después que los han fecho si murieren, no pueden tornar otra vez a enderezarlos*”.

¹⁵ Por otra parte, existió el instituto de la mejora, procedente del derecho visigodo de manera que, además del quinto disponible, se disponía del tercio de los bienes a favor de sus descendientes legítimos; ambos frecuentemente se acumulaban en el hijo mayor aunque, decayó en la Alta Edad Media por una corriente igualadora, para renacer en el siglo XIII.

¹⁶ *Ibidem*, págs. 38/9, 46 y sgtes. Y también José María Ots Capdequí. Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano, tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1943, pág. 148.

¹⁷ Como se advierte la deshonra de morir intestado no ocurría solamente en Roma, como señaló Vélez parcialmente en su nota al Código Civil, olvidándose de la época indiana; interesaba al honor y a la conservación de la fama del difunto. Así en las Partidas se afirmó que “*e tiene muy grand pro a aquel que lo estableció porque deja lo suyo a ome que quiere bien, e partese su anima desde mundo mas folgada por ende ...*”. Citado por Tau Anzóategui, *ibidem*, p. 43/6. El bien espiritual del testador consistía no sólo en que quede más tranquilo el ánimo del testador después de otorgado el testamento, como decía Gregorio López, si no también que podía dedicar sus últimos momentos a la preparación espiritual para afrontar el trance de la muerte, además que se atribuía la virtud de evitar dudas y contiendas entre los herederos. La posición de teólogos y juristas contribuyó a exaltar el testamento y la Iglesia ayudó a elaborar los testamentos, en ocasiones solicitado por la Corona). En el Ejercicio de la buena muerte se consignaba: “*¡Qué dolor para quien tiene puesto el amor, la paz y el corazón en los bienes caducos de esta vida, y bienes tal vez, que los adquirió con fraude, y que los retiene con injusticia! ¡Qué dolor! Pero, al fin, aunque sea con él, es preciso disponer de su casa, de su hacienda, de su alma y de su cuerpo. Esto es/lo que se llama testamento, o última disposición*”. Citado por María Isabel Seoane, en *Un salvoconducto al cielo. Prácticas testamentarias en el Buenos Aires indiano*, Instituto de investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires. 2006, pág. 17.

¹⁸ El testamento y el codicilo de Isabel la Católica han sido capitales para marcar el espíritu de las Leyes de Indias. “*En el nombre de Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas y una esencia divina, Creador y Gobernador universal del Cielo y de la Tierra [...] y de la gloriosa Virgen María, su madre, Reina de los Cielos y Señora de los Ángeles, nuestra señora y abogada, de aquel príncipe de la Iglesia y caballería angelical san Miguel, y del mensajero celestial el arcángel san Gabriel y [...] especialmente de aquel santo precursor de nuestro redentor Jesucristo, san Juan Bautista, y a los muy bienaventurados príncipes de los apóstoles san Pedro y san Pablo con todos los otros apóstoles señaladamente del muy bienaventurado san Juan Evangelista [...], al cual santo apóstol y evangelista yo tengo por mi abogado especial en esta presente vida y así lo espero tener en la hora de mi muerte, y en aquel terrible juicio y estrecho examen, y más terrible contra los poderosos cuando mi alma será presentada ante la silla y trono real del Juez Soberano [...], que según nuestros merecimientos a todos nos ha de juzgar, en uno con el bienaventurado y digno hermano suyo el apóstol Santiago [...], con mi bien amado y especial abogado san Francisco, con los gloriosos confesores y grandes amigos de nuestro señor san Jerónimo, doctor glorioso, y santo Domingo [...] y con la bienaventurada santa María Magdalena a quien asimismo yo tengo por mi abogada; porque si es cierto que hemos de morir, es incierto cuando y donde moriremos, por ello debemos vivir y estar preparados como si en cualquier momento hubiésemos de morir. ... Además sepan cuantos esta carta de testamento vieren como yo doña Isabel, por la gracia de Dios, reina de [...] Castilla, [...], estando enferma de mi cuerpo de la enfermedad que Dios me quiso dar e sana e libre de mi entendimiento [...], ordeno esta mi*

Debido al respeto de la tradición secular, la forma de los testamentos no varió sustancialmente desde la sanción de las Partidas, que estableció una forma legal, hasta mediados del siglo XIX. 1. Encabezamiento: Datos de individualización del testador, estado de salud, ocupación. Declaración de fe religiosa (disponiendo el alma para el trance de la muerte).¹⁹ 2. Mandas: Sobre el destino del alma (rogando que Dios la llevara al Cielo) y del cuerpo eligiendo el lugar y forma de la sepultura. 3. Estado de familia y situación patrimonial (detallando bienes propios, conyugales y recibidos en dote). 4. Mandas o legados a favor de obras pías, criados y otras personas. 5. Disposiciones a favor del alma: números de misas. 6. Denuncia de créditos o deudas. 7. Nombramiento de albaceas o ejecutores testamentarios. 8. Institución de herederos universales (esencial al testamento). En algunos: reconocimiento de hijos naturales, manumisión de esclavos. El testamento se cerraba con palabras de fórmula notarial revocando toda otra anterior disposición testamentaria; al pie la firma del disponente y, si no sabía o podía, lo hacía un testigo.

Con dos ejemplos de testamentos indios se puede advertir, más allá de las distintas formas de cada escribano, su matriz semejante.²⁰

4. La ruptura con el pensamiento y las costumbres tradicionales.

carta de testamento y postrera voluntad queriendo imitar al buen rey Ezequías queriendo disponer de mi casa como si luego la hubiese de dejar. Y primero encomiendo mi espíritu en las manos de nuestro señor Jesucristo [...]. Y quiero y mando que mi cuerpo sea sepultado en el monasterio de San Francisco, que está en la Alhambra de la ciudad de Granada, siendo vestida con el hábito del bienaventurado pobre de Jesucristo san Francisco, en una sepultura baja que no tenga relieve alguno, salvo una losa llana con letras esculpidas en ella ... Item mando que, antes de cualquier otra cosa, sean pagadas todas las deudas de cualquier tipo que sean –sueldos y casamientos de criados y criadas-, que las paguen los albaceas ... que no se dejen de pagar para que mi alma se vea descargada de ellas [...]. Item mando que después de cumplidas y pagadas las deudas, se digan por mi alma en iglesias y monasterios observantes de mis reinos y señoríos veinte mil misas, en aquellos que mis albaceas consideren oportuno, y que den a dichas iglesias y monasterios las limosnas que consideren apropiado [...]. Item mando que una vez pagadas las deudas, se distribuya un millón de maravedíes para casar doncellas pobres y, otro millón de maravedíes para que doncellas pobres puedan dedicarse a la vida religiosa, y que en ese santo estado quieran servir a Dios. Item mando que se vistan doscientos pobres para que sean especiales rogadores por mi alma. Item mando que en el año de mi fallecimiento sean redimidos doscientos cautivos necesitados, que estén en manos de infieles...”. Centro de investigación de mujeres. Universidad de Barcelona. <http://www.ub.edu/duoda/diferencia/html/es/primario16.html>.

¹⁹ A ello se refirió Cervantes cuando escribió: “Entró el escribano con los demás, y, después de haber hecho la cabeza del testamento y ordenado su alma don Quijote, con todas aquellas circunstancias cristianas que se requieren, llegando a las mandas, dijo ...”. Conf. El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha, capítulo LXXIV, segunda parte. De cómo don Quijote cayó malo, y del testamento que hizo, y su muerte. Colección Austral. Espasa-Calpe. Trigésima edición. Madrid. 1982. Págs. 670/1.

²⁰ Testamento de Bartolomé Rodríguez (Archivo General de la Nación, testamentarias, nro. 8136, 1788, Buenos Aires). “En el nombre de Dios Todo Poderoso y con su Santa Gracia Amén. Sea notorio como yo Don Bartholo Rodríguez, natural y vecino de esta ciudad. Hijo natural de don Ramón Rodríguez (ya difunto) de este mismo vecindario. Estando como actualmente estoy enfermo en cama de un accidente natural que Dios nuestro Señor ha sido servido darme, estando si en mis cinco sentidos, y potencias cumplidas memoria, entendimiento y voluntad, creyendo como firme y verdaderamente creo en el Muy Alto Misterio de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo, y Espíritu Santo, Tres Personas Distintas y Una Esencia Divina, y en todos los demás misterios que tiene, cree, predica, confiesa y enseña nuestra Santa Madre Iglesia Católica, Apostólica, Romana regida y gobernada por el Espíritu Santo, cuya cabeza es el mismo Cristo, y su vicario el Papa en la Tierra, bajo cuya Fe, y creencia he vivido y protesto vivir, y morir como católico y fiel cristiano que soy. Y temiéndome de la muerte que es cosa natural a toda criatura humana, secreto reservado solo a Dios Nuestro Señor, y porque esta no me asalte, y encuentre sin aquellas prevenciones necesarias al Descargo de mi conciencia y bien de mi alma, quiero hacer y otorgar mi Testamento largo y para efectuarlo con el debido acierto, elijo y nombro para mi abogada intercesora a la Serenísima Reina de los Ángeles, María Santísima Madre de Dios y Señora Nuestra, a su Amantísimo Esposo el Señor San José, Santo de mi nombre, Ángel de mi guarda, y a todos los demás Santos de la Corte Celestial, con cuya invocación, y Divina protección, le otorgo en la forma y manera siguiente: Primeramente encomiendo mi alma a Dios Nuestro Señor, para que así como la hizo y creo de la nada a su imagen y semejanza redimiéndola con el precio de su Santísima Sangre, Pasión y Muerte, derramada en el Santo Árbol de la Cruz, quiera perdonarla y llevarla al Eterno descanso de la Gloria entre los escogidos los Santos y el cuerpo mando a la tierra de que fue formado. 2º ítem Declaro que siendo la voluntad de Dios servida el llevarme de esta presente vida a la Eterna mi cuerpo será amortajado con el hábito de Nuestra Señora de la Merced, y enterrado en la iglesia de Nuestra Madre y Señora de la Concepción en el lugar que me corresponda como hermano que soy de la Cofradía de las ánimas, establecida en dicha iglesia ... (Tgos. don Antonio de Porras y Portugal, don José Felix Sequeyra y don Martín Antonio Gari ... Tomás José Boyzo, escribano público)”. El testamento del capitán Pedro Ramírez de Ochoa (otorgado ante cuatro testigos en Córdoba en 1747, Archivo histórico de Córdoba), en cambio reza: “En el nombre de Dios Todopoderoso Amén. Sea manifiesto a los Señores, que la presente carta de mi testamento última y postrera voluntad, vienen como yo el Capitán Pedro Ramírez de Ochoa, vecino, morador de esta ciudad de Córdoba y residente al presente en esta mi estancia de San Lorenzo del Sauce ... mando mi cuerpo sea sepultado en la iglesia de San Ignacio de los Ejercicios y amortajado, con el hábito de mi Padre San Francisco y el día de mi entierro acompañe mi cuerpo el cura y sacristán con cruz baja y doble de campanas, y si aquél día fuese hora y sino el siguiente, se me diga una misa de cuerpo presente y asimismo otra el día del novenario y otra rezada del cabo de año. Item mando se me digan de misas rezadas, fuera de las sobre dichas las que a mis albaceas pareciere ... Item Mando a las mandas forzosas y casa Santa de Jerusalén a dos reales con que las aparto de mis bienes ... Item nombro y señalo por mis albaceas testamentarios ... para que ... puedan disponer del quinto de mis bienes en provecho de mi alma ... Pido a todos los presentes y circunstantes me sean testigos de cómo así lo otorgo y firmo, por ser mi última y postrera voluntad con dichos testigos a falta de juez y escribano y en este papel, por no haber sellado correspondientes. Firma del testador y tgos. Francisco de Caseres, Juan Vicente Piñero, Pedro de Carranza Luna y José Carranza”.

Como es sabido, la dinastía de los borbones estuvo influenciada, desde el advenimiento al trono de Felipe V, por el pensamiento francés que inspiró las reformas administrativas y políticas de corte centralista de principios del siglo XVIII, que sirvieron de base para las otras de signo semejante e inspiradas en el despotismo ilustrado, emprendidas unas décadas más tarde por su sucesor, Carlos III, y sus ministros, que también afectaron la vida social, política y religiosa de la península y que, por otro lado, provocaron gran descontento en la población indiana como, por ejemplo, con la expulsión de los jesuitas y la designación de autoridades españolas para los cargos americanos. A la crisis infligida a la sociedad estamental española y europea y, por ende, al Antiguo Régimen Indiano, se sumaba después la disgregación del viejo imperio español, atomizándose la América española en repúblicas de corte liberal a partir del siglo XIX.²¹

De manera que el individualismo progresista se instaló y el nuevo derecho igualitario, surgido de las ruinas de la Bastilla, tuvo dos grandes enfoques innovadores al decir de Tau Anzoátegui: a) el de la uniformidad, porque el derecho debía ser el mismo para todos y suprimir las diferencias basadas en los distintos bienes (nobles, plebeyos, propios y adquiridos), es decir, introducía el nuevo principio de la unidad de la sucesión; b) además, el principio de la igualdad absoluta entre todos los herederos; todo ello a partir de las leyes introducidas por la Asamblea Constituyente de abolición de los bienes nobles (1790) y de supresión de las desigualdades sucesorias ab intestato (1791). Por su parte la Convención en 1794 dispuso la unidad del patrimonio sucesorio (tres órdenes de herederos, descendientes legítimos e ilegítimos, ascendientes y colaterales). En esta ley el derecho de testar se vio fuertemente restringido y estuvo a punto de ser abolido por iniciativa de Robespierre; limitaba la parte disponible a un décimo en caso de existir herederos en línea directa y a un sexto si hubiera sólo colaterales. Y además estaba prohibido atribuir la parte disponible a alguno de los herederos, y ello con efecto retroactivo al 14 de julio de 1789. Asimismo se afianzó, por un lado, el poder de disposición entre vivos y, en cambio, se atacó el derecho de disponer mortis causa.²² Esta ley subsistió hasta el 1800, fecha en que se morigeró; más aún con la obra conciliadora del Code Civil, que atenuó el rigor aunque dejó a salvo la nueva ideología.²³

La Revolución Francesa exportó su liberalismo irreligioso, y su “mal ejemplo” se esparció, en gran medida por el impulso que le dio Napoleón por Europa y España, hasta llegar a nuestras tierras. Así, la creencia tradicional como la ha llamado Tau Anzoátegui, se vio debilitada con audaces medidas, muchas anticatólicas, que se tradujeron en reformas como las introducidas por la Asamblea del Año XIII, o las de Rivadavia de 1821, sumado a una política de inmigración, que fue cada vez más irrestricta y que permitió el ingreso de extranjeros de las más diversas confesiones religiosas²⁴

²¹ El subjetivismo renacentista y la protesta luterana, que rompieron la unidad mental y social del europeo, minaron primero y dividieron después a la Cristiandad, para conducirla imperceptiblemente y, en el ritmo lento de los siglos pasados, a la gran Revolución surgida a fines del siglo XVIII en la tierra de Clodoveo, que eclosionó en la historia y que llevó los desvíos de la razón endiosada a una novedosa consagración política (que implicó una des-consagración previa), por la cual las viejas, pero también las recientes naciones cristianas empezaron a sufrir el yugo de una incipiente tiranía universal, impulsada por las demoleadoras ideas fuerzas de igualdad y libertad, que había encontrado su hora después de una larga espera para expandirse mundialmente a través de los más diversos métodos, primero en nombre de los reyes y luego sin ellos, contando con la argucia de la prensa, con la fuerza de las leyes y, en última instancia a sangre y fuego, para terminar por imponer una nueva cosmovisión y un nuevo derecho, que barrió con las costumbres tradicionales inspiradas en la creencia cristiana tradicional.

²² En la nueva concepción, ha señalada Tau Anzoátegui, sólo la ley era quien podía determinar los sucesores, y aquella no debía fundarse en el afecto presunto o la voluntad probable del causante, sino en la “razón de Estado”, la que atendiendo al interés público disponía el destino de los bienes dejados por su propietario. De “una compenetración de los ordenamientos religioso, moral y jurídico, se pasó a un prolijo desgajamiento de estos ordenamientos, dejando a un lado lo religioso y lo moral, y quedando sólo lo propiamente jurídico, en el campo del Derecho”, es decir, la secularización jurídica.

²³ Tau Anzoátegui, Víctor. *Ibidem*, pág. 96.

²⁴ *Idem*.

que, luego fueron una suerte de “excusa” invocada en el debate en el Congreso General Constituyente de 1853, entre ellos por el Padre Salvaire, para abogar por la libertad de cultos, siendo precisamente los artículos 14 y 2 los más largamente discutidos respectivamente.

La transformación del Derecho Público y Derecho Privado operada en Europa pretendió trasplantarse a nuestro suelo y así, Juan Bautista Alberdi -antes de la sanción del Código de 1871- llegó a decir que resultaba contradictorio que existiera la democracia en la Constitución y la monarquía en el Derecho Civil. Hasta entonces, en la Argentina seguía vigente en materia sucesoria, las Partidas y las Leyes de Toro, sin sentirse la necesidad de cambio. Pero el testamento sufría un sentido secularizador que lo convirtió, con el paso del tiempo, simplemente en un medio jurídico para la trasmisión de los bienes.²⁵

El testamento de la época previa al Código Civil, retiene todavía un carácter moral y religioso.²⁶

5. El testamento en el Derecho Argentino y en el Derecho Comparado.

En el Derecho Argentino. El Código de Vélez Sarsfield y el nuevo Código Civil y Comercial.

Vélez establecía dos formas de testamentos: ordinaria y extraordinaria, mientras que el nuevo Código admite sólo dos: el ológrafo y el realizado por acto público. Entre las formas ordinarias (art. 3622), Vélez recogió el testamento ológrafo (art. 3639 y sgtes.),²⁷ el testamento por acto público (art. 3651 y sgtes.) y el testamento cerrado (art. 3665 y sgtes.). Previó la forma extraordinaria para casos especiales en tiempo de guerra para los que se hallaren en expedición militar o plaza sitiada o cuartel

²⁵ Tau Anzoátegui, Víctor. *Ibidem*, pág. 105. Es interesante traer el pensamiento del traductor español de Jeremías Bentham, Ramón Salas, citado por Tau, quien se pronuncia en contra del derecho de testar con una marcada tirria contra la Iglesia y las vinculaciones: “*Tantos monasterios, tantas otras fundaciones absurdas, destinadas a fomentar la holgazanería y la mendicidad y por consiguiente el delito, las riquezas inmensas del clero católico con inclusión de las de su jefe: los mayorazgos, enemigos de la prosperidad pública, todos esos bienes y otros muchos de la misma clase debe la sociedad al derecho de testar*”.

²⁶ Testamento recíproco de los esposos Francisco de Paula Almeyra y de Trinidad Demaría (Archivo General de la Nación. Tribunales, sucesiones, nro. 3610, 1871, Buenos Aires, 25/4/1868): “*En el nombre de Dios Todo Poderoso Amén. Sea notorio, como nosotros, el Doctor don Francisco de Paula Almeyra y doña Trinidad de María Almeyra, cónyuges, encontrándonos en el último escalón de la vida, pero en plena salud y en nuestros cinco sentidos y potencias cumplidas, hemos dispuesto otorgar nuestro testamento recíproco y en la vía y forma que más haya lugar en derecho pasamos a otorgarlo del modo siguiente: 1º Primeramente, declaramos ser hijos legítimos el primero de don Juan Almeyra y doña Petrona Gorriá y la segunda de don Antonio José de María y doña María Eugenia Escalada, finados, como igualmente de que profesamos la Religión Católica Apostólica Romana, bajo cuya fe y creencia hemos vivido y protestamos vivir. 2º Item encomendamos nuestra alma a Dios y mandamos nuestros cuerpos a la tierra de que fueron formados, encargándonos mutuamente que nuestros entierros y funerales sean modestos, siendo los últimos rezados, y que se digan misas y limosnas en las que se invertirán cinco mil pesos moneda corriente ... Item: Nos encargamos que tan luego quede paga la deuda mencionada en la cláusula anterior, se funde una capellanía o pía memoria con el objeto de que se digan todos los días veinte y uno de cada mes una misa rezada en el Templo de Nuestra Señora del Pilar, por el alma de nuestra hija Petrona; por consiguiente se establecerá esta capellanía o pía memoria con una cantidad que alcance a llenar nuestra voluntad, y esto mismo encargamos a nuestros albaceas lo cumplan escrupulosamente, siendo patrono de ella nuestro hijo mayor, y por su falta el que ..., prefiriéndose siempre el mayor de nuestros descendientes, a no ser que hubiese entre ellos algún clérigo, pues entonces este será el preferido. Item, mandamos que al mismo tiempo que se cumpla lo dispuesto en la cláusula anterior, se construya un sepulcro en el Cementerio del Norte, en el que se colocarán los restos de nuestra hija Petrona y también los nuestros y los de toda nuestra descendencia ... Item es nuestra voluntad legar a las muchachas que hemos criado, llamadas y ..., a cada una la suma de veinte y cinco mil pesos moneda corriente, con cuya cantidad nuestros albaceas le comprarán a cada una, una casita, la que no podrán enajenar durante su vida, pues esta donación tiene por objeto que nunca les falte casa en que vivir, y esto lo hacemos en recompensa de los cuidados que nos han prestado y los que prestarán a nuestra hija ... Declaramos que nos legamos recíprocamente el remanente del quinto de todos nuestros bienes ...*”.

²⁷ Un modelo de testamento ológrafo actual: “*En la Ciudad de Buenos Aires, a los ... días del mes de Febrero de dos mil catorce, yo, ..., en pleno uso de mis facultades mentales, por el presente procedo a redactar éste mi testamento de acuerdo a las siguientes disposiciones para que tengan efecto después de mi muerte. Declaro como queda dicho ser ..., ... (nacionalidad), nacido en la Ciudad de ..., el ... de ... de 19..., ser hijo de ... y ..., Titular del Documento Nacional de Identidad número ..., C.U.I.L. ..., de estado civil ..., domiciliado en la calle ..., número Asimismo manifiesto no tener descendencia alguna y que mis padres han fallecido. Declaro que instituyo como única y universal heredera y en partes iguales, a ..., ... (nacionalidad), ... nacida el ... de ... de 19..., Titular del ... número ..., (estado civil) ..., domiciliada en la calle (Si quiere poner heredero sustituto) En caso de que ... no quisiere o no pudiere aceptar la herencia, la sustituyo por ..., ... (nacionalidad), nacida el ... de ... de 19..., Titular del ..., número ..., (estado civil) ..., domiciliada en la calle Declaro que mis bienes resultarán de los títulos, documentos y papeles que aparezcan el día de mi fallecimiento. En la actualidad mi patrimonio está compuesto por: (Si quiere enumerar bienes): 1) ... 2) ... 3) Este testamento revoca cualquier otro que pudiera haber otorgado y debe tenerse como mi última y bien deliberada voluntad”.* (Gentileza escribana Josefina Bilbao).

o guarnición fuera del país (art. 3672 y sgtes.) y también para los que naveguen en un buque de guerra de la República (art. 3607).

Por otra parte, pueden testar en el Código originario, todas las personas legalmente capaces de tener una voluntad y manifestarla (art. 3606); se encuentra más restringido este derecho en el nuevo Código Civil y Comercial porque lo limita a los mayores de edad (art. 2464).

Las porciones legítimas en el viejo código son para los hijos cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de todos los que hubiere donado (art. 3593), la legítima de los ascendientes de dos tercios de los bienes de la sucesión y donados (art. 3594) y la legítima de los cónyuges, cuando no existieren descendientes ni ascendientes del difunto, la mitad de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales. En cambio, el Código Civil y Comercial que entrará en vigencia, prevé una legítima de descendientes de dos tercios, de ascendientes de un medio y del cónyuge también de un medio (art. 2445). De manera tal que, el Código Civil y Comercial reduce las porciones legítimas, otorgando mayor libertad de testar y suma, el instituto de la mejora, que no tiene la amplitud de la prevista en las Leyes de Toro (que puede contribuir a conservar los bienes hereditarios en la familia), pero que -al menos- otorga mayor libertad y permite mejorar a un heredero con discapacidad, por el medio que estime el testador aún mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, con un tercio de las porciones legítimas para aplicarla a algún descendiente o ascendiente discapacitado.

En el Derecho Comparado

El Derecho Comparado ofrece tres grandes alternativas testamentarias. Algunos Estados disponen de legítima corta, es decir, porciones indisponibles chicas, como ocurre en las islas Baleares, concretamente Mallorca y Menorca, desde el año 1990. La cuantía de la legítima de los hijos varía según el número: la tercera parte si fueran cuatro o menos, y la mitad si excedieren de ese número. Y la legítima de los padres es la cuarta parte del haber hereditario. Ocurre algo similar en Cataluña, donde históricamente la legítima no supera un cuarto de la herencia.

Otros cuentan con la legítima colectiva, o sea, una libertad de testar acotada al ámbito familiar, restringida a los herederos legitimarios. Existe en algunas regiones de España -sobre todo en las que han tenido gran fuerza los Fueros- a partir de la década de 1990, como ocurre en Aragón o en Viscaya. Dicha libertad tiene ciertos límites, como sucede principalmente con el deber de alimentos, que pueden ser solicitados por los legitimarios que estén en condición de pedirlos a los sucesores, cuando no haya persona obligada a prestarlos.

Por último, otros países cuentan con la más amplia libertad de testar, como ha existido históricamente en los países anglosajones, aunque últimamente con algunas modificaciones. En la actualidad existe en algunos municipios de las provincias vascongadas donde rige el Fuero de Ayala, para aquellos que ostenten la vecindad foral, incluso apartando a sus herederos forzosos. Asimismo, la libertad extensa de testar rige en Navarra.²⁸

6. Conclusión

En fin, he intentado abordar el estudio del testamento con una perspectiva histórica de nuestro tiempo.

Pese a los cambios operados en la modernidad, se advierte el enorme bagaje que nos viene de la tradición jurídica y que ha permanecido aún, pero también cuánto de aquél ha quedado en el

²⁸ Fos Medina, Juan Bautista. Justicia, propiedad e igualitarismo: el caso de la legítima "grande". El Derecho, 24/11/2008, nro 12.139.

olvidado pasado; quizás muchas razones podrán esgrimirse para explicar el haberse escamoteado aquél valioso patrimonio que, de algún modo, generaciones anteriores a nosotros han dilapidado.

Autores como Gilles Lipovetsky se han preguntado, frente al fenómeno denominado de la posmodernidad, qué es lo que ha quedado del ciclo anterior, porque *“lo nuevo reclama la memoria, la referencia cronológica, la genealogía”*, aún cuando lo que impere hoy sea la *“tradicón de lo nuevo”*. El sociólogo francés, refiriéndose a la sociedad actual calificada de narcisista, ha dicho que implica *“vivir en el presente, sólo en el presente y no en función del pasado y del futuro, es esa ‘pérdida de sentido de la continuidad histórica’ ... esa erosión del sentimiento de pertenencia a una ‘sucesión de generaciones enraizadas en el pasado y que se prolonga en el futuro’ ... Hoy vivimos para nosotros mismos, sin preocuparnos por nuestras tradiciones y nuestra posteridad: el sentido histórico ha sido olvidado de la misma manera que los valores y las instituciones sociales”*.²⁹

Un poco más allá, exhortaba Gustave Thibon cuando decía: *“Debemos ser ante todo hombres de lo eterno, los hombres que renuevan, por una fidelidad despierta y activa, siempre cuestionada y constantemente renaciente, aquello que había de mejor en el pasado”*.³⁰

En definitiva, es momento de rescatar el viejo testamento indiano y aprovechar la mayor libertad de testar que actualmente existe, para cuando se acerque el momento en que el Eterno Padre llame a su morada, se disponga así, de las cosas divinas y humanas.

²⁹ Lipovetsky, Gilles. La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo. Editorial Anagrama. Barcelona. 2002. Página 51.

³⁰ Thibon, Gustave. Ibídem, pág. 5.