

SECCION I.—De las personas incapaces de suceder.

533. Según los términos del art. 725, son incapaces de suceder: “el que todavía no está concebido, el hijo que no es viable, el que ha muerto civilmente.” El art. 526 añade que el extranjero es, en principio, incapaz de suceder. Esta última incapacidad está abolida en Francia y en Bélgica, según lo diremos más adelante; la muerte civil está igualmente abolida, de suerte que no quedan más que la incapacidad de los hijos no concebidos en la época de la apertura de la herencia, y de los que no nacen viables. Estas dos incapacidades son, en realidad, una sola, supuesto que en la teoría del código, el hijo que no es viable está asimilado con el hijo que muere al nacer, es decir, con un sér inexistente. De donde se infiere que la falta de existencia es la única incapacidad que parece subsistir en el derecho moderno (2). Esto, sin embargo, es demasiado absoluto. Queda en pie una cierta incapacidad sobre el extranjero que concurre con algunos herederos franceses, en el sentido de que éstos ejercen un apartamiento de

1 Nîmes, 16 de Enero de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 126).

2 Demolombe, t. 13, p. 240, núms. 171-173.

fondos, según lo explicaremos más adelante; así es que, en cierto sentido, se le puede colocar entre los incapaces.

534: En el antiguo derecho, los religiosos eran incapaces de heredar. Pothier da las razones de esto. En primer lugar, ellos perdían el estado civil al hacer profesión; en efecto, la profesión consistía en morir para el mundo, por lo que estaban muertos en lo que era concerniente á las relaciones civiles. La segunda causa era el voto de pobreza que los incapacitaba para adquirir inmuebles, y por consiguiente, para recoger ninguna especie de sucesión, aun cuando fuese inmobiliaria, porque la adquisición á título universal de muebles se asimilaba á la adquisición de inmuebles. Esta segunda razón era la decisiva. El religioso podía ser restituido á la vida civil por el episcopado, pero seguía siendo incapaz de heredar. Por otra parte, el religioso, aunque dispensado de sus votos por el Papa, seguía siendo incapaz de recoger una herencia; porque, decía Pothier, el poder del Papa, que es completamente espiritual no puede devolver á aquél la vida civil que ha perdido (1).

Esta incapacidad ya no existe en nuestro derecho moderno, por más que subsistan las razones que la habían establecido. Se tiene al religioso como muerto para el mundo, porque tal es la fórmula de la profesión que él hace; y el voto de pobreza es la que distingue al clero regular. Supuesto que subsisten las causas de incapacidad ¿por qué ésta ha dejado de subsistir? Porque se ha roto el vínculo que en otro tiempo unía el orden civil con el religioso, sobre todo en países que, como en Bélgica, la Iglesia está separada del Estado. En el nuevo régimen, los actos religiosos no tienen ya efecto civil ninguno. Esto, sobre todo, se sacrifica respecto de los votos, supuesto que la ley ya no los reconoce. De todos modos, resulta de esto

1 Pothier, "Tratado de las sucesiones," cap. 1º, sec. 2º, pfo. 4º

una oposición chocante entre el orden civil y el religioso. Existen siempre hombres que declaran solemnemente que mueren para el mundo, pero que resucitan en el momento en que se abre una sucesión á la que los llama la ley ó el difunto. ¿Cómo es que haciendo voto de pobreza, vienen á recoger herencias? El voto de pobreza, en el orden civil, es una mentira. En otro tiempo decíase en Francia que había que desconfiar de los jesuitas, gente que tenía una conciencia ultramontana en Roma, y una conciencia galicana en París. En nuestros días, todo religioso tiene doble conciencia; está y no está muerto para el mundo: hace y no hace voto de pobreza. ¿Puede haber sentido moral en donde hay dos conciencias?

§ I.—DE LOS QUE NO EXISTEN.

Núm. 1. Del hijo no concebido.

535. El art. 725 dice: "Para suceder: es preciso existir en el instante en que se abre la sucesión." De esto la ley deduce: "Así es que es incapaz de suceder él que todavía no ha sido concebido." ¿Por qué se necesita existir en el momento en que la sucesión se abre para poder suceder? Pothier contesta: porque suceder es adquirir la propiedad de los bienes que el difunto deja, y la nada no puede tener ninguna propiedad (1). Esto es de toda evidencia. Pero no está aquí la verdadera dificultad que el art. 725 decide. Se pregunta por qué es de absoluta necesidad existir en el momento de abrirse la herencia. Porque en ese momento es cuando se transmiten los bienes del difunto. En el momento mismo en que éste muere es cuando el heredero se apodera de los bienes: así es que éste debe existir; si no está concebido, no puede hacerse ninguna trans-

1 Pothier, "De las sucesiones," cap. I, sec. III, art. I. Duranton, t 4º, p. 85, núm. 67.

misión de propiedad en su provecho, aun cuando fuere concebido más tarde; porque en el momento en que sea concebido, la sucesión se ha transmitido al heredero que existía al verificarse la apertura; así es que ya no puede ser cuestión de transmitir una sucesión que está transmitida de antemano. El caso se presenta con bastante frecuencia. Un hombre muere dejando como herederos á sus hijos y descendientes. Después de su muerte, nace un hijo que no estaba concebido al abrirse la sucesión: ¿tendrá una parte en la herencia de su abuelo? Nó, porque no existía cuando ésta se abrió; luego fué definitivamente transmitida y adquirida por los hijos y descendientes que existían en aquel momento. Esto es muy jurídico, pero duro. Así es que, de hecho, como acabamos de decirlo, acaese que se dé una parte en los bienes á los póstumos, pero sin derecho ninguno, por pura equidad ó humanidad. La cuestión se ha presentado en el antiguo derecho, cuando no había ley positiva, y se resolvió en ese sentido conforme á las conclusiones de Aguesseau. Serres cita una sentencia contraria del parlamento de Tolosa, fundada en pésimas razones, dice Merlin. Sin embargo, d'Aguesseau pensaba que podía preferirse el nieto al Estado, menos como un verdadero heredero que como de la familia, y con este título, más digno de favor que el fisco. Estas derogaciones del derecho, por motivos de humanidad, no son ya admisibles bajo el imperio de una ley que corta la cuestión (1).

536. Al decir que el hijo que todavía no está concebido al abrirse la sucesión es incapaz de heredar, la ley dice implícitamente que es capaz el hijo concebido en aquel momento. El código no establece en ninguna de sus partes que se tenga por nacido el hijo concebido, y que, en consecuencia, sea capaz de ejercitar los derechos que se

1 Merlin, Repertorio, en la palabra "Sucesión," sec. I, pfo. II, artículo I (t. 23, p. 267).

abren en su favor. En derecho romano, se adoptaba la ficción, si no de una manera absoluta, al menos en ciertos casos. Háse dicho que en el derecho francés, toda ficción era inútil, porque la ley establece como principio que la existencia es suficiente para que uno sea un sér capaz de de derecho; ahora bien, el hijo concebido existe (1). Esto es poner al hijo concebido en la misma línea que al nacido; la ley no dice eso, sino que más bien dice lo contrario: el hijo nacido y viable es una persona y goza de una plena capacidad, mientras que el hijo concebido no existe aún como persona; si puede heredar, es, dice el art. 725, con la condición de que nazca viable. En este sentido es como explica la ley el relator del Tribunado. "No es necesario, dice él, que el hijo haya nacido para que sea hábil para suceder: basta que esté concebido, porque el hijo existe realmente desde el instante de la concepción, y porque se tiene por nacido cuando en ello va implicado su interés, según las leyes romanas. Esta presunción de nacimiento, que equivale al mismo nacimiento, para deferir el derecho de herencia, cesa de tener lugar si el hijo no nace y si no nace viable" (2). Así, pues, el principio es que al hijo concebido se le tenga por nacido cuando en ello va implícito su interés.

II. Prueba de la concepción.

537. Como la capacidad ó incapacidad para suceder, depende del momento preciso de la concepción, sería muy importante determinarlo con certeza. Pero la cosa es imposible, y en razón de esta imposibilidad la ley establece presunciones en el título de la *Paternidad*. El hijo nacido el día 180º del matrimonio, se tiene por concebido durante éste, y por lo tanto, es legítimo; el hijo que nace den-

1 DUCOMMEROY, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 288, núm. 416.

2 Chabot, Dictamen núm. 14, (Loché t. 5º, p. 107).

tro de los 300 días después de la disolución del matrimonio, también se tiene por concebido durante éste, es decir, por legítimo. Cuando el marido ha estado en la imposibilidad de cohabitar con su mujer, el hijo será legítimo, si el marido no prueba que no ha podido cohabitar con su mujer desde el día 100° hasta el 180° antes del nacimiento del niño (arts. 312, 314 y 315). Estas presunciones, establecidas en favor de la legitimidad ¿pueden invocarse cuando el hijo se presenta para recoger una herencia? En esta cuestión reina una extrema incertidumbre; cada autor tiene su sistema. La jurisprudencia se ha pronunciado por la aplicación de las presunciones. Si debieramos elegir entre las vacilaciones de la doctrina y la opinión consagrada por las sentencias, preferiríamos la jurisprudencia, que al menos tiene la ventaja de poseer un principio cierto que pone término á toda disputa; y además, la ventaja de el momento de la concepción, se establece de una manera idéntica, sea que se trate de la legitimidad del hijo, sea que se trate de un derecho á la herencia. Vamos desde luego á exponer este sistema sencillísimo, y por consiguiente muy práctico:

Nace un niño nueve meses y veintinueve días después del fallecimiento de su hermana uterina. ¿Puede sucederla? Sí lo puede si se explica la presunción del art. 315; como ha nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, es legítimo, hereda á sus padres; por consiguiente, debe también ser hábil para suceder á su hermana; la sucesibilidad, es, en efecto, una consecuencia inmediata de la legitimidad. Tales son los términos de una sentencia de denegada apelación que aprueba altamente la sentencia de la corte de París, al decir que ésta se ha atendido *sabiamente* á los principios generales que rigen la sucesibilidad á la vez que la legitimidad. En otro caso, la corte de Orleans admitió á la sucesión de la hermana á

un niño nacido 296 días después de la apertura de la herencia, invocando el principio consagrado por la corte de casación; la calidad de heredero es una consecuencia de la legitimidad; luego unas mismas reglas deben servir para determinar una y otra. A recurso interpuesto, recayó una sentencia de denegada apelación, menos formal, sin embargo, que la primera (1). Desde entonces, la cuestión ha dejado de llevarse ante la corte suprema. Pero las cortes de apelación continúan fallando en el mismo sentido.

La corte de Grenoble ha admitido á la sucesión á un niño nacido 292 días después de la apertura de la herencia. Conforme al art. 315, no habría podido ponerse en duda la legitimidad de tal niño. Debe también considerársele como legítimo, es decir, como nacido antes de la muerte del difunto, en materia de sucesión, porque, dice la sentencia, existe una correlación íntima y necesaria entre las leyes que rigen el estado de las personas y las que determinan la capacidad para suceder; si para poner fin á las incertidumbres de la ciencia, el legislador ha establecido presunciones que fijen de una manera invariable la época de la concepción, las mismas razones existen para la transmisión de la herencia, y en donde hay la misma razón para decidir, debe recaer la misma decisión (2).

La jurisprudencia aplica también las presunciones contra el hijo. Se ha fallado que el hijo nacido 300 días después de la apertura de una sucesión, no puede pretender á ningún derecho. Como el legislador ha establecido un límite que fija la duración de la preñez para prevenir las incertidumbres, la misma presunción debe aplicarse en materia de sucesión, porque importa también, evitar, en esta materia, las incertidumbres que ningún medio de prueba

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Febrero de 1821 y de 28 de Noviembre de 1833 (Daloz, en la palabra "Sucesiones," número 851).

2 Grenoble, 20 de Enero de 1853 (Daloz, 1855, 2, 39).

podría hacer desaparecer. El silencio que el legislador ha guardado á este respecto en el art. 725, no puede aplicarse sino por la intención de atenerse á las disposiciones del 315. Tales son los términos de una sentencia de la corte de Poitiers (1).

538. Si tuviéramos que hacer una ley, la haríamos sobre poco más ó menos en el sentido de la jurisprudencia. Pero existe una ley que debe interpretarse. La cuestión está en saber cómo probará el hijo que reclama una sucesión que estaba concebido en el momento en que aquélla se abrió. ¿Puede invocar, á título de prueba, las presunciones que el código establece en materia de legitimidad? Tal es la dificultad, y cosa singular, las sentencias guardan silencio acerca de este punto, que es, sin embargo, el nudo de la cuestión. Colocada en este terreno, la jurisprudencia no podría justificarse. Acabamos de recordar los principios que rigen las presunciones legales, principios adoptados por los autores y por las sentencias; por mejor decir, la ley misma es la que los consagra al decir que la presunción legal es la que se aplica por una *ley especial* á ciertos actos ó hechos (art. 1350).

¿Los arts. 312, 314 y 315 establecen algunas presunciones? Esto nunca se ha puesto en duda; todos admiten que el legislador ha debido recurrir á ciertas presunciones para determinar el momento de la concepción, porque no puede establecerse por las pruebas ordinarias. Hay que agregar que no existen presunciones más especiales que las que fijan la época de la concepción, se han creado únicamente por interés de la legitimidad; existen casos en que evidentemente están fuera de la verdad; el legislador se ha contentado con una ficción, porque, como lo decía el primer cónsul, el Estado no tiene interés en que haya

1 Poitiers, 24 de Julio de 1865 (Daloz, 1865, 2, 129); Compárese Aubry y Rau, t. 4º, p. 167, nota 2. Duranton, t. 6º p. 92, núm. 72.

bastardos adulterinos. ¿Las presunciones, que no son más que ficciones contrarias á la realidad de las cosas, pueden extenderse á casos no previstos por la ley? Ciertamente que nó. Aquí nos marcan el alto y nos dicen que la legitimidad y la capacidad para suceder están enlazadas con vínculo necesario, supuesto que el derecho de suceder está unido á la calidad de hijo legítimo. Nosotros contestamos que la objeción ó el argumento confunde dos órdenes de ideas muy diferentes. Sin duda que la legitimidad da derecho á suceder, pero ¿basta con ser legítimo para ser capaz de suceder? El art. 725, que determina las calidades que se requieren para suceder, ni siquiera habla de la legitimidad; la supone, puesto que trata de la sucesión, y que en general los parientes legítimos son los únicos que heredan; pero los hijos naturales también heredan; y también ellos deben estar concebidos al abrirse la herencia. Sin embargo, es de toda evidencia que los hijos naturales no pueden prevalerse de las presunciones establecidas en el título de la *Paternidad*, en favor de los hijos legítimos. Luego la capacidad de suceder no se confunde con la legitimidad.

¿Diráse que las dos cuestiones son al menos conexas é inseparables cuando se trata de hijos legítimos? Aquí hay una nueva confusión. Se confunden los *derechos* que resultan de la legitimidad con la *prueba* que la ley admite para establecer la calidad de hijo legítimo. ¿Basta que el hijo sea legítimo para que herede? Nó; debe probar que estaba concebido en el momento en que se abrió la sucesión. La cuestión está en saber cómo rendirá esa prueba. Cuando se trata de probar su legitimidad, la ley le permite que invoque las presunciones que ella ha criado. Pero cuando el hijo se presenta á una sucesión, la cuestión ya no es de legitimidad: él es legítimo, y como tal, es reconocido: debe probar que estaba concebido al abrirse la herencia;

ahora bien, él puede ser legítimo, sin discusión ninguna, y sin embargo, haber sido concebido posteriormente á la apertura de la sucesión. Las dos cuestiones son, en este caso, absolutamente distintas, y en breve probaremos que en derecho estricto siempre lo son. Queda en pié la dificultad de prueba. En materia de legitimidad, el momento de la concepción se prueba por medio de presunciones; ¿es admisible la misma prueba cuando se trata de probar que el hijo estaba concebido al abrirse la herencia? Idéntico motivo existe para decidir, dice la jurisprudencia. Demos por supuesto que haya analogía completa; esto no sería suficiente para extender las presunciones legales, porque éstas jamás se extienden. Por otra parte, ¿realmente es cierto que haya analogía? Sin duda que la prueba directa de la concepción es imposible, trátase de herencia ó de legitimidad. Pero hay una diferencia, y es capital, que la legitimidad es concerniente al orden público; á la sociedad le importa que los hijos sean legítimos ó que por tales se les tenga, mientras que la apertura de una sucesión pone en presencia intereses pecuniarios: hay un heredero capaz de suceder que quiere alejar de la sucesión á un pariente que se pretende que no ha existido cuando se abrió la sucesión. ¿Está la sociedad interesada en establecer ficciones para asegurar los derechos inciertos del hijo que se dice concebido en el momento de la apertura de la herencia, contra el capaz de suceder cuyo derecho es claro? Conforme al derecho estricto, la decisión es muy sencilla: el derecho cierto debe prevalecer sobre el incierto. Lo que el derecho decidía está también puesto en razón. Las presunciones que se invocan son ficciones muy á menudo contrarias á la verdad, y ¿es justo que se dé una herencia á un hijo porque se le *presume* concebido á la apertura, cuando en realidad dicho niño no estaba concebido? ¿es justo despojar al heredero cuyo dere-

cho es cierto en provecho del hijo cuyo derecho es más que incierto? Cuando se trata de intereses pecuniarios, la justicia tanto como el derecho estricto exigen que sucumba aquél que no logra probar sus pretensiones.

539. La opinión rigurosa que estamos sosteniendo no tiene ninguna probabilidad de ser acogida. Veamos, pues, lo que los autores dicen. Sus vacilaciones y sus inconsecuencias dan una nueva fuerza á la opinión que se funda en el rigor del derecho. La mayor parte distingue: admiten las presunciones cuando la cuestión de legitimidad se enlaza con la de sucesibilidad, y las rechazan cuando la cuestión de saber si un hijo estaba concebido al abrirse la herencia es independiente de la cuestión de legitimidad. En este último caso, están de acuerdo con nosotros en contra de la jurisprudencia (1).

¿Cuáles son los casos en que, según los autores, estando englobada la cuestión de sucesibilidad en la de legitimidad, una y otra deben resolverse por las presunciones legales que fijan la época de la concepción? El niño nace en menos de 300 días después del fallecimiento del marido de su madre; es hábil para suceder, porque no puede ponerse en duda su legitimidad; luego se le presume concebido durante el matrimonio, es decir, antes de la muerte del marido; ahora bien, por el hecho de que es legítimo, puede suceder, porque no se le considera como tal, sino porque la ley presume que fué concebido durante el matrimonio. Si no se le admitiera á suceder, con esto mismo se decidiría que no estaba concebido al morir su padre, lo que implicaría que no es legítimo, siendo así que la ley lo declara legítimo. Luego es fuerza declararlo capaz de suceder. Nosotros decimos que, aun en este caso,

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 288, núm. 418; Marca-dé, t. 3º, p. 37 (art. 725, núm. 2); Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 2º, p. 240, nota 2. Demolombe, t. 5º, p. 103, núm. 100.

el más favorable de todos, las dos cuestiones son distintas. El niño que nace doscientos noventa y nueve días después de la muerte del marido de su madre, es legítimo; cuando se presenta á la sucesión del difunto, los parientes que quieren separarlo no discuten su legitimidad, sino que se limitan á sostener que dicho niño no estaba concebido al abrirse la herencia y que, por tanto, no puede suceder. El hijo diría: Se presume que he sido concebido durante el matrimonio, luego lo fuí antes de la muerte del difunto. Se le contestará. Esta presunción establece tu legitimidad, que no ponemos en duda, pero no prueba de una manera absoluta la época de tu concepción, porque la ley no establece esa presunción absoluta, y la que ella establece tú no puedes extenderla. El hijo clamará que esto es un absurdo. ¿Se puede presumir que fuí concebido para ser legítimo, y no se puede presumir que fuí concebido para suceder á aquél de quien soy hijo legítimo? De hecho habrá sin duda una contradicción lamentable y por esto no querriamos que la ley decidiese la cuestión á favor del hijo. ¿Pero el código civil la ha resuelto á favor de éste? NÓ. El ha creado una ficción por interés de la legitimidad. En el caso de que se trata, es que se disputa con derechos pecuniarios; una prueba tan incierta como las presunciones ha podido muy bien admitirse para favorecer la legitimidad, pero de aquí no se deduce, legalmente hablando, que deba aceptarse para ventilar un conflicto pecuniario.

Acéptanse también las presunciones legales cuando el niño nacido en menos de los 300 días después del fallecimiento del marido de su madre, se presenta á la sucesión de un colateral fallecido posteriormente. Se conviene, no obstante, que en este caso se trata de una pura cuestión de sucesión. Los colaterales no disputan la legitimidad del hijo; éste, supónese que como presunto hijo legítimo, no ha recogido la sucesión de su padre; cuando está en

conflicto con algunos colaterales, se trata únicamente de saber si nacido 290 días después de la apertura de la herencia, estaba concebido en esta época; ¿por que, pues, deciden los autores que el hijo puede invocar las presunciones? El uno contesta que porque sería absurdo que el hijo, después de haber sido admitido á la sucesión de su padre, como concebido á la muerte de éste, fuese separado de una sucesión colateral, como no concebido en aquel momento. Otro dice que al separar al hijo, se deshonraría á la madre (Mourlon). Excelentes razones para inducir al legislador á generalizar las presunciones concernientes á la concepción; pero muy malas para autorizar al intérprete á que extienda presunciones especiales. Aun bajo el punto de vista legislativo, habría muchas cosas que decir. Cuando el hijo nace próximamente diez meses después de la muerte del marido de su madre, casi siempre fué concebido después de la disolución del matrimonio: es un hijo natural que, por un interés social, la ley presume que sea legítimo. ¿Pero la presunción debe llegar hasta despojar á los herederos de un derecho hereditario para otorgarlo al hijo? El legislador puede hacerlo; pero evidentemente que el intérprete no puede hacerlo.

540. Cuando la cuestión de sucesibilidad es independiente de la de legitimidad, el hijo no puede, en la opinión general de los autores, invocar las presunciones legales. El niño nace en el curso de un matrimonio sin que exista ninguna causa de desconocimiento. Se trata de saber si él puede recoger una sucesión abierta seis ó diez meses antes de su nacimiento. El no puede prevalerse de las presunciones, porque no se trata de su legitimidad, y la honra de la madre no saldría á lucir. Queda por averiguar de qué manera probará el hijo el momento de su concepción. Nasotros contestamos: Conforme al derecho económico, supuesto que el código no lo deroga. La prueba será muy

difícil si el hijo pretende que el parto fué prematuro ó tardío; pero la decisión será muy sencilla si el hijo no rinde la prueba que le incumbe, él no sucederá por el hecho solo de no haber probado la apertura de la sucesión.

Este resultado que parece riguroso, por más que en su fondo sea injusto, ha inducido á la mayor parte de los autores á imaginar nuevas presunciones. Marcadè, después de haber establecido con gran fuerza el principio restrictivo que rige las presunciones, acaba por establecerlas á su antojo; él admite el minimum de 180 días para las más largas preñeces, de aquí deduce presunciones que nos parece inútil repetir (1). Si las mencionamos, es para que consten las inconsecuencias de los autores, inconsecuencias indeclinables cuando se desvían del rigor de los principios. Un jurisconsulto que es muy superior á Marcadè cae en el mismo escollo. Sin duda alguna, dice Demante, que para determinar, si no precisamente, al menos aproximadamente, la época de la concepción, no debe uno servirse de las presunciones establecidas á este efecto en el título de la *Paternidad*. Pero es igualmente evidente que ellas no podrían tener aquí, indistintamente y en todos los casos, fuerza de presunciones legales. Con esto queda la puerta abierta á lo arbitrario, porque el intérprete será el que decida; cuando tengan las presunciones fuerza de ley ayudarán únicamente al juez en la determinación de la época de la concepción (2); ¿cómo es que un entendimiento tan recto ha podido admitir presunciones que son á la vez legales y no legales? Por último, Demolombe ha venido á reducir á sistema este arbitrario (3); á nuestro juicio, al querer sistematizarlo, le ha dado el tiro de gracia. Las presunciones de los arts. 312 y 315, dice él, no tendrán, en

1 Marcadè, t. 3º, p. 41, art. 725, núm. 5.

2 Demante, "Curso analítico," t. 3º, p. 31, núms. 32 y 32 bis, I.

3 Demolombe, t. 13, ps. 265 y siguientes, núm. 185.

materia de sucesión, la fuerza de una prueba irrefragable; pero el hijo podrá invocarlas, salvo el que la parte adversa rinda la prueba. Esto es imaginar un nuevo género de presunciones ó semi-presunciones. ¿Con qué derecho? Contéstase que de todo punto es necesario recurrir á una presunción. Luego habrá presunciones á título de *necesidad*. Por lo tanto, el juez podrá crear presunciones tan á menudo como lo crea necesario. El será el que decida si debe recurrirse á presunciones, y él quién las forme. ¿En qué reposa esta extraña doctrina? Veamos la primera razón alegada por Demolombe, y la vamos á presentar como ejemplo: Supuesto que la ley ha admitido tal presunción en materia de filiación, es porque evidentemente en nada es contraria al orden de la naturaleza; por lo mismo, es posible que el hijo que la invoca haya sido concebido en el instante de abrirse la sucesión. En resumen, el argumento es éste: esto es posible ¡luego es! ¡He aquí en lo que viene á parar el intérprete cuando se constituye en legislador!

Núm. 2. Del hijo muerto al nacer.

541. “Los hijos muertos al nacer, dice Domat, no pueden suceder aun cuando estuviesen vivos en el seno de la madre; porque puede decirse que jamás han estado en el mundo, y que por lo mismo, no han podido tener derecho á nada” (1). El código no habla de los hijos que mueren al nacer, pero los declara implícitamente incapaces, al establecer el principio de que, para suceder, es del todo necesario existir en el instante de la apertura de la herencia; ahora bien, los hijos muertos al nacer jamás han estado, legalmente hablando, en el número de los vivientes, puesto que jamás vieron la luz. Esta es la decisión de las

1 Domat, “Leyes civiles,” parte 2ª, lib. 1º, tit. 1º, sec. 2ª, núm. 4, p. 336.

leyes romanas y la del sentido común. Pudiera decirse que tales hijos existieron, supuesto que vivieron en el seno de la madre; y como el hijo concebido se tiene por nacido, pudo heredar. Se contesta, y es perentoria la respuesta, que si al hijo concebido se le tiene por nacido, es por una ficción de la ley (núm. 536), pero para que pueda invocarse esta ficción, se necesita, según los términos del art. 725, núm 2, que el niño *nazca viable*. Ahora bien, el hijo que muere al nacer no nace, por lo que no está satisfecha la condición por la cual la ley lo declara hábil para suceder; él está colocado entre los incapaces. Esto se funda también en la razón; los bienes no son necesarios y útiles sino á los que viven, y el niño que nace muerto no vive, no es una persona y jamás lo ha sido, luego no puede recoger los bienes destinados á las personas.

542. Este principio sirve para resolver una cuestión que se ha llevado ante la corte de Colonia. Se descubre un niño en el vientre de la madre después de muerta ésta. Los testigos declaran que se procedió al bautismo; ¿debe inferirse de esto que el niño nació vivo y hábil para suceder? Se falló que este niño, muerto antes de haberlo separado del seno de la madre, no había nacido realmente, porque había muerto al nacer. Poco importa que haya estado vivo en el seno de la madre, porque, no habiendo sido separado del cuerpo vivo de ésta, no vivió con vida propia é independiente. Luego es un muerto al nacer, y como tal incapaz para suceder (1). Nosotros creemos que la corte de Colonia falló muy bien. Podría oponerse el pasaje de Domat. “Es preciso, dice éste, poner en el número de los hijos capaces para suceder al que es extraído del vientre de su madre, después de muerta ésta, cuando no hubiese vivido sino algunos momentos. Y aun puede decirse que él la heredó antes de su nacimiento.” Pero Do-

1 Colonia, 14 de Marzo de 1853 (Daloz, 1855, 2, 338).

mat supone que el hijo vivió después de haber sido extraído del vientre de su madre; luego no puede decirse que nació muerto, y por lo mismo, él hereda como concebido en el momento de la apertura de la herencia, en este sentido Domat tiene razón para decidir que el hijo ha sucedido á su madre antes de haber nacido (1). Poco importa que él haya muerto pocos instantes después de haber nacido: basta con un momento de vida para suceder.

543. Se ve que algunos momentos de vida pueden cambiar la transmisión de una herencia. Si el hijo ha vivido, ha heredado, y muriendo á poco, los bienes que recogió pasan á sus herederos, á su padre ó su madre. Es, pues, de suma importancia saber si realmente ha vivido. ¿Quién debe probar que el niño ha vivido? ¿y cómo se rinde la prueba? Acerca de la primera cuestión, se aplica el derecho común, supuesto que el código no lo deroga. En el caso juzgado por la corte de Colonia, si el hijo hubiese sobrevivido á la madre, la habría sucedido, y en seguida habría transmitido esta sucesión á su padre. Si éste la reclama, es preciso que pruebe que el hijo recogió la herencia de su madre; porque ese es el fundamento de su demanda. Se pretende que siendo la capacidad la regla y la incapacidad la excepción, debe presumirse la vida; de donde se infiere que corresponde probar á los que sostienen que el niño murió al nacer. Esto es razonar muy mal. En efecto, el que reclama una sucesión, por habérsela transmitido un niño de quien es heredero, debe probar que el niño recogió aquella sucesión. Ahora bien, para que el niño haya heredado, se necesita que haya vivido, luego el actor debe probar la vida del niño. En vano se dirá que la vida se presume. Esta es una de esas presunciones que la ley no conoce y que, en consecuencia, debe rechazarse,

1 Domat, "Leyes civiles," parte 2ª, lib. 1º, tít. 1º, sec. 2ª, núm. 6, p. 338.

supuesto que no hay presunción sin ley. A penas si puede decirse que haya una probabilidad de hecho; porque se trata de un niño que ha muerto algunos instantes después del parto: ¿no es probable que haya muerto al nacer? En todo caso, una probabilidad no es una presunción. Así, pues, quedamos dentro del derecho común (1).

544. ¿Cómo se rinde la prueba de la vida del niño? Regularmente, se dice, esta prueba resultará del acta de nacimiento (2). En efecto, el niño debe ser presentado al oficial del estado civil (art. 55); si éste hace mención de dicha presentación en el acta de nacimiento que levante, habrá una prueba auténtica de la vida. Pero raras veces podrá invocarse el acta de nacimiento, porque cuando se suscita un debate acerca de la vida del niño, es de toda evidencia que no fué presentado al oficial del estado civil, y habrá muerto algunos momentos después de nacido.

Si el niño es presentado sin vida al oficial del estado civil, se aplica el decreto de 3 de Julio de 1806, en cuya virtud el oficial público se limita á levantar el acta de dicha presentación. La cuestión de saber si el hijo ha vivido queda intacta, aun cuando la compareciente hubiese declarado que el niño nació vivo. Esta declaración no hace fe ninguna, y ni siquiera debe recibirse. Así, pues, la prueba de la vida se rendirá conforme al derecho común, ante todo con el testimonio de peritos, y á falta de éstos, con las declaraciones de los que asistieron al alumbramiento: prueba muy problemática, pero que el juez apreciará (3).

1 Demolombe, t. 13, p. 267, núm. 186. En sentido contrario, Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. 2º, p. 241 y nota 3.

2 Demolombe, t. 13, p. 268, núm. 186, (Daloz. "Sucesiones," número 91).

3 Toullier, t. 2º, p. 28, núm. 96; Limoges, 12 de Enero de 1813 (Daloz, "Sucesión," núm. 97, 3º).

Núm. 3. Del hijo que no es viable.

545. El art. 525 dice que el hijo que no ha nacido viable es incapaz de suceder; y la ley da la razón, porque para suceder se necesita existir en el instante de la apertura de la sucesión. Así es que el hijo no viable se considera por la ley como que nunca ha existido. Esta es una teoría general del código: el art. 314 decide que el niño nacido el día 180 del matrimonio no podrá ser desconocido por el marido, si no es declarado viable, porque, no siendo viable, no se le considera como persona. ¿Qué se entiende por viable? y por qué la viabilidad es una condición del ejercicio de todo derecho?

Estas cuestiones no carecen de dificultades. El texto de la ley no define la viabilidad, y los trabajos preparatorios no nos dan bastantes luces. Se lee en el dictamen de Chabot: "Cuando el niño no nace viable, se reputa que jamás vivió, al menos en lo que respecta á la capacidad para suceder: en este caso, es lo mismo que el niño haya muerto ó que nazca para morir." Luego el hijo no viable es el que nace para morir. Pero ¿cuándo puede decirse que el niño nace para morir? Chabot contesta que, según las leyes romanas, el niño debe haber llegado al termino en el cual es posible que viva. Esto no responde á nuestra pregunta. ¿Cuál es este término? Chabot explica por qué el código no fija reglas acerca de la época de la viabilidad; no podría darlas seguras y preciosas porque los secretos de la naturaleza son impenetrables. El legislador ha preferido dejar las dificultades que puedan surgir sobre esta materia al buen criterio de los tribunales, quienes se decidirán según los hechos y las circunstancias particulares (1). Hasta aquí no sabemos todavía lo que es un niño no viable. Las decisiones de los autores no aventajan en precisión. Según Du-

1 Chabot, Dictamen, núm: 14 (Loaré, t 5º, p, 188).

ranton, la viabilidad es la aptitud para vivir: el niño, dice él, es viable cuando tiene las condiciones para vivir; no es viable cuando al verle puede decirse que su conformación es tal, que ha nacido para morir á poco y no para vivir (1). Esto es muy vago. Un niño nace vivo, y muere pocos instantes despues de haber nacido: ¿es capaz de suceder? Sí, si es viable; nó, si no es viable. Así, pues, la viabilidad es cosa distinta de la vida. ¿Pero cuáles son los caracteres en que puede reconocerse la viabilidad? En el silencio del código, el juez debe decidir conforme á los hechos y á las circunstancias, sin duda que sí; pero necesita reglas, y las pide en vano. Demolombe desarrolla la definición de Duranton, y al desarrollarla hace patente toda su incertidumbre. “La viabilidad, dice él, es la aptitud para vivir durante el curso de una vida de duración media; luego debe considerarse como no viable al niño que no nace, *en cierto modo*, sino para morir *casi inmediatamente*, porque la naturaleza le ha rehusado las condiciones necesarias para vivir” (2). Los *en cierto modo* y los *casi* no servirán de grau cosa al juez. Cuando el niño nace con vida y muere casi inmediatamente, ¿será esto una prueba de que no nació viable? En la teoría del código nó, supuesto que distingue entre la vida y la viabilidad. Así, pues, nuestra perplejidad subsiste. Hé aquí dos niños que mueren pocos momentos despues de su nacimiento: uno de ellos sucederá porque es viable, y el otro no sucederá porque no es viable. Y ¿cómo saben si el niño es ó no es viable? Una sola respuesta puede darse. Los hombres de ciencia resolverán. ¿Y si no hay peritos?

546. Insistimos en esta cuestión, porque, á nuestro juicio, es falsa la teoría del código. Esta es la opinión de Domat y de Savigny. En el antiguo derecho se admitía que

1 Duranton, t. 6º, p 95, núm. 75.

2 Demolombe, t. 12, p. 250, núm. 180.

los hijos nacidos en término eran capaces de suceder, por más que fuesen incapaces de vivir, sea por efecto del parto cuyo trabajo los privaba de la vida, sea por alguna enfermedad ó defecto de conformación ú otra causa que les hiciese imposible la vida, ellos no dejaban de suceder, porque bastaba que hubiesen nacido con vida. Domat sostiene que debería ser lo mismo de los niños nacidos antes de término, supuesto que había la misma razón para decidir; y esto es de toda evidencia. Oponíanse ciertas leyes romanas que parecen exigir la viabilidad como una condición distinta de la vida. Nosotros seguiremos á Domat en la discusión de estos textos; bástenos decir que Savigny le ha concedido la razón (1). El derecho romano no exige más que una condición, la vida; en donde hay vida, hay un sér humano, luego hay una persona y una capacidad jurídica. Exigir más que la vida es una cosa muy arbitraria, porque esto viene á parar en reconocer á uno el derecho de suceder y rehusarlo á otro, sin que haya un signo cierto de diferencia. Uno y otro nacen para morir; ninguno de ellos tiene necesidad de los bienes de la vida. Luego se deberían declarar incapaces á ambos. Esto sería injusto bajo el punto de vista del derecho, y de hecho la iniquidad es mucho mayor. Como lo expresa Domat, no es el interés de los niños el que entra en juego, porque ellos nacen para morir. Pero tienen un padre, una madre: ¿no exige la equidad que los parientes sucedan de preferencia á los herederos más remotos? Domat insiste en esta consideración de equidad, y en efecto, es decisiva. Luego el código ha innovado en esta materia; se ha separado de la doctrina de Domat, su guía habitual, sin que sepamos los motivos.

547. ¿Quién debe probar la no viabilidad? Con excep-

1 Savigny, "System de römischen Rechts," t. 2º, ps. 355 y siguientes (anexo III).

ción del disentimiento de Durantón y de Malpel, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en decidir que la viabilidad se presume mientras que, en la opinión general, la vida no se presume. En esto, á nuestro juicio, hay inconsecuencia á la vez que error. La inconsecuencia es palpable. ¿Por qué el que reclama una sucesión, á nombre del niño, debe probar que éste ha vivido? Porque esta es la condición con la cual el niño ha sucedido. Ahora bien, no basta que el niño nazca con vida para que recoja los bienes, se necesita también que nazca viable. Una sola y misma disposición es la que prescribe esta doble condición; según los términos del art. 725, es incapaz de suceder “el niño que no nace *viable*.” El texto pone la viabilidad en la misma línea que la vida, no distingue, y ni había motivo para distinguir. Sin duda que la vida y la viabilidad son la regla, pero esta no es una razón para presumirlas, cuando el niño muere después del parto: la probabilidad, en este caso, está contra la vida y la viabilidad. ¿Por qué, pues, el legislador había de presumir la viabilidad, cuando no presume la vida? Si ha de decirse la verdad, él no presume ni una ni otra. ¿Hay que repetir que no hay presunción sin texto? El silencio de la ley es suficiente para apartar las presunciones que los autores imaginan. Se objeta que la no viabilidad es una excepción, y que la viabilidad es la regla; y en términos más generales, que la incapacidad para suceder es una excepción y que la capacidad es la regla. Ahora bien, se dice que el que invoca la ley nada tiene que probar; al que alega la incapacidad es á quien corresponde rendir la prueba. Nosotros contestamos con el art. 1315 que al actor le corresponde probar el fundamento de su demanda; ¿y cuál es este fundamento, en el caso actual? La capacidad del niño. ¿Y en qué consiste dicha capacidad? En estar vivo y ser

vable; luego el actor debe probar la vida y la viabilidad (1).

548. ¿Cómo se prueba la viabilidad y la no viabilidad? Como el código nada dice acerca de este punto, habría debido inferirse que se atiene al derecho común. Esto, por otra parte, es lo que dice el relator del Tribunalado en el pasaje que antes hemos citado (núm. 545). No es esa la opinión de los autores. La mayor parte recurren á las presunciones que el código establece en materia de filiación. Esta opinión tiene algún fundamento en la tradición, pero en esta materia la tradición en vez de ilustrar extravía. Así, Bourjon asienta como principio que el niño que nace antes del séptimo mes de embarazo no se reputa viable; de aquí infiere que ese niño no recoge ni transmite á otros ninguna sucesión: "él jamás ha sido la verdadera esperanza de un hombre, puesto que conforme á su naturaleza, esta esperanza jamás podía realizarse" (2). También según el código, el niño que nace el 180º día del matrimonio se presume que es ilegítimo, lo que hace decir á Toullier y á los autores que lo han seguido, que el código considera como viable al niño que nace el día 180º de su concepción y que si nace antes de ese término la ley no lo considera viable. A la verdad podría decirse que ese niño fué concebido antes del matrimonio, y que por consiguiente, es bastardo; pero la honra de la madre y la moral pública exigen que se le declare no viable más bien que ilegítimo (3).

1 Durantón, t. 6º, p. 100, núm 78: Malpel, p. 66, núm. 25. En sentido contrario, Demolombe, t. 13, p. 269, núm. 187, y los autores que él cita. Sentencias de Burdeos de 8 de Febrero de 1830, y Limoges, 12 de Enero de 1813. Dalloz, "Sucesión," núm. 97, 2º y 3º.

2 Bourjon, "El derecho común de Francia," tít. XVII, 1ª parte, cap. III, sec. I, núms. 7 y 9 (tít. I, p. 687).

3 Toullier, t. 2º, 2, ps. 59 y siguientes, núms. 97 y 98. Chabot t. 1º, p. 48 (art. 725, núm. 11). Compárese Merlin, "Repertorio," en la palabra *vida*, y "Cuestiones de derecho," en la palabra *vida*, pfo. I.

Creemos que esto es confundir dos órdenes de ideas diametralmente distintas, la legitimidad y la viabilidad. Para que el hijo sea legítimo se necesita que haya sido concebido dentro del matrimonio; pero aun cuando esto fuese cierto, no por eso se deduciría que el niño es viable. El niño que nace diez meses después de la celebración del matrimonio, ciertamente que fué concebido durante el matrimonio, y no obstante, puede ser que no sea viable. Del mismo modo, el niño puede ser viable, aunque naciera en menos de 180 días después del matrimonio. Reputarlo no viable para salvar la honra de la madre, es establecer una presunción que la ley ignora. Hay más, se comprende que la ley cree presunciones para determinar la concepción del niño, y en consecuencia, su legitimidad; pero no se comprende que la viabilidad se establezca por vía de presunción. En efecto, la viabilidad no depende exclusivamente de la duración de la preñez, sino que depende de la conformación del niño; y es absurdo establecer la conformación del niño por medio de presunciones. A veces, es cierto, la no viabilidad será el resultado del nacimiento prematuro del niño, y el nacimiento prematuro puede también tener por consecuencia su ilegitimidad. Este enlace accidental entre la legitimidad y la viabilidad es lo que ha hecho caer en el error á los antiguos autores, y la confusión se ha venido perpetuando hasta el código civil. Los principios no dejan duda alguna; sólo hay dificultad para la prueba; ¿debe repetirse que esta diferencia no autoriza al intérprete á crear presunciones?

Podría decirse que los autores del código Napoleón, al consagrar la teoría de la viabilidad, han reproducido el error de los antiguos intérpretes, y por consiguiente, la confusión de la viabilidad y de la legitimidad. Esto es cierto, pero no prueba que deban aplicarse á la viabilidad las presunciones que establece la ley para probar la

legitimidad. Así, pues, la cuestión de viabilidad ha dado márgen á discusiones bastante prolongadas en el seno del consejo de Estado, con motivo del art. 314. Vamos á resumirlas; en ellas se ve á cada paso esta confusión entre la viabilidad y la legitimidad que acabamos de indicar: pero también se ve que el legislador no pretendió resolver la viabilidad por medio de presunciones. El primer cónsul, que gustaba de las ideas claras y precisas, pidió que se definiera lo que se entendía por *viable*, y en qué signos se reconocía la viabilidad. Béranger contestó que un niño no viable era un aborto, y no un niño. Esto era limitar la no-viabilidad al nacimiento antes de término, como se hacía en el antiguo derecho; pero el niño puede también no ser viable, por más que haya nacido á término. Tronchet dijo que la mente del proyecto era que el niño nacido á término es viable. Definid ahora, replicó el primer cónsul, cuál es el niño que se tiene por nacido á término. Tronchet repuso, quedándose dentro de las ideas del antiguo derecho, que un niño no es viable á los siete meses. La cuestión cambió de aspecto por una proposición de Bouley.

Según él, el hijo es viable cuando ha vivido el tiempo necesario para que sea claro que está conformado para vivir. Propone que se declare que el hijo nacido el 180^o día del matrimonio, y que vive diez días, puede ser desconocido. El primer cónsul aprobó dicha resolución, porque establecía una regla fija. Insistióse de nuevo sobre el plazo de diez días que se quería reducir á uno solo; el plazo de diez días se mantuvo (1). El Tribunado pidió la supresión de todo plazo por ser peligroso; en efecto, la madre, para no verse deshonrada, tenía interés en la muerte de su hijo. Se suprimió el plazo. ¿Qué resuelve de esto? Que la viabilidad se prueba, no por hecho de presunción, sino por el

(1) Observaciones del Tribunado, núm. 6 (Loché, t. 3^o, p. 71); Discurso de Duverger, núm. 16 (Loché, t. 3^o, p. 128).

testimonio de los médicos, y á falta de éstos, por el de las personas que asistieron al parto ó que vieron al niño. Esto es lo que dice Bigot-Préameneu, el orador del gobierno (1).

§ II.—DE LOS EXTRANJEROS.

Núm. 1. El antiguo derecho y la nueva legislación.

549. En el antiguo derecho, los extranjeros cargaban con una doble incapacidad. Se partía del principio de que para transmitir una sucesión y para recoger una herencia, se necesitaba gozar del estado civil y de los derechos de ciudadano. Como los extranjeros, dice Pothier, no tienen el derecho de ciudadano, no tienen tampoco el derecho de transmitir su sucesión: sus bienes van al poder del rey por un derecho que se llama derecho de *aubaine* (derecho del fisco regio en la sucesión de extranjeros). Por el mismo motivo, los extranjeros no eran capaces de recoger una sucesión (2). Domat aprueba esta incapacidad, que se funda, dice él, no sólo en el derecho romano, sino en el orden natural que distingue la sociedad de los hombres en diversos Estados, reinos ó repúblicas. Porque es una consecuencia natural de esta distinción que cada nación arregle por sus leyes propias lo que puede haber en las sucesiones y en el comercio de los bienes que depende de leyes arbitrarias. Los extranjeros no heredan á nadie y nadie los hereda, así como están excluidos de los cargos públicos (3). Domat confunde el orden civil y el orden político; la división de la humanidad en naciones tiene una influencia

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos del título de la "Paternidad," núm. 11 (Loaré, t. 3º, p. 87).

2 Pothier, "Costumbres de Orleans," Introduccion al título de las "Sucesiones," núms. 3 y 10; "Tratado de las sucesiones, cap. I, sección I, pfo. 1º"

3 Domat, "De las leyes civiles," 2ª parte, tit. I, Pref. número 13, p. 330.

necesaria sobre los derechos políticos, y ninguna sobre los privados. Y esto lo hemos dejado demostrado al tratar del goce de los derechos civiles. (Véase tomo I, núms. 422 y siguientes).

550. Los jurisconsultos están dominados por la tradición, cualidad que fácilmente degenera en defecto. Felizmente hay inteligencias que sacuden el yugo del pasado. Montesquieu no era de temperamento revolucionario, lo que no le impidió calificar como insensato el derecho del fisco regio en las sucesiones de extranjeros. Siguiendo esta inspiración, la Asamblea constituyente abolió este derecho, como contrario á la fraternidad que de todos los pueblos hace una sola familia. La ley de 6 de Agosto de 1790, establece: "Quedan para siempre abolidos el derecho de *aubaine* y el de detracción." Esta ley no se refería más que al derecho de *aubaine* propiamente dicho, á la incapacidad de transmitir los bienes por la vía de herencia. Por un decreto posterior de 28 de Abril de 1791, los extranjeros fueron reconocidos capaces de recoger en Francia las sucesiones de sus parientes, aun de los franceses. La Asamblea esperaba que los demás pueblos seguirían el ejemplo que Francia les daba. Se engañaba. De esto resultó que los franceses no eran admitidos á suceder en el extranjero, mientras que los extranjeros sí eran admitidos á suceder en Francia. Esto pareció injusto al gobierno consular. El código civil no restableció el derecho del fisco regio, como de ello se le ha acusado; porque no declara á los extranjeros incapaces de transmitir sus bienes por herencia (1); pero como los declara incapaces de suceder y como los extranjeros ordinariamente no tienen más herederos que extranjeros, venía á dar por resultado, que de hecho el Estado recogía las sucesiones de los

1 Demante, t. 3º, p. 34, núm. 33 bis, I. Duverger sobre Toulier, t. 2º, 2, p. 64, nota.

extranjeros por derecho de desheredamiento. El sistema del código es el de la reciprocidad. Los extranjeros suceden en Francia, con la condición de que los franceses sucedan en el extranjero (arts. 11 y 726). Desde luego se necesitaba una reciprocidad de nación á nación, establecida por tratados (1). Se necesitaba, en seguida, una reciprocidad de individuo á individuo; es decir, que un extranjero no era admitido á recoger una sucesión en Francia, sino en el caso en que un francés fuese admitido en el país de aquél extranjero y conforme á las leyes de dicho país, á una sucesión *del mismo orden*; y que un extranjero no podía tener, en una sucesión abierta en Francia, más que los mismos derechos, en cuanto al *monto* y á la *especie* de bienes que los que se otorgaban á un francés en el país de aquel extranjero. En este sentido es como la jurisprudencia y la doctrina interpretaban el art. 726 (2).

551. En Francia, la incapacidad para suceder que el código Napoleón hacía recaer en el extranjero, fue abolida por la ley de 14 de Julio de 1819, que en su art. 1º establece: "Quedan abrogados los arts. 726 y 912 del código civil; en consecuencia, los extranjeros tendrán el derecho de heredar, de disponer y de recibir del mismo modo que los franceses." Esto no es más que el sistema de la Asamblea constituyente. Parece bastante extraño, á primera vista, que la Restauración volviera á un principio proclamado por la revolución de 89. El gobierno se cuidó de declarar que proponía la abrogación por motivos de generosidad, sino por cálculo. "Se ha verificado, dice el guarda-sellos, que nada ganamos con excluir á los extranjeros del derecho de suceder y de disponer. El deshe-

1 Chabot, t. 1º, p. 56, art. 726, núm. 2. La jurisprudencia está de acuerdo (Daloz, en la palabra "sucesión," núm. 110).

2 Chabot, t. 1º, ps. 60 y siguientes. Véase la jurisprudencia en Daloz.

redamamiento que algunas veces resulta de su incapacidad, ofrece un producto de tal manera mediocre que no podría tomarse en consideración. El extranjero no se aventura á adquirir bienes de los que no podría disponer al morir y que sus parientes no recogerían. Si se allana este obstáculo, él adquirirá y sus adquisiciones, los capitales que en ellas empleará, aumentando la masa y el valor de los nuestros, nos serán mil veces más ventajosos que los vanos provechos del deshèredamiento y el principio estéril y perjudicial, en esta ocación, de la reciprocidad." Se hace mal con repudiar los sentimientos generosos que animaban á la Asamblea constituyente, porque eran la fraternidad y no es este un sentimiento cristiano á la vez que filosófico? Y no era que la Asamblea constituyente ignorase los principios de economía política que se invocaron en 1819, porque ya Necker los había desarrollado antes de 89. Cuando se discutió el proyecto del código civil, se repitieron hasta la saciedad por los tribunales. El gobierno persistió en su sistema de reciprocidad. Este principio es justo en general, pero en el caso actual, el interés, de acuerdo con la justicia, exigía que el extranjero fuese admitido á suceder en Francia, aun cuando los Estados extranjeros, desconociendo su interés y no teniendo en cuenta la fraternidad cristiana, se obstinaron en mantener la incapacidad sobre los franceses.

552. En Bélgica, una ley de 20 de Mayo de 1857 derogó el principio de la reciprocidad tal como estaba consagrado en el código civil. El art. 11 exigía que la reciprocidad se estableciera por medio de tratados. No se quería que la Francia quedase ligada por leyes extranjeras en las que ella no había concurrido; estas leyes, por otra parte, ninguna garantía ofrecían á los franceses, porque podían abrogarse de uno á otro día; mientras que los tratados aseguraban á la vez la independendencia de la Francia

y los derechos de los franceses. Pero este sistema tenía una desventaja: un tratado supone relaciones diplomáticas entre las partes contrayentes, y puede suceder que estas relaciones se rompan ó se suspendan por revoluciones ó guerra. ¿Es justo que los derechos de los individuos dependan de los acontecimientos políticos? Bélgica se vió en esta situación en el año de 1830. Para remediar ese inconveniente, la ley de 20 de Mayo de 1837 dispuso que la reciprocidad podía hacerse constar por medio de leyes ó de costumbres. Por lo que sólo la reciprocidad diplomática fué la abolida. Una ley de 27 de Abril de 1865 avanzó más, consagró el principio establecido por la Asamblea constituyente y reprodujo las disposiciones de la ley francesa de 1819. Siendo, en este punto, la legislación de Bélgica la misma que la de Francia, resulta que la jurisprudencia francesa puede invocarse como interpretación de la ley belga.

553. El principio fundamental de la nueva legislación es que asimila al extranjero con el belga. Resulta de aquí que el extranjero sucede en Bélgica conforme al código Napoleón y no conforme á la ley de su país. El art. 3 de la ley de 1865 lo dice implícitamente; establece que los extranjeros tienen el derecho de suceder *de la misma manera* que los belgas, por consiguiente, conforme á las mismas reglas y por aplicación de la misma ley. Poco importa que la ley belga sea favorable ó desfavorable al extranjero. Este sucederá en Bélgica, aun cuando no sucediese en su propio país; luego disfrutará del beneficio de la igualdad, aun cuando la desigualdad y los privilegios reinen en su patria. En cambio, el extranjero no puede invocar el privilegio ó el derecho que le otorga la ley de su país, cuando el código civil no reconoce ese derecho ni ese privilegio (1). Se ha fallado por aplicación de

1 Demolombe, t. 13, p. 280, núm. 196.

este principio, que el padre extranjero no puede reclamar en Francia la totalidad de la sucesión, excluyendo al abuelo materno, aun cuando según la ley de su nación tuviera el derecho de excluirlo (1). Esto también está puesto en razón. Las leyes nuevas no tienen por objeto crear en provecho del extranjero un derecho de herencia excepcional, de lo que resultaría que habría dos especies de sucesiones en Francia y dos leyes diferentes, una para los indígenas y otra para los extranjeros, y no hay más que una sola ley, el código Napoleón, la cual rige todas las sucesiones que se abren en Francia. Más adelante veremos si este principio se aplica á las sucesiones moviliarias, cuando hay concurso de parientes extranjeros y de parientes franceses.

Núm. 2. Disposición excepcional de la ley de 1865.

554. El art. 4, conforme con el art. 2 de la ley francesa, dice: "En el caso de partición de una misma sucesión entre coherederos extranjeros y belgas, éstos apartan antes de los bienes situados en Bélgica una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero, de los que estarán excluidos, á cualquier título que fuese, en virtud de las leyes y costumbres locales." Si los bienes de la sucesión á la que son llamados extranjeros á la vez que belgas, están todos situados en Bélgica, se quedan dentro del derecho común, tal como acabamos de suponerlo: la herencia se dividirá conforme al código civil. Pero puede suceder que los bienes estén situados, parte en Bélgica, parte en el extranjero, y que los belgas estén excluidos en todo ó parcialmente de los bienes situados en país extranjero. Si, en este caso, se procediera á la partición según el derecho común. ¿qué pasaría? Los herederos extranjeros dividirían

1 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Julio de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 266).

con los herederos belgas los bienes situados en Bélgica, y excluirían á los belgas de los bienes situados en el extranjero. De aquí dimana una desigualdad contraria á nuestras leyes; para restablecer la igualdad, la ley quiere que los parientes belgas aparten de los bienes situados en Bélgica un valor igual al de los bienes de que quedan excluidos en el extranjero. Se ha dicho que esta excepción destruye el principio mismo de la ley, supuesto que ésta, después de haber colocado al extranjero en la misma línea que al belga, le arrebató después una parte de sus derechos en provecho de éste último. Esto no es exacto. La ley no ha querido asegurar al extranjero todos los derechos que le otorga la ley de su país: lo admite á suceder en Bélgica, pero conforme á la ley belga. Justo es que en una sucesión abierta en Bélgica, los indígenas tengan todos los derechos que el código les otorga; el concurso de parientes extranjeros no debe disminuir estos derechos. Se insiste y se dice que el legislador belga no puede modificar la ley extranjera con perjuicio de los extranjeros y en interés de los belgas. Serre, que presentó la ley de 1819, contestó de antemano á esas objeciones: "La ley extranjera tendrá todo su efecto en el extranjero; pero no estamos obligados á darle efecto entre nosotros. En rigor, podríamos excluir al extranjero de las sucesiones que abarcan bienes situados en Francia; con mayor razón tenemos el derecho de someterlo á una condición; esto en definitiva, no es más que proteger á nuestros nacionales contra el rigor ó la desigualdad de las leyes extranjeras (1).

I. ¿En qué casos hay lugar á la previa separación?

555. Sin decirlo se comprende que hay lugar á la pre-

1 Informe sobre la ley belga de 1865. Elías ("Documentos parlamentarios," sesión de 1864 á 1865, p. 481).

via separación cuando los herederos belgas son excluidos en razón de su calidad de belgas. ¿Pasa lo mismo cuando los belgas son admitidos en verdad á suceder con los extranjeros, conforme á la ley extranjera, pero cuando esta ley establece un principio de desigualdad que se aplica á los indígenas como á los extranjeros? Tal sería un derecho de primogenitura, ó una sucesión especial para los bienes nobles. No vacilamos en decidir que hay lugar á la previa separación. El texto es general: desde el momento en que hay exclusión, á cualquier título que sea, los belgas pueden invocar el beneficio del art. 4. Pasa lo mismo con el espíritu de la ley. El art. 4 está tomado de la ley francesa; al presentar ésta el guarda-sellos de Serre previó la dificultad que es usual. Después de haber recordado que en el antiguo derecho las costumbres varían de una provincia y de una ciudad para otra, y que de ahí resultaban frecuentemente desigualdades en perjuicio de uno y otro de los herederos, el ministro dijo que jamás se había pensado en poner remedio á ese inconveniente, porque un francés ganaba lo que otro perdía, pero que no se podía tener la misma indiferencia respecto á las ventajas de un extranjero sobre un francés. Luego si hay una causa cualquiera de desigualdad en provecho de un extranjero, hay que poner remedio por medio de una separación previa de la masa hereditaria (1). La jurisprudencia, en este punto, está de acuerdo con los autores (2).

556. La ley de 1865 supone que la exclusión del heredero belga tiene lugar en virtud de *las leyes y costumbres locales*, es decir, de las *leyes* extranjeras. ¿Qué es lo que debe resolverse si la exclusión resulta de las disposiciones hechas por el difunto, donaciones ó testamentos? Para que

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º p. 291, núm. 420. Demolombe, t. 13, p. 282, núm. 199.

2 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Julio de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 325).

pueda suscitarse la cuestión, hay que suponer que la ley extranjera que autoriza la disposición es contraria á la ley belga; si las dos leyes están de acuerdo, el heredero belga no puede invocar el beneficio de la ley de 1865, porque también habría sido excluido en Bélgica si todos los bienes hubieran estado situados en este lugar; por lo mismo no tiene derecho á quejarse, porque no es un privilegio nuevo lo que la ley ha querido otorgarle, sino restablecer la igualdad á la que tiene derecho conforme á la ley belga, igualdad que se destruiría á causa de la aplicación de una ley extranjera.

¿Pero si la ley extranjera autoriza una disposición que la ley belga prohíbe ¿podrá él reclamar la previa separación? En Francia, la doctrina y la jurisprudencia admiten la afirmativa (1). Hay un motivo para dudar: puede decirse que el heredero belga está excluido, no por la *ley local*, sino por la voluntad del disponente. Se contesta que la exclusión se hace indirectamente en virtud de la ley, supuesto que ésta la autoriza, con perjuicio del heredero belga. Luego hay un conflicto de leyes; y desde el momento en que el heredero belga es excluido á causa de una ley extranjera contraria á la ley belga, el texto de la ley es aplicable. En cuanto al espíritu de la ley francesa, ninguna duda deja, habiendo positivamente declarado la Exposición de motivos y la ley de 1819 que es indiferente que la exclusión del heredero francés provenga del hecho solo de la ley, ó que resulte de una disposición del hombre autorizada por la ley. Se ha fallado, en este sentido, que si el difunto menor ha legado todos sus bienes á su madre, con exclusión de los herederos franceses, éstos pueden reclamar la previa separación, sobre los bienes situados en Francia, de la mitad de esta sucesión. En efec-

1 Demolombe, t. 13, p. 284, núm. 200. Massé y Vergé sobre Zachariae, t. 2°, p. 241, nota G.

to, la ley española, bajo la cual se había hecho el testamento, autoriza al menor para que disponga de sus bienes, mientras que, según el código Napoleón, el menor no puede dar más que la mitad de los bienes cuya disposición permite la ley al mayor. Así es que la mitad de los bienes del menor pertenece en virtud de la ley francesa á los herederos de la sangre; así, pues, éstos están excluidos de dicha mitad, por el testamento conforme á la ley española. Teniendo la exclusión su principio en la ley extranjera, hay lugar á la previa separación (1).

¿Debe interpretarse la ley belga en el mismo sentido? Acerca de esta cuestión hubo una discusión sostenida y confusa en el seno de las Cámaras belgas (2). El ministro de justicia declaró varias ocasiones que en su sentir la ley no era aplicable sino cuando había reservatarios belgas, y que los herederos que no eran reservatarios debían respetar las disposiciones del difunto. Esta interpretación fué sostenida por unos y combatida por otros. A nosotros nos parece que se planteó mal la cuestión. No se imponía una oposición entre la ley extranjera y la belga; en esta hipótesis, el ministro tenía razón para decir que el difunto podía disponer libremente; no hay, en este caso, exclusión pronunciada sin autorización por una ley extranjera. Pero cuando hay oposición entre la ley extranjera y la belga, no es necesario que los herederos belgas sean reservatarios para que tengan el derecho de promover. En el caso que acabamos de citar no había heredero en reserva, sino que, al contrario, el ascendiente había sido instituido legatario universal; sin embargo, los herederos de la sangre fueron admitidos á la previa separación, porque estaban excluidos de los bienes á que tenían derecho en virtud de la ley

1 Sentencia de casación, de 29 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1856, 1, 471).

2 La discusión está reproducida en la *Pasinomia*, 1865, p. 112, nota 1.

francesa. En el Senado, el ministro de justicia aceptó esta restricción á la opinión demasiado absoluta que había enunciado en la Cámara de representantes: "si, dijo, la disposición que hace el extranjero es conforme á las leyes belgas, debe surtir todos sus efectos. Si choca con ciertos principios aceptados por nuestra legislación, no debe ejecutarse en este punto." Esta explicación está en armonía con la doctrina y la jurisprudencia francesas.

557. Cuando hay herederos reservatarios, la reserva y lo disponible se fijan por la ley belga, en cuanto á los bienes situados en Bélgica. Acerca de este punto no hay duda alguna; en consecuencia, hay lugar á previa separación si el reservatario belga no tiene en el extranjero la parte que le corresponde según el código Napoleón. Se ha presentado otra dificultad. El reservatario francés era al mismo tiempo donatario mejor. La donación, válida según las leyes francesas, era nula según la ley extranjera; por no haber sido homologada por los tribunales del país. De aquí resultaba que el donatario francés no podía reclamar la ejecución de su donación sobre los bienes situados en el extranjero. ¿Era esto una *exclusión* en el sentido de la ley de 1819? ¿y por consiguiente el donatario podía separar de los bienes situados en Francia la parte de la donación que no podía percibir en el extranjero? La corte de casación falló que no había lugar á previa separación (1). En efecto, el donatario no estaba excluido en virtud de la ley extranjera, porque ésta le permitía que reclamara su donación, con la condición de que ésta fuese válida en la forma. Luego si la donación no se ejecutaba en el extranjero, no era porque la ley se opusiese, sino porque el donatario no había cuidado de cumplir con las formalidades prescriptas por la ley extranjera. Ahora bien, desde el

1 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Agosto de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 257).

momento en que la exclusión no resulta de la ley, no hay lugar á previa separación.

558. ¿Los herederos extranjeros pueden ejercitar la previa separación sobre los bienes situados en Bélgica? Si todos los herederos son extranjeros, la cuestión ni siquiera puede proponerse. La ley de 1865 contiene dos disposiciones muy diferentes. La primera, hecha en favor de los extranjeros, los llama á suceder en Bélgica, del mismo modo que los belgas; queda satisfecha esta disposición desde el momento en que se les admite á la sucesión que se abre en Bélgica. La segunda concierne exclusivamente á los belgas, por lo que no puede invocarse cuando todos los herederos son extranjeros. Pasa lo mismo cuando los extranjeros están en concurso con los belgas; *éstos*, dice el texto, separarán de los bienes situados en Bélgica, una porción igual al valor de los bienes situados en el extranjero, de los que estarían excluidos por la ley extranjera. El espíritu de la ley nueva es tan evidente como el texto. ¿Cuál es el objeto del legislador? Se preocupa por el interés de los reguicolas á quienes la ley extranjera excluye de una herencia á la que los llama el código Napoleón. No teniendo acción ninguna sobre la ley extranjera, ni sobre los bienes situados en el extranjero, permite al heredero indígena que ejerza sobre los bienes situados en Bélgica los derechos que éste no puede hacer valer en el extranjero. Pero el legislador belga no tiene por qué preocuparse de los intereses del extranjero, regido por la ley de su nación, ley de la que éste recoge las ventajas, y á la que queda sometido si le es desventajosa. La cuestión ha sido juzgada en este sentido por la corte de casación de Francia (1).

559. ¿Qué debe resolverse si todos los herederos son

1 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Junio de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 419).

belgas? La sucesión se abre en el extranjero, bajo una ley que difiere del código Napoleón; ella excluye, en línea colateral, á las mujeres en provecho de los ignatos: ¿el heredero excluido puede pedir la previa separación sobre los bienes situados en Bélgica? Vacilamos en contestar negativamente, por más que la doctrina y la jurisprudencia francesas se hallen en sentido contrario. El texto es formal; supone el concurso de herederos extranjeros y de herederos indígenas. “En el caso de partición, dice el art. 4, de una misma sucesión *entre coherederos extranjeros y belgas.*” El espíritu de la ley ya no es dudoso. ¿Cuál es el objeto de la ley de 1865? El de dar á los extranjeros la facultad para suceder. Si no hay extranjeros llamados á la sucesión, ya no estamos dentro de la hipótesis que el legislador ha tenido en mientes; lo que equivale á decir que volveremos á entrar al derecho común. El legislador ha querido restablecer la igualdad entre los herederos belgas y los extranjeros, siendo que se rompería esta igualdad por la ley extranjera con perjuicio de los herederos belgas y ventaja de los extranjeros. Ya la cuestión no puede ser ni de ventaja, ni de perjuicio, ni de igualdad, cuando no hay parientes extranjeros llamados á la sucesión.

Objétase en Francia, que el relator de la ley de 1819, declaró formalmente que, cuando los franceses son copropietarios, por derecho de sucesión, en Francia y en el extranjero, se hace una masa de todo y que la partición se lleva á efecto según las leyes francesas (1). Nosotros contestamos que un informe no es una ley; la ley de 1819 no dice lo que el relator hace decirle, y es completamente extraña á las sucesiones devueltas á franceses. La previa separación que ella autoriza es una disposición excepcional, que sólo tiene su razón de ser en el concurso de franceses y de extran-

1 Demolombe, t. 13, p. 289, núm. 203 bis. Compárese Demante, t. 3°, p. 35, núm. 33 bis, 2°.

jeros. Se insiste y se dice que el principio de la igualdad de las particiones se refiere al orden público; que en ningún caso y bajo ningún pretexto puede atenderse á dicho principio en Francia, con leyes extranjeras que tendiesen á modificar sus efectos. Tales son los términos de una sentencia de casación que anula una de la corte de Besançon (1). Se abusa singularmente de esta expresión de *orden público*. El código prohíbe que se deroguen las leyes de orden público. ¿Por ventura está prohibido que se derogue la sucesión *ab intestato* cuando no hay herederos reservatarios? La igualdad de que habla la corte de casación; no es, después de todo, más que el orden para suceder consagrado por el código civil, y no se refiere sino á los bienes situados en Francia. Sin duda que el legislador podría autorizar una separación previa sobre estos bienes en el caso en que los hubiere situado en el extranjero, y extender de este modo indirectamente el sistema del código á todo género de sucesión. Pero para esto se necesita un texto; porque la previa separación es á todas luces una medida excepcional; luego el único que puede ordenarla es el legislador, si lo juzga conveniente. En cuanto al intérprete, el silencio de la ley decide la cuestión.

II. ¿En qué sucesiones se ejerce la previa separación?

560. La previa separación se ejecuta sin dificultad ninguna cuando la sucesión es puramente inmobiliaria. En efecto, "los inmuebles, aun los que poseen los extranjeros, están regidos por las leyes francesas." Estos son los términos del artículo 3 que consagra el principio del estatuto real. El principio tomado del antiguo derecho, se aplica á las sucesiones inmobiliarias. Luego el derecho común sujeta las sucesiones á la ley del lugar en donde están si-

1 Sentencia de casación, de 27 de Abril, de 1808 (Daloz, 1868, 1, 302).

tuados los inmuebles (1). La ley de 1865 da una nueva confirmación de la regla del estatuto, porque permite á los herederos belgas que ejerzan una previa separación en los bienes *situados en Bélgica*. Ahora bien, los inmuebles son, por excelencia, bienes situados en Bélgica; luego cuando una sucesión es puramente inmobiliaria, se rige, en cuanto á los bienes situados en Bélgica, por la ley belga.

561. Cuando la sucesión es puramente mobiliaria, se presentan dos cuestiones. En primer lugar, se pregunta si la sucesión se rige por el estatuto real. Conforme al principio tradicional del derecho francés, que el código ha mantenido implícitamente (art. 3), debe contestarse que la sucesión mobiliaria se rige por el estatuto personal, es decir, por la ley del país á que pertenece el extranjero (tomo I, núm. 120). En otro lugar (tomo I, núm. 87) hemos dicho que el estatuto se determina por la nacionalidad y no por el domicilio. Si el difunto fuera belga, su sucesión mobiliaria se regirá por la ley belga, aun cuando estuviese domiciliado en el extranjero. Los herederos belgas ejercerán, pues, sin duda alguna, la previa separación sobre los muebles que se hallan en Bélgica, tanto como sobre los inmuebles. La aplicación de la ley de 1865 no sufre ninguna dificultad en este caso, puesto que la sucesión se abre y se difiere conforme á la legislación belga. Si el difunto fuese extranjero, se aplicará la ley extranjera en lo concerniente al orden de sucesion; pero cuando concurren herederos belgas con herederos extranjeros, los primeros tendrán derecho á la previa separación establecida en su favor por la ley de 1865. Esta deroga el estatuto personal en el sentido de que los herederos belgas, si están excluidos por la ley extranjera de una parte de los bienes á que tendrían derecho conforme á la ley belga, quedan indemnizados separando el mismo valor del mobiliario que se

1 Véase el t. 1º, núms. 108 y 109.

halla en Bélgica (1). El texto es general, porque dice que la previa separación se hace sobre los bienes *situados en Bélgica*, y no sobre los *inmuebles*; ahora bien, los muebles así como los inmuebles tienen una situación real en Bélgica. Por otra parte, ninguna razón hay para no permitir la previa separación sobre objetos mobiliarios; éste las más de las veces será el único medio de establecer la igualdad entre los herederos belgas y extranjeros; así, pues, la ley debía autorizar á los herederos belgas para que ejerciesen su recurso sobre todo género de valores mobiliarios. Hay, no obstante, valores que dan lugar á duda; tales como los créditos, obligaciones ó acciones extranjeras, cuyos títulos se hallan á la verdad en Bélgica, pero que se pagan en el extranjero. ¿Puede decirse de estos valores que estén *situados* en Bélgica? Ciertamente que nó, pero tampoco están *situados* en el extranjero. No siendo aplicable el texto, si se ciñe uno á la letra, debemos recurrir al espíritu de la ley. Ahora bien, el fin que se ha propuesto el legislador no deja duda alguna. El quiere dar al heredero belga todas las garantías de que dispone: tiene los títulos en la mano, y los distribuye á los herederos belgas. La garantía podrá ser ineficaz si al extranjero se le niega que entregue los fondos á los detentores de los títulos (2). Para tal inconveniente no hay otro remedio que las convenciones diplomáticas, como en todas las dificultades concernientes al derecho civil internacional (Veáse el tomo I, núm. 140).

562. La aplicación de estos principios ha dado lugar á una dificultad muy seria. Un francés naturalizado en los Estados Unidos, fallece dejando testamento ológrafo por

1 Demante, t. 3^o, p. 36, núm. 33 bis, IV. Demolombe, t. 13, p. 290, núm. 206. Sentencia de casación de 27 de Agosto de 1850 (Daloz, 1850, 1, 257), y de 29 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1856, 1, 471.)

2 Sentencia de denegada apelacion, de 21 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 137). Demolombe, t. 13, p. 292, núm. 207.

el cual, después de haber legado á su esposa su mobiliario y una tercera parte de sus bienes, instituye legataria universal á su hermana, que vive en Francia y ha seguido siendo francesa. La viuda, usando de un derecho que le da la ley local, renuncia el legado y opta por sus derechos de viuda. Ella viene á ejercitar ese derecho sobre el mobiliario existente en Francia. ¿La legataria universal puede prevalerse de la ley de 1819 para separar de aquel mobiliario la parte de los bienes de que está excluida en virtud de la ley local? Se ha fallado que ella no tenía derecho á la previa separación (1). Nosotros creemos que la corte de París falló rectamente, pero importa precisar los motivos de la decisión. No es porque la viuda tenía derecho á la porción viudal en virtud de su estatuto personal; porque éste no impide, como acabamos de decirlo, la aplicación de la ley de 1819. Pero para que esta ley sea aplicable, se necesita que el heredero francés esté excluido por un estatuto local, contrario á la ley francesa. ¿Había exclusión en el caso de que se trata? El motivo para dudar es que la ley francesa no conoce porción viudal. En apariencia, pues, había esta oposición entre la ley extranjera y la francesa que justifica la previa separación. Pero faltaba la condición esencial: no había concurso de herederos. La corte de París cuida de hacer notar que la porción viudal constituye en favor de la viuda y en los bienes del marido, un derecho de propiedad preexistente al fallecimiento. Así es que la viuda procedía, no como heredera, sino como propietaria en virtud de un contrato tácito.

563. Cuando la sucesión se compone de muebles y de inmuebles situados en país extranjero y en Bélgica, la aplicación de la ley de 1865, según lo que acabamos de

1 París, 6 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 2, 73).

decir (núms. 560 y 561), no es dudosa. Queda por saber cómo se ejercita la previa separación.

III. Cómo se ejercita la previa separación.

564. Vamos á tomar del informe de Boissy d' Anglas, sobre la ley de 1819, un ejemplo que mostrará cómo se verifica la previa separación. Un inglés muere dejando un hijo establecido en Inglaterra, y unos nietos en Francia de una hija casada con un francés. Aquí se trata de bienes situados en los dos países. El derecho fiscal existe en Inglaterra, y en Francia se ha abolido. Si los nietos del difunto se presentan á la herencia de su abuelo en Inglaterra, se les rechazará como súbditos del rey de Francia. En virtud de la ley de 1819, el inglés será admitido á los bienes que su padre pone en Francia, pero los hijos de su hermana comenzarán por separar de aquellos bienes la mitad del valor de los que están situados en Inglaterra, y de los que están excluidos por la ley inglesa. A este efecto, se hace una masa de los bienes que componen la sucesión; los hijos franceses recibirán la mitad de toda la herencia, y el sobrante se abandonará al heredero extranjero (1).

565. Se procede así cuando la exclusión pronunciada por la ley extranjera contra los herederos franceses aprovecha indistintamente á todos sus co-herederos extranjeros; la separación se hace entonces de todos los bienes que están en Bélgica. Estos bienes, decía Boissy d' Anglas, serán para ellos una verdadera prenda, sobre la cual ejercerán una especie de privilegio. Pero no puede procederse de la misma manera cuando el beneficio de la ley extranjera no aprovecha más que á uno solo ó algunos de los he-

1 Cómparese sentencia de denegada apelación, de 10 de Febrero de 1842 (Daloz, "Sucesiones," núm. 116). Grenoble, 25 de Agosto de 1848 (Daloz, 1849, 2, 248).

herederos extranjeros, estando los otros excluidos tanto como los herederos belgas. La ley de 1865 quiere la igualdad; rota con ventaja de los herederos extranjeros por la exclusión de los belgas, debe restablecerse, pero naturalmente contra los que se aprovechan de la desigualdad; luego cuando la exclusión no aprovecha sino á algunos herederos extranjeros, la previa separación no debe ejercerse sino sobre la parte de estos herederos, y no sobre la de los extranjeros que están igualmente excluidos; porque de lo contrario, una ley de igualdad vendría á ser una ley de desigualdad. La corte de casación ha fallado en este sentido (1). Se objeta que limitando la prévia separación á la parte del heredero extranjero que es privilegiado, podrá suceder que, aun agotando su parte en los bienes situados en Bélgica, los herederos belgas no están satisfechos de la parte que les corresponde en la herencia, según el código Napoleón. Esto es verdad; pero el legislador no habría podido darles una acción sobre la parte de los extranjeros excluidos, sino violando la justicia; y ésta debe, en todo caso, superar á la igualdad.

566. Así, pues, los herederos extranjeros excluidos tomarán su parte de los bienes situados en Bélgica. Se ha pretendido que hay que ir más lejos y permitirles que ejerzan la previa reparación sobre dichos bienes á fin de restablecer la igualdad entre todos los herederos. La corte de casación ha rechazado tal opinión. ¿Con qué título los extranjeros apartarían de la porción de que están excluidos sobre los bienes situados en Bélgica? Ellos no pueden invocar la ley extranjera, porque ésta precisamente es la que los excluye. ¿Invocarían la ley belga? Se les contestará, como lo hemos hecho (núm. 558), que la ley de 1865 ha concedido una protección especial á los herederos bel-

1 Sentencia de casación, de 27 de Agosto de 1850 (Daloz, 1850, 1, 257).

gas, pero que no ha querido ni debido extender su solicitud á los herederos extranjeros. Cierto es que éstos serán vulnerados, pero no pueden quejarse, puesto que el perjuicio que experimentan resulta de la ley á la que están sometidos y de la que, en otras circunstancias, sacan partido (1).

IV. Competencia.

567. De derecho común la sucesión se abre en el lugar del domicilio del difunto y el tribunal de dicho lugar es el competente para ventilar las contiendas que surjan entre los herederos hasta la partición (núm. 525). La ley de 1865 deroga este principio. Supuesto que los herederos belgas están autorizados para ejercer una previa separación en los bienes situados en Bélgica, síguese que las contiendas á que dé lugar dicha separación deben llevarse ante los tribunales belgas. No hay que distinguir si la sucesión es mobiliaria ó inmobiliaria. A la verdad, las sucesiones mobiliarias se rigen por el estatuto personal del extranjero. Pero el objeto de la ley de 1865 ha sido precisamente derogar este estatuto, por interés de los herederos belgas. ¿Quién amparará sus derechos en caso de contienda? Evidentemente que los tribunales de Bélgica. Esto es de jurisprudencia (2).

568. Si un extranjero muriese en Bélgica, sin dejar ningún heredero belga, ¿serán competentes los tribunales belgas? Sí, si el extranjero estuviese domiciliado en Bélgica; en este caso sería aplicable el art. 110. No podría objetarse la calidad de extranjero de los litigantes; en efecto, como la ley les da el derecho de suceder en Bélgica, implícitamente les otorga el derecho de llevar las con-

¶ 1 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Junio de 1863 (Daloz, 1863, 1, 419).

2 Sentencia de casación, de 29 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1856, 1, 471).

tiendas, concernientes á la sucesión, ante los tribunales belgas. Pero si el extranjero, fallecido en Bélgica, tuviere su domicilio en el extranjero, los tribunales belgas dejarían de ser competentes; el art. 110 ya no sería aplicable, supuesto que la sucesión se abre en el extranjero; y la ley de de 1865 no lo sería, supuesto que no hay herederos belgas (1).

Estos principios tienen una excepción cuando la contienda es concerniente á inmuebles situados en Bélgica. En este caso habría lugar á aplicar el art. 3, por cuyos términos los inmuebles poseídos en Francia por extranjeros, se rigen por la ley francesa. Esto fué lo que la corte de casación decidió en el siguiente caso: el príncipe Ghyka, hospodar de Moldavia, al casarse en segundas nupcias, había reconocido en el contrato de matrimonio que los bienes aportados por la futura, consistían en el castillo de Mée, situado en el cantón de Melun, el mobiliario de dicho castillo, una suma de 200,000 francos y dos inscripciones de renta de 4,054 francos. Después de la muerte de aquél, los hijos del primer lecho formularon contra la viuda una acción de restitución de aquellos bienes que sostenían que eran puramente ficticios. La corte de París se declaró incompetente, porque se trataba de la sucesión de un extranjero, abierta en el extranjero. A recurso interpuesto, la corte de casación mantuvo la incompetencia en lo concerniente á los valores mobiliarios, pero casó el fallo en lo referente al castillo de Mée. En cuanto á los muebles, la corte suprema falló que debía seguirse la antigua regla, siempre subsistente, según la cual, aquellos bienes siguen á la persona de su propietario y se reputan existentes en el lugar de la apertura de la sucesión, salvo el caso previsto por la ley de 14 de Julio de 1819; esta ley no tenía

1 Paris 13 de Marzo de 1850 (Daloz, 1852, 2, 79).

que ver en la cuestión, supuesto que no había herederos franceses. En cuanto al castillo de Mée, el art. 3, daba la competencia á los tribunales franceses, por ser aquél un inmueble situado en Francia (1).

FIN DEL TOMO OCTAVO.

1 Sentencia de casación de 22 de Marzo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 127).