

había sido recibido en la partición por los verdaderos herederos; pero tal reconocimiento no le daba título ninguno respecto de los terceros; permanecería sin calidad ninguna, es decir, incapaz, y por consiguiente, sin derecho ninguno, para exigir el pago de los créditos hereditarios (1). Lo mismo sería si un indigno tomase posesión de la herencia ó fuese admitido á la partición por sus coherederos, los deudores podrían repelerlo, con la ley en la mano, supuesto que el art. 527 *excluye* de la herencia á los indignos. Y lo que decimos de los deudores es cierto de todas las partes interesadas.

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, dé 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 ser 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 Nimes, 16 de Enero de 1850 (Daloz, 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. 2ª, 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. 4°, 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? No, 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 ser capaz 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 implicado 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 180° del matrimonio, se tiene por concebido durante éste, y por lo tanto, es legítimo; el hijo que nace den-

¹ Dacourroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, p. 288, núm. 416.
² Chabot, Dictamen núm. 14, (Loché t. 5°, 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. Durantou, 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; Marcadé, t. 3º, p. 37 (art. 725, núm. 2); Zachariae, 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 querríamos 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