

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, tratése 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; Marcaudé, 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 fui 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 queríamos 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 deshonoraría 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, tít. 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 Zachariae, t. 2º, p. 241 y nota 3.

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

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