

legitimidad. Así, pues, la cuestión de viabilidad ha dado margen 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. Bérenger 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 (Loché, t. 3.^o, 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. 1.^o

3 Domat, "De las leyes civiles," 2.^a 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 declaró 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 sucedan 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 desheredamiento y el principio estéril y perjudicial, en esta ocasión, 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 independencia 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 arrebatara 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 Zachariæ, t. 2º, p. 241, nota 6.

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 (Dalloz, 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).