

# CAPITULO UNICO

## DE LA LEY QUE DEBE REGIR LA SUCESION DE LOS EXTRANJEROS

379 —Importancia de la cuestión —380 El régimen de las sucesiones presenta diversidades notables entre los diversos Estados —381 En que límites puede esperarse a uniformidad entre las diferentes leyes —382 Sistema que niega a los extranjeros el derecho de sucesión —383 Rigorosa e injusta aplicación hechas en Francia del derecho de Aubana —384 Examen crítico de la ley francesa del 14 de Julio de 1819 —385 Autores que quieren hacer regir la sucesión de los extranjeros por la *lex rei sitae* —386 Sucesión mobiliaria —387 Argumentos con que han querido justificar el principio *quot territoria tot hereditates* —388 Examen crítico de los principales argumentos —389 Del sistema hereditario con arreglo al derecho feudal —390 Notables diferencias aceptadas en el derecho moderno —391 Falsedad del punto de partida de donde se derivan las falsas teorías sobre la sucesión de los extranjeros —392 Solución de la cuestión —393 Argumentos de los romanistas —394 La sucesión debe ser regida por la ley nacional del difunto —395 Como elimina este sistema muchas contradicciones inevitables en el sistema contrario —396 Justa excepción al principio general —397 Ley que debe regir la capacidad de los que han de suceder —398 Derechos de sucesión de los hijos legítimos —399 Solución de la cuestión con arreglo a las leyes inglesas —400 Derechos de sucesión del hijo adoptivo o natural —401 Para la adquisición de la herencia debe aplicarse la *lex rei sitae* —402 Herencia vacante —403 Principios aplicables a la sucesión testamentaria —404 Opinión de los autores en cuanto a la forma del testamento —405 Doctrina admitida por la mayoría —406. Testamento olografo hecho en el extranjero —407 —Interpretación del testamento —408 Su eficacia y su fuerza ejecutoria

379 La cuestión que nos proponemos resolver es tanto más importante en la práctica, cuanto que las leyes de los diversos Estados difieren bastante sobre muchos pun-

tos fundamentales El derecho de sucesión debe pertenecer a personas determinadas con exclusión de las demás, y, según que se admita una ú otra de las leyes que pueden aplicarse, resultará el respeto o la violación del derecho de propiedad y de los derechos de los individuos que, por sus títulos particulares, fundados en sus relaciones especiales con el difunto, deben ser llamados a recoger la herencia

Es verdad que, auxiliándose la ciencia del derecho de las demás ciencias sociales, ha esclarecido en nuestros días la naturaleza del derecho de propiedad y del de sucesión, resolviendo casi completamente el problema de su origen, e indicando los mejores principios porque debe regirse su ejercicio, pero a pesar de esto, las disposiciones del derecho positivo en materia de sucesión están en desacuerdo, y parece imposible establecer un derecho común. El derecho de sucesión está estrechamente ligado al de familia, que no puede ser el mismo para los diversos pueblos que se encuentran en condiciones diferentes de civilización, de costumbres, de tradiciones y de usos, y á causa de los diversos elementos geográficos, etnográficos, morales y políticos, que influyen en el desarrollo de su vida íntima. Puede esperarse, y otros lo deseamos, que algunos Estados, entre los cuales se han conservado hasta nuestros días las tradiciones de los tiempos bárbaros y de los tiempos feudales, corregirán esta parte interesante de la legislación, poniéndola en armonía con los resultados de la ciencia moderna, y que, por consiguiente, la base y el fundamento de las leyes diversas que rigen el derecho de sucesión, serán cada vez más conformes a los principios de la filosofía, del derecho y de la ley natural, pero no podrá realizarse nunca la uniformidad per-

fecta y la cuestión propuesta tendrá siempre una gran importancia práctica

380 Hallamos, en efecto, que solo algunas legislaciones, siguiendo la doctrina de los sabios jurisconsultos romanos, reconocen la sucesión legítima y testamentaria, y conceden la preferencia a ésta sobre aquella así lo dispone el Código Civil italiano, según el cual se adquiere la herencia ó por la ley ó por el testamento, de suerte que no se admite la sucesión legítima, en todo ó en parte, sino cuando falta la sucesión testamentaria (art 720) Otros, por el contrario, reconocen la sucesión legítima. Esto hace, por ejemplo, el Código de Napoleón, que, consagrando los principios admitidos por las antiguas costumbres de Francia (1) y las ideas aceptadas por la sección legislativa (2) establece como principio que la cualidad de heredero, no puede ser atribuida por testamento. Para evitar toda ejecución, y dar a conocer que los efectos atribuidos

---

1 La máxima del Derecho consuetudinario era la siguiente. La institución de heredero no ha lugar, *Hæredes, Gignuntur non scribuntur*. V Simaco, epis, 1<sup>a</sup> 15, Loisel, Institut cons, lib 2º, tit IV, regla 5, Laboulaye, *Derecho de propiedad*, Troplong, Douac

2 En la memoria dirigida al tribunado en nombre de la sección legislativa, se expresa Chabot en los términos siguientes «Antes del establecimiento de las sociedades civiles, era la propiedad más bien un hecho que un derecho. La naturaleza ha dado la tierra en común a todos los hombres, no ha asignado a cada uno tal o cual porción. La propiedad particular no podía, pues, tener otro origen que el derecho del primer ocupante o el derecho del más fuerte, solo duraba por la posesión, y la fuerza podía también destruirla. La sociedad civil es la única y verdadera fuente de la propiedad pero si el hombre en el estado natural no tenía derecho de propiedad, no podía trasmitirla cuando moría, porque no puede trasmitirse lo que no se tiene. *Luego la trasmisión de los bienes por sucesión no es de derecho natural, sino de derecho civil*» Sesión del 26 germinal del año XI

por el derecho romano al título de heredero testamentario, eran enteramente suprimidos por el Código de Napoleón, se estimó oportuno agregar al proyecto del art 1,002 (1) Con el testamento solo pueden hacerse, según el sistema francés, legados y donaciones

Aun hay Estados menos avanzados en la civilización, que conservan la costumbre de los antiguos pueblos de Oriente, según los cuales, la propiedad de la tierra pertenecía exclusivamente al soberano, y la posesión precaria á los súbditos Tal sucede, por ejemplo, en Turquía, cuando un individuo muere sin hijos varones, el gran sultán tiene la propiedad de los bienes, y las hijas el usufructo (2) En los demás Estados, por mas que hayan avanzado bastante por la vía del progreso, estan todavía muy vivos el régimen feudal y las tradiciones esto sucede en Inglaterra en donde la organización de la propiedad y de la sucesión llevan todavía el sello del feudalismo La máxima que dice que el rey es dueño soberano de todas las tierras del reino, y que nadie puede poseer una parte del suelo si no presta juramento de fidelidad al soberano, está completamente en vigor en la Gran Bretaña y por esto es por lo que el extranjero no puede suceder en los bienes inmuebles allí situados, si antes no tiene la naturalización, siquiera sea la incompleta (Denizen) Todavía en la actualidad se llama el objeto de la propiedad *tenement*, al poseedor *tenancier*, y al modo de la posesión *tenure*, y según una costumbre muy antigua, que se remonta hasta los reyes dinamarqueses, en ciertos lugares toma el señor,

---

1 Dalloz, *Repert*, V *sucesion*, num 55

2 Dalloz, id id, Montesquieu, *Espíritu de las leyes*, lib V capítulo XIV

en la sucesión de un *tenancier*, un objeto mueble cualquiera, a su elección, como signo de su derecho señorial (1) Hay, en fin, leyes que por una extraña confusión del elemento religioso y del civil, niegan la sucesión a los que abjurran su propia religión. Esto sucede, por ejemplo, en Suiza, en donde en virtud de una disposición inspirada por la intolerancia religiosa, se excluye de la sucesión al que abjura el luteranismo, a no ser que vuelva á la verdadera fe, o que obtenga una gracia del soberano en los cinco años siguientes a su abjuración (2)

381 Haciendo abstracción de esta anomalía y de algunas otras que desaparecerán ciertamente por los progresos de la civilización, es indudable que el orden en que los herederos son llamados á suceder, su grado respectivo, la parte hereditaria correspondiente á cada uno, la mayor ó menor extensión del derecho de representación, los derechos del hijo natural, del conyuge superviviente y de los sucesores irregulares llamados a falta de heredero, la manera de adquirir la propiedad y la posesión de la herencia, son y serán diferentes, según las leyes diversas, y no podrá llegarse nunca á la uniformidad perfecta, porque la determinación de todas las cosas antedichas dependen, en gran parte, de la manera de apreciar ciertas tendencias del corazón humano, del espíritu de familia, y de la consideración mayor ó menor que merezcan las relaciones personales de los futuros herederos con el difunto

---

1 Lalla, *Derecho inglés*, Westoby, *Resumen de la legislación inglesa* Blactson Comentario, John Rand Bailay, *Manual práctico de procedimiento inglés*, 1873, p 128 y sig

2 *Código suizo*, cap 7, art 4º

Lo que a nuestro juicio puede realizarse, y debería ser objeto de las investigaciones de los jurisconsultos de todos los países, es que todos los Estados aceptasen un derecho común, que tendiera a resolver de una manera conforme los conflictos que se produjesen en el caso de sucesión de los extranjeros. Para esto hay que hacer abstracción de ciertos sistemas antiguos, de las ideas preconcebidas, de los principios exagerados de la independencia de cada Estado en sus relaciones con los demás, y estudiar profundamente la verdadera naturaleza del derecho de sucesión, para determinar, según la esencia de esta relación, el límite de cada una de las leyes que se encuentran en conflicto. Nosotros hacemos votos porque el problema sea amplio y formalmente discutido, y, porque cualquiera que sea la doctrina que se adopte para resolver los conflictos, se acepte como derecho común por todos los Estados, sea en tratados, sea en un solo convenio internacional, ó promulgando una ley especial a imitación de Italia, tanto más, cuanto que la mayor parte de los sistemas consagrados por las diversas leyes y por la jurisprudencia de diferentes Estados, lesionan gravemente los derechos de los llamados á suceder y la voluntad presunta del difunto.

382 El mas antiguo sistema, fundado en la más irracional exageración del derecho del soberano territorial, con detrimento de los extranjeros, es aquel que conduce á negarles absolutamente todo derecho de sucesión. Este sistema, que ha formado alguna vez el derecho común de todos los Estados de Europa, ha sido sucesivamente abolido por la mayor parte de las legislaciones modernas, como hemos dicho, pero está en pleno vigor en Suiza y en otros Estados por reciprocidad.

dad (1) En la introducción de su Tratado de la sucesión, lo justifica Pothier con el razonamiento siguiente «El derecho de sucesión, tanto activo como pasivo, es de derecho civil, puesto que la ley civil es la que concede ó difiere la sucesión del difunto, y la que llama las personas que deben recogerla Resulta de aquí, que sólo los ciudadanos que gozan de la vida civil son los que tienen derecho á trasmittir su sucesión (2)

En realidad, la teoría de que la sucesión, tanto activa como pasiva es de derecho civil, es tradicional en Francia. Fue aceptada por los jurisconsultos que han escrito mientras que el derecho consuetudinario estuvo en vigor (3), fué también valurosamente defendida en la Asamblea nacional de 1790 por Mirabeau, por Robespierre y por Troncet (4), fué sostenida ante el Consejo de Estado durante la discusión para la compilación del Código Napoleónico, y afirmada de una manera precisa en el mensaje dirigido al Tribunado en nombre de la sección legislativa (5), y no han faltado eminentes jurisconsultos que la han reproducido también en tiempos posteriores (6)

383 No hay, pues, por qué admirarse de que en Francia se haya aplicado con tanto rigor el derecho de Auban



1 Código suizo, cap XV y ley de 8 de Diciembre d 1818, para los demás Estados V los *Preliminares* de esta obra, cap II, num 10 y sig

2 *Tratado de la sucesion*, cap I, sec 1<sup>a</sup>

3 Loysel *Instit consuet*, lib 2, tit IV, regla 5<sup>a</sup> Glaville *Delegobus anglie*, Dupin y Laboulay, t I, 298, la Ferriere, *Historia del Derecho frances*, t II, p 88 y 521

4 *Historia parlamentaria*, t IX

5 Chavot, mensaje al tribunado, sesión del 26 germinal del año XI

6 Merlin, *Beper Vº testamento Touller*, *Codigo civil*, t V, § 343, Gremier, *Discurso historico sobre la legislacion antigua*.

na, que declaraba al extranjero incapaz de suceder y trasmítir *ab intestato* y por testamento los bienes situados en Francia (1), y por más que la Asamblea nacional, por la ley de 6 de Agosto de 1790, y más bien por el decreto de 8 de Abril de 1791, haya declarado á los extranjeros capaces de suceder y de trasmítir en Francia, dando el Código de Napoleón un paso hacia atras, volvió indirectamente al derecho de Aubana. El art 726 está concebido en estos términos «El extranjero no es admitido a suceder en los bienes que un pariente, francés ó extranjero, posea en el territorio de la República, sino en el caso y de la manera que un francés o extranjero, con arreglo a las disposiciones del art 11, á titulo de goce de derechos civiles» El art 912 se expresa en los términos siguientes: «No podrá disponer en favor de un extranjero, sino en el caso en que éste pudiese disponer en beneficio de un francés»

Estos dos artículos, combinados con el 21, no han quitado al extranjero la capacidad de trasmítir, sino solo la de suceder, a no ser que se realicen las condiciones expresadas por el legislador, las cuales están formuladas por la jurisprudencia de un modo tan riguroso (2) que por punto general se declaraba caduca la herencia, y volvían los bienes al fisco. Así, pues, aunque la confiscacion directa

---

1 Fauard *Repert*, Vº *Anbana*, Tribunal de casacion, rej 2, Praix, año IX Sirey, l, 1, 442

2 Chabot, *Sucesion* sobre el art 726, t I, num 10 Demante bis, y tomo III, num 33 bis, Duranton, t I, num 84 y t VI, num 82, Toullier, tomo II, num 102, Demangueat, *Condicion de los extranjeros*, p 286, Rodiere, *Rebista de legislacion*, t I, 1850, p 182 Cas an 24 de Agosto de 1808 (Huseman), cas 1º de Febrero de 1813 (Tarcinno), Reg, 9 de Febrero de 1831 (Raggio), Douai, 1º de Mayo de 1819 (Rohan), Pasier

no estaba autorizada, como en el derecho de Aubana, se llegaba á la confiscación indirecta por medio de la aplicación de los dos artículos citados

Creemos oportuno poner aquí de relieve la gran injusticia de hacer depender de los tratados el derecho de sucesión, pues aquellos son susceptibles de revocación, y tanto mas cuanto que la verdadera razón por la que se impone como condición la reciprocidad diplomática, surge de las palabras siguientes pronunciadas por M *Thilhard*, en el cuerpo legislativo, en la discusión del art 11. «Habr. que convenir por lo menos, en que el principio de la reciprocidad, con arreglo á los tratados, *tiene esta ventaja real* q es cuando aquellos se suspenden por una declaración de guerra, cada pueblo queda libre para tomar por regla única de su conducta en estos críticos instantes, el *interes del momento* (1)

384 Posteriormente han sido derogadas las injustas disposiciones contenidas en dichos artículos por la ley de 14 de Julio de 1819 (2) que se tituló con razón «Ley relativa á la abolición del derecho de Aubana, y de detraccción,» pero esta ley no ha consagrado los verdaderos principios, ni podía verificarlo, porque ha sido dictada por el interés y no por sentimientos de justicia y de humanidad. El mismo ministro de Justicia lo declara en la exposición de motivos de la nueva ley «No es por un movimiento de *generosidad* por lo que deseamos borrar las diferencias

---

1 Locré, *Legislación civil*, t IV

2 La ley de 14 de Julio de 1819, se ha hecho extensiva a las colonias francesas por la ordenanza de 21 de Noviembre de 1821, salvo la reserva contenida en el edicto de Julio de 1783 (Demolombe, *Sucesiones*, t I, número 212

relativas á las sucesiones y a las traslaciones de dominio,  
*sino por cálculo (1)* »

La ley de 1819 ha reparado una injusticia aunque lleva solo por mí y no hara favorecer los intereses materiales de Francia, teniendo por objeto proteger los intereses de los extranjeros. Hales concedido de una manera absoluta y general el derecho de suceder, para evitar que retirasen sus industrias y sus capitales de Francia donde estaba vigente una ley que no les permitía disponer de ellos, pero establece a la vez que deberan suceder del mismo modo que los franceses los extranjeros tendran derecho de suceder, de disponer y de recibir de la misma manera que los franceses. Partiendo de esta maxima y de la doctrina de la realidad del estatuto sucesorio, han concluido que el orden de la sucesion de los extranjeros deberá ser regido exclusivamente por la ley francesa cuando los bienes se hallen en Francia, y por consiguiente, el extranjero, por más que sea llamado a suceder según la ley de su país, no sucede en Francia cuando es excluido según la ley francesa, y reciprocamente. Por esto se ha decidido que un padre extranjero que según su ley, sería único heredero de su hijo, con exclusion del abuelo materno, no excluye a éste cuya sucesión está abierta en Francia (2) con arreglo á los arts 733 y 746 del Código de Napoleón

385 En realidad, la teoría es que la sucesión debe re-

---

1 Sesión de 4 de Mayo de 1819 en la Camara de los Pares, Locré, v. c. t X, p 501

2 Cas 21 de Julio de 1851 (Gurcel), Suey, 185, 1, 1, 685 Rej 31 de Diciembre de 1850 (Marineti) Pasicrisis, Cas, de 14 de Marzo de 1837 (Stewart) Pasicrisis Confróntose Demolombe, *Sucesion*, t I, n.º 196; Demante, sobre el art 3, (t I, p 49 y sig)

girse por la *lex rei sitæ* no puede titularse una doctrina francesa, es, por el contrario, la base y el fundamento de la jurisprudencia internacional, y es defendida con muchos argumentos por los sabios de diferentes países. No nos detendremos á referir las opiniones de los escritores de los siglos XVI y XVII, cuyo relato creemos inútil. Binkershock, escribia: «*Inmobilia enim deferri ex juri quod obtinet in loco rei sitæ adeo hodie recepta sententia est ut nemo auxit contradicere* (1) y Rodemburgo *Jus rebus sucedendi inmobilibus semper a loco rei sitæ metiendum* (2),» y P. Voet, «*Quid si circa sucessionem ad intestato statuturom sit diformitas? Spectabitur loci statutum ubi inmobilia sita, non ubi testator moritur* (3) »

Todos los autores antiguos y modernos que han admitido la distincion conocida entre los estatutos reales y los personales sostienen que la sucesión de los inmuebles debe ser regida por la *lex rei sitæ*, porque el estatuto sucesorio es un estatuto real. La última consecuencia de su teoría es que, sin distinguir si se trata de sucesión a título particular ó universal, es necesario admitir tantas sucesiones cuantos son los países diferentes en los que se hallan los bienes inmuebles del difunto. «*quod sunt bona diversis territoriis obnoxia totidem patrimonia intelliguntur* (4), *Inmobilia, dice Juan Voet, deferri secundum leges*

1 Sinkerhoet, *Quæst, privat, jur*, libro 1º, cap 16, pág 180

2 *De divers stat*, tit II, parte 2º, cap II, § 2, Boulenois, *Apéndice*, 1, II, p 59

3 Voet, *De stat*, § 9, cap I, num 34. Confróntese J. Voet, *Ad Pand, lib 38, tit XVII, num 34, Sande, Decis, fris, lib IV, tit VIII Def 7, Boulenois Observ 33, Burge, Comm On colon and foreing law*, parte 2º cap IV, § 5, Story, *Conflic of law*, § 483, Fœlix, I, c, num 16 y sig

4 Fœlix, num 66, cita muchas autoridades de la mayor parte de los escritores que aceptan esta doctrina

«loci in quo sita sunt, adeo ut tot censeri debeant diversa patrimonia, ac tot hæreditates, quot locis diverso jure utentibus immobilia existum [1]” Fœlix Demanguect, Schæffner, Story, Burge, Zacarias, Rocco, Demolombe y otros autores modernos, distinguiendo la sucesión mueble de la inmobiliaria, admiten también un orden diferente de sucesión<sup>1</sup> [2], y sobre estos principios es sobre los que se ha fundado la jurisprudencia de los tribunales de los diferentes países [3]

386 Acéptase, como regla general, que la sucesión mueble del extranjero debe regirse por la ley del domicilio actual del difunto, en virtud del principio que las cosas muebles acompañan á la persona del propietario, y son consideradas, por una ficcion jurídica como existentes siempre en el domicilio. Todos los autores antiguos que hemos citado, y la mayor parte de los modernos, admiten esta teoría «Mobilia, dice Voet, certum locum non habent, quia facile de loco in locum transferuntur, adeo que secundum loci statuto regulantur ubi domicilio habuit defunctus (4)» y Zacarias se expresa casi del mismo modo «La opinión mas generalmente seguida en la práctica judicial francesa considera como regla que la sucesión de un ex-

---

1 Voet, *Oomm ad Pand*, lib 38 tit XVII, num 34

2 Fœlix, 1 c, *Demangeat, Condicion de los extranjeros*, p 337, Schæffner, *Derecho internacional privado*, § 132, num 2, Story, § 483, Burge, parte 2<sup>a</sup> cap IV, Zacarias, *Derecho civil*, Aubry y Rau, § 31 (número 3) y nota, Rocco, *Derecho civil internacional*, parte 1<sup>a</sup>, cap XXV, Demolombe, *Tratado de la publicacion de las leyes*, num 91

3 Cas Fran, 8 de Diciembre de 1840 (Wattelet) Dev 1, 56 Cas de Diciembre de 1843 (De Bussingen), Dev 44, 1, 74 Véase Story, § 448, 485 y 479, Kames, *On equity*, lib III, cap VIII § 3

4 Voet, *De stat* § 9, cap I, num 8, Voet and Pand, t I lib 2, titulo IV

tranjero es regida, aun respecto á los muebles corporales é incorpórales que ha dejado en Francia por la ley de su país, y que con arreglo á esta misma ley es como se determina, relativamente á estos muebles, el total de la cuota imponible (1),» La jurisprudencia ha confirmado ampliamente este principio (2), y la francesa, en particular, ha decidido que si los inmuebles situados en país extranjero han sido vendidos y su precio trasportado á Francia, la sucesión debe regirse por la ley francesa, porque el precio es en realidad una cosa mueble (3) No ha habido más que un autor que, habiendo demostrado que es quimérica la distinción entre las cosas muebles y las inmuebles bajo la relación que debe regir los derechos de sucesión, no admite para las cosas muebles la excepción aceptada por el mayor número, y sostiene, por el contrario, que la sucesión, tanto inmueble como mobiliaria, debe regirse por la *lex rei sitae* (4)

387 Diversos han sido los argumentos con que se ha querido justificar este principio *quot sunt bona diversis territoriorum ab nosia, totidem patrimonia intelliguntur* Se ha querido confirmar esta teoría por la autoridad del Derecho romano, y se han citado muchos textos por los autores antiguos (5) Hace dicho también que, á falta de un convenio internacional concerniente a la ley que debe regir la suce-

---

1 L c § 31, num 3, h

2 Merlin, *Repetit v leyes*, § 6 num 3 París, decreto 1º de Febrero de 1836, Dev, 36, 11, 174, idem 3 de Febrero de 1838, *Journ du Pal* t VII XXXI, p 249

3 Rion 7 de Abril de 1835 (*Onslou*) Pasir

4 Dragoumis *Condicion de los extranjeros*, p 86

5 L 19, § ultimo, Dig *De judicis*, 1 84, § 10, Dig *De legatis*, 1, 1,240 § ultimo, de v s, 1 1, 2, 3 *Cod Ubi in rem actio*, 1 unic, *Cod Ubi de hered*

sión de los extranjeros, y en la imposibilidad de suponer un convenio tácito para preferir la ley personal en caso de sucesión, como resultó de la gran divergencia de opiniones entre los autores y los tribunales, debe hacerse prevalecer el principio general que la ley de cada Estado rige los bienes situados en su propio territorio. Otros, fundándose en el principio del Derecho romano, que la petición de la herencia debe hacerse ante el tribunal del lugar en donde se hallan los inmuebles, han deducido de aquí que no puede sucederse *ab intestato* en los bienes inmuebles que, conforme a la ley de este tribunal, como si se pudiera demostrar rigurosamente que todo asunto discutido ante tal ó cual tribunal debiera ser decidido, en cuanto al fondo ~~en~~ la naturaleza de la causa, con arreglo á la ley del lugar ~~en~~ donde se sigue el proceso. El argumento más fuerte desarrollado de diversos modos por la mayor parte de los escritores franceses (1), se deduce de la estrecha relación que existe entre la ley de sucesión y el principio político de cada Estado. «Toda ley de sucesión, dice Demangeat, es una ley política, una ley que interesa al orden público, el derecho privado, en materia de sucesión se ajusta siempre á los datos del sistema de gobierno vigente, y según que éste es un gobierno de privilegio ó un gobierno nacional, así vemos reinar en la ley de sucesión la idea de privilegio ó la ley de igualdad. Basta para convencerse de ello echar una ojeada sobre las diferentes leyes de sucesión admitidas en Francia en las

---

1 Rodier, *Revista de Legislación*, 1850, t I p 180 y sig, Demolombe, t I, num 91, Dragoumis, 1 c Com Grenoble, 25 de Agosto de 1848 (Chantem) Dev 1849, 11, 257, Demangeat, *Revista práctica de derecho francés*, t I, 1856, p 63

diversas épocas de nuestra historia, todos aparecen de una manera más o menos patente como instrumentos de que se ha servido el soberano para hacer predominar tal o cual gran principio de organización política y social. Hay, por consiguiente, un interés público en que nuestra ley francesa rija toda sucesión que deje en Francia cualquier persona (2)

Las razones adoptadas por Aubry y Rau en apoyo de la teoría de Zacarías son muy análogas á las ya citadas. El territorio, dicen éstos, forma la base material del Estado cuya existencia se halla íntimamente ligada á la suerte de los inmuebles que componen este territorio, y, por consiguiente, ningún legislador podrá consentir en someter los inmuebles situados en su país á las prescripciones de una ley extranjera. Este principio, que se aplica á toda transmisión de inmuebles á título particular, debe valer también para la devolución á título universal de una universalidad de inmuebles. No puede decirse que el patrimonio, que no es un objeto exterior y que se confunde con la persona del propietario, debe regirse por la ley personal de este último, puesto que no se puede, en la transmisión del patrimonio, hacer abstracción de los objetos que de él dependen. Es verdad que para el arreglo de las sucesiones tiene el legislador ordinariamente en cuenta las afecciones naturales y presumidas del hombre, pero esta consideración es secundaria. Las miras políticas, las razones de interés social son las que dominan principalmente en esta materia, lo cual es un motivo más para excluir toda aplicación de una ley extranjera (1)

---

2 Demangeat, *Condición de los extranjeros*, p 337

1 *Tratado de Derecho Romano*, t VIII, p 291 (Trad Gen)

388 No negamos que los argumentos de que hemos hecho mención anteriormente merecen toda consideración, y por esto los hemos reproducido, sin quitarles nada de su fuerza, pero esto, no obstante, no podemos participar de la opinión de los autores que acabamos de citar. No nos detendremos aquí á discutir si en el estatuto sucesorio prevalece la realidad ó la personalidad, porque en nuestro sistema, semejante discusión tiene una importancia secundaria. Ya hemos demostrado que las ideas de personalidad y de realidad son por sí mismas indeterminadas, y que debe abandonarse completamente en nuestros días la doctrina de los estatutos, como insuficiente é incompleta (1), y sólo queremos hacer notar que, mientras muchos autores sostienen que la sucesión debe regirse por la *lex rei sttæ*, porque el estatuto sucesorio es real, Sapigny (2) y otros son de parecer contrario, y se apoyan en la personalidad del estatuto, lo cual confirma lo futile de los argumentos deducidos de la personalidad y de la realidad.

El mejor razonamiento es el que se funda en la relación íntima entre la sucesión y el principio político, económico y social de cada Estado. Este argumento tendría quizá un valor decisivo si el sistema hereditario moderno y el régimen de la propiedad fuesen los mismos que en tiempos del feudalismo. Puede aun tener valor en los Estados que conservan siempre vivas las tradiciones feudales, pero no puede invocarse de una manera general é indeterminada contra los resultados de la ciencia moderna y los grandes cambios que ha sufrido en las sociedades políticas la no-

---

1 Aubry y Rau, nota 43, al § 31 de Zacarías

2 Véase el libro 2º, sección 1º, cap 1

ción de la soberanía, de la propiedad y el sistema hereditario

389 En el sistema hereditario feudal, no era la sucesión un asunto de derecho privado, sino de derecho político, y tendía a hacer permanentes e inmutables las relaciones entre los poseedores de la tierra y sus señores feudales, era la aplicación de los principios, mediante los cuales llegó a negarse la libertad política, la libertad civil y la verdadera propiedad. Habiéndose convertido, en efecto, los propietarios en vasallos y subvasallos, solo tuvieron la posesión de la tierra por concesión del señor, y bajo este punto de vista su antigua propiedad se convirtió en usufructo. Era muy natural que el vasallo que no tenía un verdadero derecho de propiedad, sino un simple derecho de investidura, no pudiera nombrar su sucesor. El heredero era, pues, invariablemente impuesto por el señor con arreglo a la ley del país y a la naturaleza del feudo, independientemente de los lazos de familia y de los sentimientos naturales del difunto. De aquí dos consecuencias: la primera, que nadie podía heredar si no era vasallo ó subvasallo, y por consiguiente, que los bienes del extranjero fuesen declarados vacantes y devueltos al señor, la segunda, que nadie podía suceder sino ajustándose a la ley del país en donde se hallaban situados los bienes.

390 Si aun estuviese en vigor ese sistema, comprendíamos perfectamente la idea de Aubry y Rau, a saber que el territorio forma la base material del Estado, cuya existencia se halla de este modo intimamente ligada a la suerte de los inmuebles, y la de Demangeat, que toda ley de sucesión es una ley política. Pero la ciencia y la filosofía han modificado esencialmente la noción de la propiedad feudal, y reivindicada la libre disposición del patrimonio del

hombre, no es ya posible justificar la omnipotencia del soberano territorial, y afirmar de una manera vaga que toda ley de sucesión es una ley política. También admitimos nosotros que el principio político, económico y social que preside a la organización de cada Estado, se revela en las leyes de sucesión, pero no puede concluirse de aquí que toda ley de sucesión sea una ley política, como si la sucesión no fuese una institución civil, y como si no fuese, según los principios de derecho, como debe arreglarse la libre trasmisión del patrimonio del hombre.

La ley de sucesión va unida al principio político y económico del Estado, como todas las demás instituciones jurídicas, revelan más ó menos directamente el principio político y social sobre que la Constitución del Estado se funda. El derecho civil de cada pueblo es, en efecto, una emanación y una aplicación directa del derecho político; es la síntesis de la ley natural, armonizada con los principios políticos, económicos, sociales y morales que rigen este Estado, y por esto es por lo que los sistemas de legislación positiva deben ser diferentes, según son diversas las constituciones políticas de los Estados. ¿Pero querrá concluirse de aquí que cada Estado debe aplicar sus propias leyes también a los extranjeros y arreglar su sucesión? Nosotros somos de parecer contrario, porque la soberanía y el Estado no son objetos fundados en combinaciones territoriales facticias, y cuando no se perjudica el principio político y económico, con arreglo al cual se organiza la propiedad, nada impide que el extranjero suceda en los bienes que le pertenecen con arreglo a la ley á que está naturalmente sometido.

391 Los que sostienen la opinión opuesta hacen notar, además, que la ley de sucesión es una institución civil y

que no puede ser válida fuera de los límites del territorio en que ejerce jurisdicción la autoridad de donde emana. Este es, en verdad, el falso punto de partida de donde proceden todas las falsas teorías sobre esta materia, y es un problema importante que habría que resolver para ventilar radicalmente la cuestión. No es posible detenernos en detalles sobre esta materia, pero es indudable que la ley que defiende el predominio de la *lex rei sitae* en cuestión de sucesión, debe ser considerada como una derivación de la escuela, muy numerosa por cierto, que cuenta partidarios aún en nuestros días, y que se ha esforzado en negar el origen natural del derecho de sucesión (1).

Nosotros pertenecemos a la escuela que, remontándose á la doctrina de los sabios jurisconsultos romanos, considera los derechos de propiedad y sucesión como inseparables uno de otro, é igualmente perfectos, y que los hace derivar de la naturaleza misma de las cosas que de un beneficio de la ley civil. Admitimos, pues, que la propiedad es el complemento necesario de la personalidad humana, y que el elemento esencial que caracteriza la propiedad, es el de poder disponer libremente de ella según nuestros propios intereses y nuestras propias inclinaciones, que todos tienen el derecho absoluto de disponer de su propiedad, que toda limitación a este derecho legítimo,

---

1 Gawa *Ensayo sobre el verdadero origen del derecho de sucesión*, Platón, *Dial*, de las leyes, Aristoteles, *Política*, 2, 8, Puffendorf, *De jure naturati et gentium* lib 4º cap 10, § 4, Coccejus, *Observaciones sobre Grotio*, lib 2º, cap 7º, § 14, Tomasius, *De orig. suces. test* 3, 12, 32, Vinqueihoeck, *Observ.*, lib 2º, cap 2, Tronchet, sesión del 7 lluvioso, año 11, Toullier, *Código civil*, tit V, § 343, Gieniei *De on Den test*, Disc *Histor*

ofende la personalidad humana en una de sus mas justas prerrogativas, que para esto, el derecho de sucesión es un verdadero derecho del individuo considerado en sus relaciones jurídicas naturales, que, por ultimo, la intervención de la ley solo puede justificarse como una excepción y como basada siempre en la voluntad presunta del difunto. Si, pues, todo debe depender de la voluntad del propietario para diferir entre las leyes diversas, la que debe preferirse, es necesario indagar cuál es la que puede revelar más directamente la voluntad presunta del difunto.

392 Colocando el problema bajo este punto de vista, no es ociosa la solución. El derecho de sucesión pertenece al individuo considerado en sus relaciones jurídicas y naturales. Puede ejercerse libremente, mediante un acto de libre voluntad, por el que el propietario, en un momento cualquiera de su vida, dispone de la distribución y de la administración de su patrimonio para el momento de su muerte. En tal caso, pertenece a la ley bajo la cual vive civilmente, al individuo, dar a conocer y garantir este derecho. Cuando un individuo muere sin testamento, su sucesión es deferida por la ley, que es considerada como el testamento presunto del difunto, no porque esta voluntad presunta pueda ser considerada como un hecho cierto para una persona determinada, para sus relaciones individuales, sino porque cada derecho positivo adopta la presunción general que le parece más apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia y a las tendencias naturales del difunto. Siendo esta presunción diferente, según las diversas leyes positivas, no puede concebirse que el difunto tenga, en un caso determinado, tantas voluntades presuntas cuantos son los lugares diversos en que se hallan sus bienes, o que tiene tantas voluntades opuestas, lla-

mando como su heredero, para los bienes situados en un país, aquel que ha sido excluido para los situados en otro diferente, sino que es necesario admitir, por el contrario, que ha adquirido que su sucesión sea regida por una ley única, a saber aquella a que estuvo él mismo sometido durante su vida

393 Esta opinión está conforme, en esencia, con la de Savigny y con la de Mittermaier, y está en vías de adquirir gran prestigio en Alemania, hasta el punto de ser ya aceptada por la mayoría de los autores alemanes, sobre todo, desde que Menken la ha sostenido con valiosos argumentos [1] Los románistas la defienden apreciando la naturaleza de la sucesión según la idea romana. El patrimonio, dicen, considerado como unidad, es un objeto ideal, en el sentido de que no puede determinarse lo que comprende. Puede componerse de cosas muebles e inmuebles, de derechos particulares, de ciertos y de ciertas, y comprende todos los derechos activos o pasivos de la persona, toda su fortuna, como un conjunto invisible *unus estas juri*. Esta *universitas* representa de hecho la persona del difunto antes de la toma de posesión del heredero, no puede ser considerada en ningún lugar determinado, con preferencia a otro, sino como la continuación de la persona del difunto, y debe ser regida por la misma ley a que la persona se halla sometida

394 Nosotros aceptamos como principio general, que en cualquier lugar que se hallen situados los bienes del

---

1 Savigny, *Tratado de Derecho romano*, t VIII, p 298, y Schaeffner, *Derecho privado internacional*, § 130, citan muchos autores alemanes que se adhieren a la misma opinión

difunto, la trasmisión y atribución de estos mismos bienes deben ser segidas por la ley a que la persona estaba sometida. No admitimos, sin embargo, que esta ley debe ser la del último domicilio del difunto, como quiere Savigny, sino que creemos, por el contrario, que debe siempre aplicarse su ley nacional. Esta última es, en efecto, la ley bajo que vive civilmente la persona, y que debe regir todas las relaciones personales del hombre.

A los argumentos aducidos anteriormente en apoyo de esta teoría, que forma una parte de todo el sistema que hemos desarrollado, vamos á añadir las consideraciones siguientes: "El régimen de la sucesión, tiene numerosas relaciones con el derecho de familia. La comunidad de los bienes, en los tiempos patriarcales y en los Estados primitivos, los fideicomisos y los mayorazgos que se introdujeron en la Edad Media para el principio de conservar la familia, las porciones legítimas que en la mayor parte de los Estados modernos limitan la libre disposición del patrimonio del hombre, y otras instituciones semejantes son derivados de la diversa manera de concebir el régimen económico del patrimonio familiar y los derechos de las personas que les vienen a suceder en este patrimonio. No todas las legislaciones interpretan de la misma manera las tendencias naturales del corazón humano, las relaciones mismas, entre el padre y el hijo, que, bajo cierto punto de vista, son absolutas, han sufrido diversas modificaciones, según que se han tenido más ó menos en cuenta ciertos afectos que pueden hacer concurrencia al de familia.

Las legislaciones, que consideran la familia como una sociedad permanente, como un 'cuerpo colectivo, y á los miembros de la misma familia como co-propietarios del

patrimonio del padre [1], limitan la plena propiedad de disponer y garantizan á los hijos un derecho natural sobre el patrimonio familiar, por el establecimiento de las porciones legítimas. De suerte que, según que se ha dado más ó menos importancia á esta idea de co-propiedad de cada uno de los miembros de la familia, así se ha modificado el régimen de las sucesiones.

Si, pues, todo depende de la vida y del derecho de la familia, ¿cuál es la ley que debe regir la sucesión, si no aquella bajo que la familia misma vive civilmente? ¿Con qué título querrá aplicarse la ley española para arreglar la sucesión de una familia italiana domiciliada en España, mientras se presume que, por no haber renunciado á su patria primitiva, ha conservado esta familia los hábitos, las tradiciones, las tendencias y la vida íntima de nuestros nacionales? Concluimos, pues, de aquí que la sucesión debe ser regida por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trata, sea cualquiera el país en que se hallen los bienes y la naturaleza de éstos (2)

395 La teoría que acabamos de exponer es ciertamente preferible á todas las demás, ya porque está fundada

---

1 «In suis hæredibus evidentius apparem continuationen domini eorum, perducere et nulla vidatur hæreditas fuisse, quasi olim, hi domini essent qui etiam vivo patre quodam modo immuni existimantur » L. 11, Dig., *De lib. et post*, Rosmini, *Filosofia del Derecho, Derecho individual*, libro III, cap. III § 3, Hegel, *Filosofia del Derecho*, § 178

2 Esta doctrina está conforme con la expuesta en nuestra obra de *Derecho internacional* (Milan, 1865), p 137 “La ley de sucesión debe ser reconocida universalmente, porque ninguna nación puede pretender regir los intereses de las familias extranjeras, pero si tales leyes perjudicasen el interés económico y público de la nación donde existen los bienes, no deberá respetarse, porque alteraría el organismo de la propiedad.”

en la naturaleza de las cosas, ya porque satisface mejor las necesidades prácticas, eliminando muchas contradicciones inevitables en el sistema que hemos combatido

Admitiendo, en efecto, tantas sucesiones particulares cuantos sean los territorios en que existen los bienes inmuebles pertenecientes al difunto, puede ocurrir fácilmente que ciertas personas sean llamadas a suceder en los bienes situados en un país, y otras, en los existentes en un país diferente. Supongamos, por ejemplo, que un italiano muere sin testamento, y que tenga sus bienes, parte en las antiguas provincias piemontesas, parte en el cantón del Tesino, parte en la provincia de Niza, y los demás en el Tyrol austriaco. Para determinar los derechos de la viuda sobre los bienes del marido, sería necesario aplicar las leyes de cada uno de los países en donde se hallasen los inmuebles, y habría de hecho cuatro sucesiones diferentes regidas por las leyes de cuatro Estados, que no determinan ciertamente de una manera uniforme los derechos del cónyuge superviviente. Puede, pues, acontecer, que la viuda llamada a suceder por el tercio o por la mitad de los bienes de su marido situados en Italia, sea excluida en cuanto a los bienes existentes en la provincia de Niza, siendo nuestra ley diferente de la francesa.

Sin embargo, si el patrimonio de una persona es una unidad ideal, si la trasmisión debe hacerse conforme a la voluntad presunta del difunto, ¿cómo puede suponerse que la misma persona haya podido tener dos voluntades opuestas en un mismo momento?

Además, para que en el caso expuesto haya cuatro sucesiones y sean distintas entre sí, debía admitirse también, como creen Voet, Burgundius y otros jurisconsultos, que el heredero puede aceptar la herencia en Italia, en Fran-

cia, en Suiza y renunciar a la de los bienes situados en Austria, ó en otros términos, sería necesario hacer legítima la representación parcial del difunto. Esta solución que es una consecuencia lógica en el sistema contrario, ofendería a la naturaleza misma del derecho hereditario y perjudicaría los intereses del tercero. No puede, en efecto, admitirse que, formando la herencia un conjunto individual, como individual era la persona del fallecido, (1) el heredero que representa esta persona solo puede aceptar una parte de esta herencia idéntica. Además, si el heredero podía aceptar a su antojo ciertos bienes y repudiar otros, podría frustrar los derechos legítimos de los acreedores con gran daño de la buena fe y de la lealtad del comercio y de los cambios. Y sin embargo, admitiendo el principio, no se puede, si ha de ser lógico, evitar este gravísimo inconveniente. (2) Si cada ley territorial debe regir separada y exclusivamente los bienes inmuebles existentes en su territorio, y si, en el caso supuesto, no se trata de una sino de cuatro sucesiones distintas y distribuidas de una manera diversa, podría el heredero aceptar una y renunciar a las demás, y reciprocamente.

Es también difícil resolver, con los sistemas que combatimos, las cuestiones relativas a la equitativa distribución de las deudas hereditarias cuando las personas llamadas a suceder son diferentes, según los diversos países, y cuando los inmuebles dados en garantía, existen en puntos regidos por estatutos sucesorios diversos. (3) En cuanto a la obligación de la *colación* y al derecho de *acrecer*

---

1 Zácaras, *Derecho civil*, § 589

2 Voet, *Com ad Pand lib XXX, tit II, num 17*

3 Story, *obr c.t.*, § 489 y sig

pueden presentarse serias dificultades en el sistema contrario cuando los bienes estan situados en países gobernados por leyes diferentes. Puede suceder, por ejemplo, que mientras la ley del país en donde existé una parte de los bienes del difunto, reconoce el derecho de acrecer en beneficio de los co-herederos, la ley del otro Estado en donde existe el resto de los bienes no atribuya la porción vacante a consecuencia de renuncia a otro co-heredero, sino al parente mas proximo, sea por representación, sea en virtud de su propio derecho, ó que dé a los acreedores del renunciante, la facultad de aceptar ellos la parte á que ha renunciado aquel con perjuicio de sus intereses. En estos casos y otros analogos solo tendría lugar el derecho de acrecer, respecto de los bienes existentes en un país y no para los de otro, y así se vería destruida la indivisibilidad del derecho hereditario. Pero si, en donde quiera que existan los bienes del difunto, forman en su conjunto una sola unidad jurídica, si, según el Derecho romano, *hæres et hæreditas, tametsi duas appellations recipiant, personæ tamen vice funguntur*, la ley que rige la sucesión debe ser única, y sera la ley nacional del difunto.

396 A los principios que hemos expuesto, y que deberían ser aceptados por la jurisprudencia internacional, como han sido consagrados por nuestro legislador, es necesario hacer la excepción de costumbre, a saber que la ley porque se rige la sucesión de los extranjeros solo puede ser eficaz en el lugar donde radican los bienes del difunto, en aquello que no ataque al régimen de la propiedad y al interés económico, agrícola ó político del Estado. Las leyes sobre la trasmisión de los feudos, de los fideicomisos y de los bienes sustituidos, no pueden tener efecto en un Estado que haya abolido por completo el régimen he-

reditario feudal Lo mismo puede decirse de las leyes que establecen un régimen privilegiado de sucesión para las familias nobles, ó que sancionan la institución de los mayorazgos y otras analogas Semejantes leyes no pueden denominarse, en rigor, leyes de sucesión, denominación con que designamos las leyes que se ocupan de arreglar, de la manera mas conveniente, la trasmisión de los bienes del difunto y su distribución entre los individuos de la familia, según los derechos de sus miembros y la voluntad expresa ó tacita del difunto En cuanto a las leyes de la trasmisión de los feudos, de los fideicomisos y de los mayorazgos son de naturaleza mixta, excluyen la sucesión testamentaria, la división de los bienes y los derechos de sucesión de la mujer, tienen el carácter de leyes políticas inspiradas por el interés particular de un Estado Tales leyes solo pueden valer en los límites del territorio donde impera la autoridad de que emanan, y cuando se duda que si la ley extranjera llamada a arreglar la sucesión perjudica los intereses de la nación donde los bienes se encuentran, pertenece al magistrado local el resolver la duda, segun ya hemos dicho (t I, núm 28)

397 La capacidad de los que tengan derecho a suceder debe ser, en general, regida por su ley nacional Si esta ley hubiese declarado al heredero instituido, incapaz, ora por causa de muerte civil, ora por herejía, ora por otras razones no reconocidas ni admitidas por la ley del lugar en donde debe recogerse la herencia, no podría el heredero ser excluido de la sucesión (t I n° 50)

398 Sobre la capacidad del heredero puede surgir una importante cuestión, en el caso de un legitimado por *subsiguiente matrimonio ó por rescripto del principio* Si, segun la ley de su patria, el legitimado por subsiguiente matri-

monio está colocado, en cuanto a los derechos de sucesión, sobre el mismo pie que el hijo legítimo, ¿debería ser considerado como tal en el país extranjero donde existen los bienes en que aspira a suceder, aunque esté en vigor en este país una ley diferente de sucesión? Ya hemos expuesto en su lugar oportuno la cuestión relativa al Estado y hemos indicado la ley según la cual debe decidirse si los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio deben o no ser reputados legítimos (1) (I, números 137 y sig.) Aquí sólo debemos hablar de los derechos de sucesión del hijo legitimado, cuando los bienes en que aspira a suceder se hallan situados en países regidos por leyes diferentes

Para resolver esta cuestión, el santo Rocco en la legitimación, la calificación personal de los efectos que esta produce, y cree, que para definir si un individuo tiene o no la calidad de hijo legitimado, debe tenerse en cuenta su ley personal pero que para sus derechos a la sucesión y para la extensión de estos mismos derechos debe aplicarse la ley del lugar en donde se encuentran los bienes. Afirma que la calidad de los herederos, el régimen de las sucesiones y la repartición de los bienes tienen una íntima relación con el estatuto real, y deduce de aquí, que deben depender exclusivamente de la sucesión del territorio (1)

No participamos de esta opinión. Es cierto que pertenece a la ley nacional definir cuando el ciudadano es hijo legítimo, ilegítimo ó legitimado. La calificación personal que se deriva de la legitimación de la primogenitura, no

---

1 *De derecho internacional*, parte 1<sup>a</sup>, cap YXIII

puede, en verdad, ser considerada como una cualidad abstracta, pero debe serlo como una importante modificación de estado, que cambia las relaciones jurídicas existentes entre el hijo y el autor de sus días, y les atribuye ciertos derechos y ciertas obligaciones reciprocas, de suerte que el hijo legitimado, equiparado al hijo legítimo por una ficción jurídica, debe ser considerado como tal en todo lugar, en todas sus relaciones con su padre, como si hubiera nacido durante el matrimonio

En el caso en cuestión, la actitud jurídica para gozar de los derechos de sucesión, nace inmediatamente del estado de la persona, y puesto que no pertenece a la *lex ieiustae* el determinar este estado, no puede depender de ella la determinación de los derechos del hijo legitimado a la sucesión, ni la medida y extensión en que puede ejercitártlos

Ya hemos demostrado que, a falta de voluntad expresa, los bienes del difunto deben tránsmitirse con arreglo a las disposiciones de la ley de su patria, con tal que no perjudique los intereses de la soberanía territorial. En nuestra manera de ver, no debe el heredero pedir la cualidad de tal heredero legítimo a la *lex ieiustae*, sino que para suceder en los bienes de su padre existentes en país extranjero, debe presentarse con dicha cualidad. Por mas que "*huius legitimus est quem, iusta nuptiae demonstrant,*" sin embargo, por una justa ficción legal, admitida por la ley de su patria, los hijos nacidos antes del siguiente matrimonio, *finguntur ex justo matrimonio nati*. Si el legitimado es, pues, de pleno derecho heredero legítimo con arreglo a su ley nacional, y si la capacidad de los herederos debe ser regida por esta misma ley, debe concluirse que

los derechos sucesorios del legitimado deben ser universalmente reconocidos

En lo que concierne á la legitimación por rescripto soberano, admitimos los mismos principios. En efecto, por mas que podría opinarse que, dependiendo de una concesión por gracia de la autoridad soberana, no pueda valer sino en los límites en que ésta ejerce jurisdicción, sin embargo, habiendo admitido ya que debe considerarse como legítimo todo individuo que es declarado tal por la ley de su patria, no podemos hacer ninguna distinción, ya sea que la legitimación proceda de una disposición general, ya de un acto concreto de la autoridad pública. Siempre que sea válida según la ley nacional del legitimado, debe serlo también universalmente, aun para los derechos sobre los inmuebles pertenecientes al padre difunto.

Admitiendo la teoría de Rocco, es decir que la ley personal confiere al legitimado la aptitud abstracta, y la *lex rei sitae* el derecho concreto de gozar de la sucesión, seguiríase de aquí que el legitimado podría ser heredero legítimo en cuanto a los bienes muebles y no en cuanto a los inmuebles. Podrá también dudarse que los hijos legítimos nacidos de un matrimonio civil, que se presentan como herederos legítimos para suceder en los bienes de su padre situados en otro Estado que no admitía más que el matrimonio religioso, pueden ser excluidos de la sucesión porque carecían de la cualidad de herederos legítimos segun la *lex rei sitae*. Estas consecuencias y otras semejantes trastornan toda la doctrina de la legitimidad.

399 La cuestión que hemos discutido presenta grandes dificultades para su resolución, respecto de la ley inglesa. El *Common law*, no solo no reconoce la legitimación por subsiguiente matrimonio, sino que dispone que la persona

no puede heredar en Inglaterra a no haber nacido de un matrimonio legítimo, (*Born in lawful wedlock*) Parecerá que esta disposición general y prohibitiva debería excluir absolutamente a los extranjeros legitimados del derecho de suceder en los bienes muebles existentes en Inglaterra. Sin embargo, estudiando bien la cosa, puede sostenerse también ante la ley inglesa la teoría que poco ha hemos expuesto

En el sentido del *Common law*, el *heredero legítimo* significa *quem nuptiae demonstrant*. Si se quiere, pues, distinguir la cuestión de herencia de la cuestión del Estado, hay que advertir que son inseparables, pues el heredero legítimo es el hijo legítimo. Pero qué significa la expresión *hijo legítimo*? Pues denota un hijo de pleno derecho, un hijo nacido *in lawful wedlock, ex justis nuptiis*. Ahora bien, para decidir cuando un individuo es hijo de pleno derecho, y cuales son las *justae nuptiae*, debe aplicarse la ley que rige el matrimonio y no la del lugar en donde existen los bienes. Si un legislador, considerando el matrimonio como un contrato consensual, dispone sabiamente que, cuando dos personas declaran querer unirse en matrimonio, quedan unidas con tal promesa recíproca, y que, antes de celebrarse la ceremonia exterior tienen un hijo, éste último es considerado como legítimo *ab initio* y de pleno derecho, porque se le supone nacido en matrimonio por una ficción legal, es cierto que este hijo sera legítimo y podrá decirse nacido de justas nupcias, de suerte que tendrá también el derecho de suceder en Inglaterra, haciendo valer su calidad de hijo de pleno derecho.

400. También pueden resolverse por los mismos principios las cuestiones relativas a la sucesión del hijo adoptivo y del hijo natural. Los principios expuestos para re-

solver las cuestiones del Estado, son una base para todo lo que se refiere á los derechos de sucesión de los hijos naturales y adoptivos. Determinado el estado de las personas deben ser reconocidas sus consecuencias jurídicas en donde quiera que existan los bienes.

En cuanto a los derechos de sucesión del hijo natural, prohíbe nuestra ley la indagación de la paternidad. De aquí que la filiación de un hijo natural con relación al padre, cuando no se halla establecida por un auto auténtico de reconocimiento voluntario, no puede serlo con ninguna otra clase de prueba, ni aun por la posesión del Estado. Qualquiera que sea la ley del lugar en donde un italiano haya procreado un hijo natural, cuando este no ha sido voluntariamente reconocido, no puede ser admitido ante nuestros tribunales para probar su filiación respecto de su padre, ni para suceder a aquél que él pretende probar que lo es, ni para pedirle los alimentos. Si este hijo hubiere ejercitado su acción en el país donde ha nacido, y en el que suponemos permitida la indagación de la paternidad, y hubiere obtenido un fallo de los tribunales, declarando su filiación respecto del padre, podría dudarse si tendría derecho á concursar con los hijos legítimos para suceder en los bienes que su padre poseía en Italia.

En el caso que acabamos de suponer, el único título que puede invocar el hijo natural para probar su filiación, es la sentencia judicial que, siendo sido pronunciada por un tribunal extranjero, no podrá ser eficaz en Italia, sin haber sido declarada antes ejecutoria con arreglo a las formalidades habituales exigidas por nuestra ley. En primer lugar, podría decirse que el magistrado de nuestro país, á quien pertenece el derecho de apreciación, no puede declarar ejecutoria una sentencia de un tribunal ex-

tranjero, fundada en la indagación de la paternidad, y tanto mas, cuanto que los efectos de semejante sentencia deben ser los de quitar una parte de los bienes existentes en Italia á los hijos y descendientes legítimos a quienes les otorga nuestra ley, y no debe, por tanto, ser admitido el hijo natural a la sucesión paterna, pero como nuestra ley concede el derecho de alimentos a los hijos cuya filiación —aunque no sea permitido reconocerlos—resulta, sin embargo, indirectamente de una sentencia civil y penal, así mismo, en el caso en cuestión, el hijo natural puede tener, cuando mas, derecho a los alimentos.

Debe observarse, en fin, que si bien nuestra ley prohíbe la indagación de la paternidad en Italia, esta indagación puede, sin embargo, ser permitida en territorio extranjero, y que el hecho de declarar ejecutoria una sentencia fundada en las pruebas de la paternidad, cuando la ley según la cual se ha hecho, no la prohíbe, no viola nuestro derecho público. El magistrado a quien corresponde declarar ejecutoria una sentencia de un tribunal extranjero, no debe preocupaarse de averiguar si es favorable o desfavorable a un nacional, sino examinar únicamente si la sentencia ha sido pronunciada por una autoridad judicial competente, si las partes han sido regularmente citadas y representadas, y si la sentencia contiene disposiciones contrarias al orden o al derecho público interior del reino. Y aunque nuestra ley no permite la indagación de la paternidad, considera, sin embargo, como válido el reconocimiento que resulta de un documento auténtico, y manifiesta que la declaración por un magistrado extranjero, constituye por sí mismo un reconocimiento auténtico. Concluimos, pues, que el hijo natural no puede

ser excluido de la sucesión paterna en Italia, porque admitido su estado, no pueden rechazarse las consecuencias jurídicas que de él se desprenden (tomo I, números 141 y 143)

Los principios ya expuestos nos parecen suficientes para resolver todas las cuestiones relativas al orden de sucesión, y para determinar las diversas clases de herederos, su grado respectivo, el orden en que son llamados á suceder los herederos de la misma línea, y los casos en que debe admitirse el derecho de representación y la división de la herencia entre las dos líneas, el derecho de regreso de la sucesión y las personas á quienes compete, y todo lo que corresponde al régimen de las sucesiones. Hay aquí cuestiones para cuya solución debe aplicarse siempre la ley nacional del difunto, con tal que no perjudique al derecho público interno del lugar en donde los bienes se hallan situados

401 La aplicación de la *lex in situ* solo puede admitirse para todo aquello que pertenece á la adquisición y á la investidura de la herencia, es decir, á lo que los franceses llaman *saisine hereditaire*

El llamamiento á la herencia, de que nos hemos ocupado hasta ahora, confiere á la persona en favor de quien se realiza, el derecho de adquirir la herencia deferida. Para decidir bien si, para la adquisición real de la herencia, es necesario que halle un hecho especial que manifieste la voluntad de hacerla, y qué clase de hecho debe ser éste, es necesario tener en cuenta las disposiciones particulares de la ley. Bajo cualquier ley que se halla hecho el llamamiento á la herencia, la adquisición de esta es siempre una cuestión de posesión, y á semejanza de las demás cuestiones posesorias, debe resolverse con arreglo

á la *lex iei sitæ* Esta distinción es del mayor interés para determinar cómo ha pasado á la persona del heredero la posesión de los bienes del difunto, y para resolver todas las cuestiones que de la posesión del patrimonio se desprenden Así, por ejemplo, es necesaria una distinción análoga para decidir si el heredero llamado á suceder puede ejercitarse las acciones posesorias antes de haber tomado de hecho posesión de las cosas hereditarias, si, en el caso en que muchos individuos fuesen llamados a la herencia de una manera indivisible, puede uno de ellos reivindicarla toda, como referida á él conjuntamente con los demás, si el heredero puede ser inmediatamente perseguido por los acreedores de la herencia, y si puede ejercitarse todas las acciones para hacer valer los derechos propios de sucesión Estas cuestiones y otras análogas dependen de la diversa manera como la posesión de los bienes del difunto pasa a la persona del heredero, y deben resolverse teniendo en cuenta la *lex iei sitæ*

402 Con arreglo á la ley nacional del extranjero es como debe decidirse si la sucesión puede ó no decidirse vacante En cuanto al fisco, que debe ser preferido para suceder, conviene observar que, por más que algunas leyes consideran el derecho de recojer la herencia vacante como un derecho de sucesión, no podrá decirse que el Estado llamado por la ley nacional deba ser preferido, puesto que es uno de los sucesores, pero nosotros creemos que el fisco no sucede á título de heredero, sino por derecho de ocupación como para todas las cosas que no tienen dueño, cuyo derecho permanece al dominio público, y se refiere al Estado en cuyo territorio se hallan los objetos (1)

---

1 Vease el tribunal de París, 15 de Noviembre de 1833, (consul de los Estados Unidos de América, *Pasier*)

403 Estos principios son igualmente aplicables á la sucesión testamentaria. Todas las cuestiones relativas a la capacidad jurídica en cuanto a la sucesión testamentaria, *testamenti factio* activa y pasiva, concerniente á los límites a que puede restringirse la facultad de disponer por testamento, a las causas que invalidan la disposición testamentaria nula *ab initio*, ó que la hacen tal, todas estas cuestiones deben ser resueltas con arreglo a la ley nacional del testador.

En efecto, aunque segun el derecho natural, todo ciudadano puede disponer de los bienes que le pertenecen, esta facultad no puede ejercerse sin ser restringida en ciertos límites. La razón pública, la utilidad común, la moral y el respeto debido a los derechos de los miembros de la familia, que, bajo cierta relación, pueden llamarse propietarios de patrimonio común, aconsejan al legislador impedir que ciertas personas menos meritorias sean beneficiadas con perjuicio de los que, por los lazos de la sangre y del afecto, merecen la preferencia. Todo esto no pertenece directamente a la *ley en si*, sino a la ley nacional de la familia. Con arreglo a esta ley es como debe establecerse que personas son incapaces de ser instituidas herederas ó desheredadas, cuales tienen derecho a una porción de los bienes del testador, y cuál debe ser esta porción.

404 En cuanto a los testamentos, es una opinión corriente en nuestros días, que un testamento valido en cuanto a su forma, segun la ley del lugar en donde se ha hecho, debe ser considerado como tal por doquiera, ya disponga de los bienes muebles ya de los inmuebles. Este principio de jurisprudencia internacional ha sido aceptado por todos los pueblos civilizados, para no exponer un ac-

to de tal importancia al peligro de nulidad por falta de forma. Debemos tambien hacer nota que independientemente de las dificultades graves de llenar con exactitud las formalidades exigidas por una ley extranjera, seria en ciertos casos imposible ajustarse á ella. Un prusiano, por ejemplo, que querria hacer un testamento en Italia, en las formas exigidas por su ley, no podria, porque segun la nuestra, el testamento publico debe hacerse ante un notario, y segun la ley prusiana, lo mismo el testamento que el codicilo debe hacerse ante el tribunal, ó ante una comision nombrada al efecto (1)

Un autor ha querido sostener que, para la validez del testamento, deben observarse las formas exigidas por la ley de la patria del testador, y se han citado en apoyo de esta doctrina muchos textos del derecho romano, aunque mal traídos (2) La jurisprudencia inglesa ha consagrado tambien el principio que una disposicion testamentaria concierne a los bienes muebles para hacerse con arreglo a la ley de la patria del testador (3) En cuanto a las disposiciones relativas a los bienes inmuebles, el *common law* exige, como indispensable para su validez, que se hayan observado las formas y solemnidades exigidas por la *lex rei sitae* (4) Sucede esto, porque en todas las relaciones

---

1 Título XII, parte 3<sup>1</sup>, art 66

2 L 9, Cod VI, 23, libros III y IV, Dig 38, 1, Cajus, lib. II, *Inst*, «quæ-  
eramus an valeat, testamentum in primis nisi mad verte re debemus an is  
«qui fecit testarum habuerit testamenti factio, deinde si habuerit re-  
«quiremus an secundum regulas juris civilis testatus sit »

3 Story, § 465, Stanley, véase Barnes 3, Hagg, *Ecles Report*, 373, 465

4 Robertson, *On sucesion*, p 65, Burge, *Com on Col*, parte 2<sup>a</sup>, cap. 12, Story § 474

jurídicas con el suelo, hallamos exageradas en Inglaterra la autoridad del soberano territorial. Según otra opinión, el testamento hecho por un ciudadano en país extranjero puede ser válido a su patria cuando el testador no ha tenido ocasión oportuna para volver á ella y rehacer allí el testamento con las formas exigidas por la ley (1). Esta opinión no es científicamente admisible, porque no hay razón para invalidar una disposición válida por sí misma, sólo porque el disponente no podía hacer otra. Savigny, sin embargo, por mas que convenga en que esta opinión cuenta pocos partidarios, aconseja a los padres de familia que rehagan el testamento en su patria para prevenir todo evento posible (2).

405 A pesar de que aun hay algunas divergencias, puede ya hoy considerarse como definitivamente decidido que el principio *locus regit actum*, se aplica á la forma del testamento (3). Más cuando se ha concedido única y expresamente á los nacionales el testar de una manera especial, no pueden los extranjeros servirse de esta forma determinada (4). De donde se sigue que el testamento hecho por un italiano en país extranjero ante el funcionario encargado de tales actos, debe ser considerado como hecho con todas las formalidades exigidas por la ley extranjera para su validez, y corresponde, al que quiere hacer que sea declarado nulo, probar que no se ha llenado alguna

---

1 Koppen, *Decis* 31, num 25, Heichhorn, *De: echo privado*, § 35 y 37

2 Tratado de Derecho romano, t VIII, p 352 (Trad Gueaout)

3 Félix, O, C, num 73, Schæfner, num 143, Rocco, parte 3<sup>a</sup>, capítulo XXIII, Savigny, 1, c, Merlin, *Repetit*, Vº *Testamento, conj*, Delisle, *Don y Test*, art 968

4 Schæfner, num 144

de estas formalidades En Francia se ha decidido que, aunque el testamento no lleve la fecha del lugar en donde se ha hecho, puede el juez, sin violar ninguna ley, fallar sobre los enunciados de este testamento hecho en un país extranjero determinado, y apreciar su validez con arreglo á la ley de ese mismo país (1)

Para decidir si el testamento puede ser considerado como hecho por acta auténtica, debe aplicarse la ley del país en donde se ha redactado, y con arreglo á esta ley es como debe determinarse también si la intervención del oficial público es indispensable para la autenticidad De aquí, que el testamento hecho por un italiano en Inglaterra, con las formalidades exigidas en este país para los testamentos solemnes, las cuales consisten en la firma del testador y las de cuatro testigos á quienes debe presentarse el testamento, son suficientes para dar á tal acto el carácter de autenticidad, aún cuando no haya intervenido ningún funcionario público

406 Habiendo demostrado anteriormente que el principio *locus regit actum* es potestativo y no imperativo (2), se sigue que un ciudadano que testa en país extranjero, puede llenar las formalidades exigidas por la ley de su patria En este caso, sin embargo, su testamento sería solo eficaz en su patria, no en otros países, en donde se ha-

---

1 Cas Rej, 6 de Febrero de 1843, Jurispr del siglo XIX

Ruan, 21 de Julio de 1840, y 6 de Febrero de 1843 Jurispr del siglo XIX y Pasicrisis Vease para un testamento hecho en Hungría en la forma nuncupativa, ante el juez de los nobles y un asesor, Trib de Cas 30 de Noviembre de 1831 (Charpentier) Jurisprudencia, 1832, 1,52' Pasicrisis

2 Véase el num 318.

yan los bienes (1) En la hipótesis en que la ley de la patria del testador permitiese disponer por testamento ológrafo, y la del lugar en donde se redactase y fechase el acta no reconociese esta forma, podrían surgir estas dificultades. ¿Podrá un italiano residente en el extranjero disponer por testamento ológrafo de sus bienes, donde quiera que se hallen situados?

No puede surgir duda alguna acerca de la eficacia de tal testamento en Italia, puesto que nuestra ley solo exige que el testamento ológrafo esté todo escrito, fechado y firmado de mano del testador (art 775)

Toda la cuestión versa sobre la eficacia de este testamento en país extranjero. Algunos dicen que el principio *locus regit actum* se aplica solo á los actos para los que se exige la intervención de un funcionario público y el empleo de ciertas solemnidades externas, que el testamento ológrafo es un acto dispensado de todas las solemnidades, que debía considerársele como un beneficio personal, y concluyen de aquí, que cualquiera que sea el lugar en donde se verifique el testamento en forma ológrafo, con tal que sea válido según la ley del testador, debe serlo en todas partes

Rocco, por el contrario, observa que por más que para el testamento ológrafo no se requieran las solemnidades que son indispensables para el testamento público, no pue-

---

1 Véase Tribunal de Casación de París, sentencia de 9 de Marzo de 1853 Dev 1853 1, 274. Semejante decisión está fundada en «que es un principio de derecho internacional que la forma exterior de los actos está esencialmente sometida a las leyes, usos y costumbres de los países en donde se han verificado V Rocco, *Derecho civil internacional*, part 8.<sup>a</sup>, cap. IV

de, sin embargo, ser considerado como un acto hecho sin solemnidad, de manera que no caiga bajo el principio *locus regit actum*. El testamento ológrafo tiene también sus formas sustanciales tales son el ser escrito y firmado de puño y letra del testador, así como la fecha, sin cuyos requisitos no sería válido. Aplicando, pues, a este testamento el principio *locus regit actum* como para los demás, concluye que uno de nuestros compatriotas residente en el extranjero que emplee para testar la forma ológrafa no permitida por la ley del país de su residencia, viola el principio de jurisprudencia internacional *locus regit actum*, y no puede pretender que tal testamento sea reconocido en los países extranjeros en donde se hallan los bienes (1). Nosotros aceptamos también esta opinión

407. Para todo lo que se refiere al contenido del testamento y a su interpretación, debe aplicarse la ley nacional del difunto, no la del lugar en donde el testamento se ha hecho, ni la de aquel en donde existen los bienes. La mayor parte de los autores antiguos y modernos sostienen que la sustancia y la interpretación de un testamento deben ser regidos por la ley del domicilio del difunto (2). De este modo hacen surgir múltiples cuestiones cuando, entre el día en que se hizo el testamento y aquel en que tuvo lugar la muerte, se ha verificado un cambio de domicilio (3). En nuestro sistema, la aplicación exclusiva del

---

1 Lugar citado

2 Voet *De Stat.*, sección IX, 1 c., num 8, J. Voet, *ad Pad, de hæred, instit* num 16, *ad Senat Trevel*, num 34, Boulenois, *Personalidad y realidad de las leyes*, t II, p 503 y sig Hertius, *De colisione legum*, lección IV, § 24, sección IV, § 3, Scheffner, *Derecho privado internacional*, num 150 y sig, Savigny, I c § 375, Fœlix, I c num 115

3 Rodemburgo *Tractatus*, tit II, parte 2<sup>a</sup>, cap IV, num 1, Tittmann<sup>t</sup> De competencia legum, § 29, Story, *Conflict of law*, § 473, Burge, I c t IV, p 580

testador es la consecuencia lógica de todo lo que hemos dicho anteriormente, sin que haya necesidad de otras razones

408 Notaremos solamente, en cuanto a la eficacia del testamento, que, cuando los bienes se hallan en países diferentes, es necesario hacer declarar el testamento ejecutorio según la ley del lugar en donde existen los bienes, y que puede rehusarse hacerlo tal, cuando de su ejecución se desprenda un ataque al derecho público interno del Estado

Este justísimo principio no se debe exagerar en su aplicación hasta el punto de que puedan considerarse como contrarios á las instituciones de un Estado todos los testamentos que no estén conformes en sustancia con las disposiciones de la ley nacional. En todo caso corresponde a los tribunales el decir (2), y no se negaran a la ejecución de un testamento de un extranjero solo porque la ley de este último atribuya como legítima una parte de bienes mas ó menos grande que nuestra ley, o porque provea de una medida diferente a los derechos del cónyuge superviviente, pero rechazarán con razon la ejecución de un testamento que altere el régimen general de la propiedad con disposiciones contrarias a nuestras instituciones y á nuestro derecho público interno

---

2 Vea *se los Preliminares*, num 28