

CAPITULO III.

DE LOS DIVERSOS ORDENES DE SUCESION.

SECCION I.—Disposiciones generales.

§ I. COMPOSICION DE LA FAMILIA

Núm. 1. El parentesco paterno y el materno.

32. En otro lugar hemos dejado dicho lo que se entiende por parentesco y por líneas, y de qué manera se cuentan los grados (t. II, núms. 348-374). Para completar dichas nociones, fáltanos hablar del parentesco paterno y materno. Los parientes paternos de una persona son los que á él se ligan por el lado de su padre; y los maternos los que vienen del lado de la madre. De aquí dimana la distinción de las líneas paternas y maternas que tiene tan importante papel en el sistema de sucesión del código civil. La línea paterna del difunto comprende á todos los que eran sus parientes por el lado de su padre, y la materna los que lo eran por el lado de la madre. Así es que la línea paterna se compone no solamente de los parientes paternos del difunto, sino también de los maternos que se ligan á él por el lado de su padre; luego la madre y todos los demás ascendientes maternos del padre del difunto, sus descendientes y colaterales pertenecen todos á la línea *paterna* del difunto; del mismo modo, el padre y los ascen-

dientes paternos de la madre del difunto, sus ascendientes y colaterales, son todos de la *línea materna* del difunto (1).

33. Como toda sucesión que recae en ascendientes ó en colaterales se divide, por partes iguales, entre los parientes de la línea paterna y los de la materna, importa mucho saber á qué línea pertenecen los diversos parientes. Yo me presento en una sucesión para tomar parte en la línea paterna: ¿se necesita considerar si soy pariente del difunto por parte de mi padre? Nó; lo que debe verse es si soy pariente del difunto por el lado de su padre, porque el difunto es el que convoca á sus parientes para que le sucedan, él es el que les da posesión; ahora bien, sus parientes paternos son los que á él se ligan por el lado de su padre. Muere un hijo del hermano de mi padre; ¿en qué línea sucederé yo? En la línea paterna, porque soy su pariente por el lado del padre del difunto.

Lo que complica la cuestión del parentesco paterno y materno, y por consiguiente, de la sucesión por líneas, es que una persona es á menudo un pariente paterno, siendo que yo soy su pariente materno. Así es que yo soy pariente materno de los hijos de mi hermana consanguínea, porque estoy ligado á ellos por su madre, mientras que ellos son mis parientes paternos, porque se ligan conmigo por mi padre. Si se abre la sucesión de ellos, yo sucederé en la línea materna. Si mi sucesión se abre, ellos sucederán en la línea paterna.

Núm 2. Del doble vínculo

34. Hay herederos que toman parte en las dos líneas, y éstos son los primos hermanos, porque se ligan al difunto tanto por el lado del padre como por el de la madre. Hay

1 Véanse cuadros y ejemplos en Chabot, t. 1º, ps. 100 y siguientes, y Duranton, t. 6º, p. 190, núms. 160-162. Creemos inútil reproducir dichos cuadros y ejemplos que se hallan en otras obras.

otros parientes que no toman parte sino en una línea, porque no se ligan al difunto sino por el lado del padre de éste, ó por el lado de la madre, y éstos son los uterinos (artículo 733). ¿Cuáles son los parientes que están ligados al difunto por un doble vínculo?

Los descendientes del difunto son todos á la vez sus parientes paternos y sus parientes maternos, puesto que descienden del difunto, y evidentemente se ligan á él por el lado de su padre y por el lado de su madre. Por esto es que no hay partición por línea en el primer orden que comprende los descendientes, porque todos son, necesariamente, parientes en las dos líneas. Es verdad que sólo por el lado de mi padre soy pariente de los ascendientes de mi padre; pero poco importa, porque no es á mi padre al que se debe considerar para saber en qué línea soy yo pariente de un ascendiente fallecido; debe considerarse únicamente si estoy ligado á dicho ascendiente por su padre y madre, y esto es evidente, porque yo no puedo descender de una persona sin ser pariente del padre del difunto y de su madre; luego yo soy pariente paterno y materno del difunto, y pertenezco á las dos líneas (1).

35. Los ascendientes del difunto no son, en general, sus parientes sino en una sola línea, porque no se ligan á él sino por el lado de su padre ó de su madre; los ascendientes de la madre del difunto no son parientes de éste sino en la línea materna, y los ascendientes del padre del difunto no son parientes de éste sino en la línea paterna. De aquí la división de la sucesión entre las dos líneas, porque el código quiere que las dos familias, paterna y materna, tengan una parte igual en la sucesión. Puede suceder, sin embargo, por excepción, que los ascendientes del difunto sean á la vez sus parientes en la línea paterna y en la materna. Esto sucede cuando parientes oriundos

1 Véase el cuadro de Chabot, t. 1º, ps. 102-104 (art. 733, núm. 3).

de diversas ramas, pero de un mismo tronco, se unen por matrimonio; entonces los ascendientes de uno y otro lado resultan parientes, en las dos líneas, de los descendientes provenientes de aquella unión.

35 bis. Hay parientes colaterales que son parientes paternos y maternos del difunto. Estos son, desde luego, los hijos que provienen del mismo padre y de la misma madre que el difunto, es decir, los primos hermanos del difunto; mientras que los hermanos y hermanas unilaterales, consanguíneos y uterinos no son parientes del difunto sino en la línea paterna ó materna. En segundo lugar, los descendientes de primas y primos hermanos. Entre éstos, los hijos de hermanos y hermanas se llaman primos hermanos. No hay que confundir estas denominaciones. El sobrino de mi madre es mi primo hermano, en el lenguaje vulgar; en el de la ley y en materia de sucesión, no es más que un pariente *uterino*. Pero los primos hermanos pueden también ser parientes *hermanos*; si un hermano de mi padre se casa con una hermana de mi madre, los hijos provenientes de este enlace serán mis parientes *hermanos*, porque se ligan conmigo por el lado de mi padre y por el de mi madre.

En general, los parientes colaterales del difunto, que no sean los primos hermanos, y los descendientes de estos hermanos y hermanas, no son parientes del difunto sino en una sola línea. Hay excepción cuando se verifican matrimonios entre parientes, de donde resulta un doble vínculo de parentesco.

Núm. 3. Prueba del parentesco.

36. ¿Cómo se prueba el parentesco? ¿No puede probarse por medio de las actas del registro civil? Con bastante generalidad se admite que no hay lugar á aplicar al parentesco que los arts. 46 y 319 dicen de la prueba de la

filiación. Claro es que el art. 319 debe hacerse á un lado; él establece que la filiación de los hijos legítimos se prueba por las actas de nacimiento inscritas en los registros del estado civil; á falta de este título, dice el art. 320, la posesión constante del estado de hijo legítimo es suficiente, y el art. 323 agrega que, si no hay título ni posesión de estado, la prueba de la filiación puede hacerse por testigos, con las condiciones determinadas por el art. 324. Se ve, por el conjunto de estas disposiciones, que son concernientes á la prueba de la legitimidad. Distinta es la cuestión de saber cómo se prueba la genealogía en materia de sucesión. En este punto se trata de intereses pecuniarios, mientras que los debates de la legitimidad son concernientes al orden público, y por lo tanto, á intereses esencialmente morales. Ahora bien, se concibe que el legislador se manifieste severo sobre las pruebas cuando se trata de saber si el actor es miembro de la familia á la que pretende pertenecer; mientras que puede ser más fácil si se trata de intereses pecuniarios. Así es que no pueden extenderse á la prueba del parentesco las reglas que el código establece para la prueba de la filiación legítima.

Hay, además, otra disposición en el título de las *Actas del estado civil*; el art. 46 dice: "Cando no hayan existido registros, ó cuando se hayan perdido, la prueba se recibirá por títulos como por testigos; y en estos casos, los matrimonios, nacimientos y defunciones podrán probarse tanto por los registros y papeles emanados de los padres fallecidos como por testigo." Esta disposición es general, y en ella no se trata de filiación; tan á menudo como se esté en el caso de probar los matrimonios, nacimientos y defunciones, hay que producir actas levantadas por el oficial del estado civil, á menos que no hayan existido registros ó que se hayan perdido. Ahora bien, la prueba del parentesco se hace precisamente por la de los nacimientos

y matrimonios. Así, pues, parece que debe aplicarse el texto del art. 46. Hay, sin embargo, motivos para dudar, que han dominado á la doctrina y á la jurisprudencia. El artículo 46 supone desde luego que se han llevado registros del estado civil, y la prueba de la genealogía sube á veces á épocas en que no se sabía lo que eran actas del estado civil. En un proceso que tuvo lugar á principios del siglo diez y ocho, se trataba de probar el parentesco en materia de retracto, y para establecerlo fué preciso remontarse al siglo trece; el actor justificó su parentesco por títulos auténticos, y fué, en consecuencia, admitido el retracto (1). Claro es que cuando la prueba de la genealogía sube á varios siglos, el art. 46 no es ya aplicable, aun suponiendo que ya estuviese en uso llevar registros del estado civil. En efecto, el código supone que se puede probar por “testigos” el hecho de que no han existido registros ó de que se han perdido; esto implica que se trata de hechos contemporáneos, mientras que las genealogías se pierden en la noche de los tiempos. Hay que decir lo mismo de la prueba que el código admite á falta de registros; estos son los papeles domésticos. Exige que el padre y la madre hayan *fallecido*, lo que supone igualmente que el debate se empeña sobre hechos contemporáneos. Sucede lo mismo con la prueba testimonial que el art. 46 admite para probar los nacimientos y matrimonios. La disposición, en su conjunto, es, pues, extraña á la prueba de hechos antiguos, tales como lo son los que descansan en las genealogías.

Hay un argumento que, á nuestro parecer, es decisivo en favor de esta interpretación, y éste es la tradición. La ordenanza de 1667 (tit. VII, art. 20) establecía: “Las pruebas de la edad del matrimonio y de la época del fallecimiento se recibirán por registros en buena forma, que da-

1 Merlin, “Reportorio,” en la palabra “Genealogía.” (t. 13, página 98).

rán fé y serán prueba judicialmente." Esta disposición, concebida en términos generales, podía, en rigor, aplicarse á la prueba del parentesco. No obstante, era de jurisprudencia constante en Francia, que el parentesco se estableciera por todo género de títulos; no se trata de prueba testimonial, porque la naturaleza de las cosas excluye las más de las veces esta prueba. La prueba del parentesco se hacía, pues, conforme al derecho común; cuando se trataba de probar el parentesco contra el fisco, en materia de herencias, se admitían hasta meras inducciones, lo que hoy llamamos presunciones del hombre (1). Lo mismo pasaba en Bélgica. Antes del edicto perpetuo de 166, ninguna ley restringía la prueba de la filiación ó del parentesco á los registros del estado civil. El concilio de Trento prescribía, en verdad, á los curas que llevaran registro de los bautismos, matrimonios y defunciones, pero no determinaba, y como dice la corte de Bruselas, no pudo determinar cuáles serían los medios de prueba que debían emplearse en los litigios civiles en materia de genealogía. El edicto perpetuo mismo, á la vez que ordenaba (art. 2) que se llevaran registros y que les prestase fe, suponía que se podían emplear otros medios de prueba. Así es que era de jurisprudencia constante que el parentesco y la genealogía podían establecerse por todo medio de prueba; la prueba por actas del registro civil no se exigía sino cuando se trataba de probar la validez de un matrimonio ó el hecho aislado de un nacimiento ó de una defunción (2).

37 Nuestra conclusión es que debe prescindirse de los arts. 46 y 319. La jurisprudencia se ha pronunciado en tal sentido, bien que con algunas vacilaciones. Una sen-

1 Merlin, "Repertorio" en la palabra "Sucesión" sec. I, pfo. 2º, art. 5º, bis 3 (t. 32, p. 327) Pottier, "De la propiedad," núm. 382.

2 Stockman, decís. 63 (Opera, p. 155). Sentencia de 10 de Junio de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, p. 191), y de 18 de Mayo de 1855 (*Pasicrisia* 1856. 2. 352).

tencia de la corte de Agen había decidido, en términos generales, que las actas del estado civil no eran las únicas por cuyo medio pudiera establecerse la genealogía ó el parentesco de una familia, es decir, que no era aplicable el art. 46. A recurso de casación, recayó una sentencia de denegada apelación; pero la corte no juzga por los principios que el art. 46, no se aplica á la prueba de la genealogía, sino que hace constar que la corte de Agen establecía de hecho que se habían perdido ó estaban incompletos antiguos registros del estado civil; que, *en este caso*, según el art. 46, los matrimonios, nacimientos y defunciones pueden probarse, tanto por actas de familia como por testigos; la sentencia concluye que, *en esas circunstancias*, la corte real había hecho una justa aplicación del art. 46, consultando, además de las actas del estado civil, contratos de matrimonio y un testamento (1). Así, pues, la corte, lejos de prescindir del art. 46, juzga que hay lugar á aplicarlo. No hay ninguna dificultad cuando se puede probar que no han existido registros ó que se extraviaron. Pero por lo común, tal prueba no puede rendirse; las partes se hallan en la imposibilidad de producir actas del estado civil, porque ignoran en qué lugar nacieron sus antepasados ó se casaron; puede ser que existan las actas, pero no se sabe á donde ir á buscarlas. Este no es el caso previsto por el art. 46. ¿Qué pruebas deberán ó podrán rendir las partes en este caso? La jurisprudencia se ha pronunciado por el derecho común (2). Luego será admisible toda prueba literal, con tal que los escritos tengan fuerza probatoria, según las reglas establecidas por la ley. Y si

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Diciembre de 1838 (Daloz, en la palabra "Actas de estado civil," núm. 122).

2 París, 2 de Marzo de 1814 (Daloz, "Sucesión," núm. 181, 1º), y 3 de Enero de 1825 (Daloz, "Paternidad," núm. 388, 4º). Sentencia de denegada apelación, de 12 de Enero de 1824 (Daloz, "Sucesión," núm. 181). Poitiers, 30 de Julio de 1857 (Daloz, 1858, 2, 73). Véase en el mismo sentido, Demolombe, t. 8º, p. 441, núms. 339-340.

las partes se hallan en la imposibilidad de producir escritos, podrán recurrir á los testimonios en virtud del artículo 1348, y basta imbuir las presunciones. Nada es más difícil que esta materia de las pruebas, de la cual volveremos á tratar en el título de las *Obligaciones*.

§ II.—REGLAS GENERALES SOBRE LAS ÓRDENES DE SUCESIÓN.

Núm. I. De los bienes.

38. El art. 732 establece: “La ley no considera ni la naturaleza ni el origen de los bienes para reglamentar su sucesión.” Esto no es más que la reproducción del principio establecido por la ley de 17 nivoso, año II (art. 62). El objeto del código es mantener la abolición de las reglas del derecho consuetudinario concerniente á la división de los bienes en propios y adquiridos, y en consecuencia, de la máxima *paterna paternis* que dominaba la sucesión consuetudinaria. Nosotros hemos expuesto en la Introducción de este título cuáles eran los principios del derecho consuetudinario, los motivos por los cuales la ley de nivoso rechazó las distinciones de los propios y adquiridos, así como las razones que indujeron á los autores del código Napoleón á consagrar el sistema de la legislación revolucionaria. Estas nociones históricas son el comentario del art. 732, y á ellas remitimos al lector (1). Háse dicho que los arts. 747 y 766 de nuestro título, y los art. 351 y 352 del título de la *Adopción* contienen tres excepciones al principio establecido por el art. 732 (2). Estas disposiciones consagran el derecho de retorno de bienes que provengan de una donación en provecho del donador. En este concepto, tienen en cuenta el origen de los bienes; pero

1 Véase el t. 8º de estos “Principios,” núms. 489-491, 495-497, 505-508 y 509.

2 Marcadé, t. 3º, p. 65, art. 732, núm. 2.

en realidad, nada tienen de común con las reglas de las costumbres que el art. 732 tiene por objeto abrogar. Más adelante trataremos de las sucesiones excepcionales que se llaman derecho de retorno legal, y veremos que se fundan en motivos muy diferentes que la sucesión consuetudinaria de los propios.

Núm. 2. De la división por órdenes.

39. Entiéndese por *órdenes* cierta clase de parientes que suceden en un orden establecido por la ley. Lo que caracteriza los órdenes, es que los parientes que pertenecen al primer orden excluyen á los que forman parte del segundo, y así sucesivamente, de suerte que para saber si tal ó cual pariente está llamado á suceder hay que ver antes que todo, en qué orden se encuentra. Es, pues, importante precisar el número de órdenes y los parientes que entran en ellos.

Según los términos del art. 731, las sucesiones se diferencian á los hijos y descendientes del difunto, á sus ascendientes y á sus parientes colaterales, en el orden y según las reglas determinadas en los artículos siguientes. Vienen en seguida tres secciones intituladas: “De las sucesiones deferidas á los descendientes (sec. III): De las sucesiones deferidas á los ascendientes (sec. IV): De las sucesiones colaterales (sec. V).” Así, pues, el código no distingue más que tres órdenes, los descendientes, los ascendientes y los colaterales. Esta clasificación es viciosa; porque induce á error. En efecto, habría que inferir que los ascendientes, colocados en el segundo orden, suceden siempre antes que los colaterales. Sin embargo, hay colaterales, los hermanos y hermanas y sus descendientes que excluyen á los ascendientes, con excepción del padre y de la madre que concurren con ellos; luego en esto hay un segundo orden mixto que abarca á la vez á ciertos ascendientes y á cier-

tos colaterales; y aun puede no comprender más que colaterales, supuesto que, á falta de padre y madre, los hermanos, hermanas y sus descendientes suceden solos. Razón de más para hacer de estos colaterales privilegiados un orden aparte, el segundo. Con esto se evitan las repeticiones que se hallan en el código y que no sirven más que para embrollar la materia: así es como el art. 752 repite lo que ya tenían dicha los artículos 748 y 749.

Todos los autores admiten cuatro órdenes. Para mayor claridad añadiremos un orden quinto. Según la clasificación del código civil, debería creerse que los ascendientes y colaterales suceden siempre separadamente, supuesto que forman órdenes distintos; pero la división de la sucesión por líneas tiene por efecto hacerlos concurrir; si no hay ascendientes más que en una línea, la ley llama á los colaterales de la otra línea. Como este concurso de ascendientes y de colaterales no entra en ninguno de los cuatro órdenes, conviene formar un orden aparte. Luego hay cinco: 1.º los hijos y descendientes; 2.º los hermanos y hermanas y sus descendientes en concurso con el padre y la madre, ó solos; 3.º los ascendientes en las dos líneas; 4.º los ascendientes en una línea y los colaterales en la otra; 5.º los colaterales.

40. Se sucede por orden y no por proximidad de grado. Es decir, que para saber si tal ó cual ó pariente sucede al difunto, hay que considerar desde luego á qué orden pertenece y no el grado en que se encuentra. Un descendiente del segundo grado sucede de preferencia al padre del difunto, por más que éste sea del primer grado; y es que pertenece al primer orden, el de los descendientes, mientras que el padre no pertenece más que al segundo ó al tercero. Esta regla parece, á primera vista, en oposición con el principio que rige la transmisión de los bienes por vía de herencia. El vínculo de la sangre es su base, de

donde deberíase inferir, y esto lo dijeron los autores del código civil, que los parientes más próximos suceden antes que los parientes más remotos. Se contesta que el afecto no siempre depende de la proximidad del grado. Es ley de la naturaleza que el cariño descienda y no que suba. El amor que tenemos á nuestros hijos y descendientes, es más vivo que el que profesamos á nuestros ascendientes; es, pues, muy natural que el nieto suceda de preferencia al padre del difunto.

El principio del afecto presumible del difunto no es lo único que determina el orden de sucesión. Es enteramente extraño á la división de las sucesiones por líneas. Ahora bien, esta división no tiene para nada en cuenta la proximidad del grado. Por esto acontece que, en el cuarto orden, el padre concurre con los colaterales maternos, un pariente del primer grado con un pariente del doceavo. Es, pues, preciso prescindir de la idea de proximidad de grado, cuando se trata de saber si un pariente es llamado á la sucesión.

41. Pero si de un orden para otro es indiferente la proximidad de grado, es decisivo, en principio, en el seno de cada orden: el heredero más próximo en grado excluye al más lejano. Aquí el orden del afecto natural recobra su imperio, y como el afecto va en disminución á medida que el parentesco se aleja del tronco común, es lógico que el pariente más próximo en grado suceda de preferencia al que se halla en un grado más lejano. Si dos parientes que pertenecen al mismo orden están en el mismo grado, concurren y la partición se hace por cabeza (arts. 745, 746, 753).

Esta regla tiene dos excepciones. La ley admite la representación hasta el infinito en la línea directa descendente y en línea colateral en provecho de los descendientes de hermanos y hermanas, es decir, en los dos primeros órdenes. Ahora bien, el efecto de la representación es hacer

entrar al representante en el grado del representado; de donde se sigue que el más lejano concurrirá con el más próximo. Esto se hace por una ficción que borra la diferencia de grados. Hay una segunda excepción que resulta de la división por línea: el padre y un primo materno son llamados á suceder; pertenecen al mismo orden; el padre es pariente del difunto en el primer grado; sin embargo, él no excluye al primo materno que puede no ser pariente sino en el grado doceavo. Ya dimos la razón de esta disposición que á veces es chocante (véase el tomo VIII, número 505).

Núm. 3. De la división por líneas.

I. Principio.

42. “Toda sucesión que toque á ascendientes ó á colaterales, se divide en dos partes iguales: una para los parientes de la línea paterna, la otra para los de la materna” (artículo 733). La división por líneas está tomada de la ley de nivoso, según lo dijimos en la Introducción histórica de este título. Era desconocida en derecho romano, que defería la sucesión al pariente más próximo con exclusión de los parientes más lejanos, sea de la misma línea, sea de una línea diferente. Este sistema correspondía al orden de los afectos naturales, pero tenía un inconveniente, y es que un pariente de una sola línea podía recoger todos los bienes del difunto, aun cuando proviniesen de la otra línea. Esto era injusto; cuando el difunto no deja descendientes, la justicia exige que los bienes vuelvan á la familia de donde proceden. Las costumbres, fieles á este deber de familia, atribuían los propios paternos á la familia paterna, y los propios maternos á la materna. Ya dijimos las razones por las cuales la ley de nivoso abolió la regla *paterna paternis*, y la reemplazó por la división entre las dos líneas.

A la vez que derogando las costumbres, la ley de nivoso y el código civil en pos de ella se inspiran en el espíritu del derecho consuetudinario. Según el código, las dos familias del difunto se dividen la herencia; los bienes vuelven, pues, en parte al menos, á la familia de donde proceden; además, cada una recoge la mitad de los muebles y de los bienes adquiridos. En esto la partición por líneas, difiere de la regla consuetudinaria que sólo se aplicaba á los propios inmobiliarios. Sea lo que fuere, el principio característico de nuestro orden de sucesión está tomado de las costumbres (1).

43. Se lee en una sentencia de la corte de casación, que la división por líneas levanta un muro de separación entre dos líneas que se dividen la herencia del difunto (2). En efecto, hay como dos sucesiones distintas. No se tienen en cuenta los diversos órdenes de parientes de una línea á la otra, puede haber ascendientes en una línea y colaterales en la otra. No se tiene en cuenta el grado de parentesco. Un ascendiente del primer grado puede concurrir con un colateral del doceavo. Esta última consecuencia de la división por líneas está en oposición abierta con el afecto presumible del difunto, que los autores del código han proclamado como principio fundamental del orden de sucesiones que han establecido. A decir verdad, el código sigue estos principios: la proximidad de parentesco y la conservación de los bienes en la familia de donde éstos proceden. De una línea á la otra, este último principio es el que predomina. En el seno de cada línea, el primero recobra su imperio: el pariente más próximo en cada línea excluye á los más lejanos; más tarde insistiremos en esta disposi-

1 Chabot, t. 1^o, p. 113 (art. 733), núm. 6. Aubry y Rau, t. 4^o, página 186, nota 1. Demolombe, t. 13, p. 472, núm. 366. Y el tomo 8^o de estos "Principios," núm. 505.

2 Sentencia de denegada apelación de 12 brumario, año IX (Dalloz, "Sucesión," núm. 105, p. 200).

ción del art. 734. Cuando hay varios parientes en el mismo grado, comparten por cabeza. Hay excepción á esta regla, en el caso en que hay un doble lazo de parentesco, y en aquél en que la ley admite la representación en línea colateral. Una sucesión recae á hermanos y hermanas de diferentes lechos, hijos de hermano, uterinos, consanguíneos, en este caso se hace una división en dos líneas; los hijos de hermano toman parte con los consanguíneos en la línea paterna, y concurren con los uterinos en la línea materna. Si en una línea hay hermanos ó hermanas, y descendientes de hermanos ó hermanas, éstos, aunque en un grado más lejano, no son excluidos por los primeros, porque suben á su grado por la ficción de la representación (1).

44. La división por líneas recibe excepción en el segundo orden. El padre y la madre del difunto concurren con hermanos y hermanas de éste; pero su parte es fija, invariable, la cuarta parte de la herencia para cada uno de ellos. Resulta de aquí una primera excepción á la partición por líneas: si el padre concurre con un hermano uterino, el padre tomará una cuarta parte solamente, y el hermano uterino tendrá las otras tres, mientras que si se dividiera por líneas, el padre tomará la mitad de la sucesión. Explican esta excepción diciendo que los hermanos y hermanas son colaterales privilegiados. ¿Pero qué razón hay para este privilegio? Ciertamente que motivo jurídico no lo hay. Y si se pretendiera que es presumible que el difunto prefiriera á su hermano, habría que excluir al padre. En cuanto á la parte que toca á los hermanos y hermanas, se aplica el principio de la división por líneas, cuando son de lechos diferentes, según lo diremos más adelante. Pero hay una nueva excepción cuando los herma-

1 Marcadé ha dicho lo contrario; todos los autores señalan este ligero error, sin duda porque Marcadé gusta tanto de acusar de error á los demás (Demolombe, t. 13, p. 486, núm. 378).

nos son todos consaguíneos ó uterinos, y concurren con el padre ó la madre, ó suceden sólo. En este caso, los parientes de una sola línea se llevan toda la herencia. Luego puede acontecer que un hermano consanguíneo ó uterino recoja todos los bienes. Esta es una excepción ó un privilegio difícil de justificarse.

II. De la división de las líneas en ramas.

45. Cada una de las dos líneas se divide en dos ramas principales, la paterna y la materna. Los parientes *paternos* del difunto forman la *rama paterna* de la línea paterna del difunto; los parientes *maternos* del padre forman la *rama materna* de la misma línea. Del mismo modo, en la línea materna, los parientes *paternos* de la madre del difunto forman la *rama paterna* de la línea materna del difunto, y los parientes *maternos* de la madre del difunto forman la *rama materna* de la misma línea. La distinción de las dos ramas ningún interés tiene en lo concerniente á los descendientes del difunto, ni respecto á hermanos y hermanas ó descendientes de éstos, porque son siempre parientes en las dos ramas de las líneas por las cuales se enlazan con el difunto; la distinción de las ramas no tiene importancia sino respecto á ascendientes del difunto y respecto á colaterales que no sean hermanos y hermanas y sus descendientes. La cuestión consiste en saber si la mitad de la sucesión atribuida á cada una de las dos líneas debe dividirse entre las dos ramas de cada línea; de suerte que una cuarta parte de los bienes tocasse á la rama paterna y una cuarta parte á la materna de cada línea. Algunas costumbres habían admitido esta segunda división con el nombre de *refeute*, porque se hacía después de la primera división ó *feute* entre las dos líneas. El código civil no admite esta segunda división, el art. 734 dice: “una

vez verificada esta primera división entre las líneas paterna y materna, ya no se hace más división entre las diversas ramas, sino que la mitad recaída en cada línea pertenece á los herederos más próximos en grados."

El orador del Tribunado califica la segunda división de minuciosa sutileza: "buscábanse siempre, dice, en cada subdivisión parientes paternos y maternos, y se subía hasta que se hallaban" (1). Esta crítica no toma en cuenta el espíritu de las costumbres, que lo es también del código civil: era preciso andar á la pesquisa de parientes paternos y maternos, porque el objeto era atribuir los bienes á la familia de donde procedían; en nuestro sistema de sucesión, hay un objeto análogo, y es llamar á la herencia á las familias que han contribuido á formar el patrimonio del difunto. Verdad es que la segunda división tenía un inconveniente, fraccionar la propiedad; pero ¿no es esa la tendencia de las democracias? Desgraciadamente la partición entre las diversas ramas acarreaba grandes gastos; cien veces era devorada la sucesión, dice Simeon, en pesquisas de títulos, en cuadros genealógicos y en debates de toda especie.

46. Del principio de que no hay segunda dirección se sigue que para saber quien recoge la mitad afecta á cada línea, sólo se tiene que considerar una cosa, el grado de parentesco: el pariente más próximo excluye al más lejano, aun cuando pertenecieran á ramas diversas; mientras que, en el sistema de la segunda división, se habría hecho ésta entre los parientes de las dos ramas. Puede acontecer que algunos ascendientes ó colaterales pertenecientes á dos ramas de una misma línea concurren, pero esto será porque son de dos ramas diferentes y no porque sean del mismo grado; ahora bien, en cada línea, lo mismo que en cada or-

1 Simeon, Discursos, núm. 6. (Loaré, t. 5º, p. 134). Compárese Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 192, nota 9.

den, los parientes del mismo grado concurren y compar-ten por cabezas.

El art. 134 dice que ya no se hace división entre *las diversas ramas*. Nosotros hemos supuesto el caso en que hay dos ramas principales en cada línea. Pero cada una de estas ramas puede dividirse á su vez en una multitud de ramas diferentes: si se aplicara el sistema de la segunda división de una manera indefinida, podría suceder, como lo dice Simeon, que hubiese un millar de herederos; la disposición del código que ha abolido la segunda división, siendo general, déjase entender que se aplica á todas las ramas, principales ó secundarias, próximas ó lejanas. Pero se podría haber prevenido el inconveniente que señalaba el orador del Tribunado, á la vez que permaneciendo fiel á la división entre los parientes paternos y maternos, limitando la sucesión colateral al grado de primo hermano. En la línea ascendente, la división por ramas casi no es más que una cuestión de teoría.

Después de haber establecido el principio de que la mitad recaída en cada línea pertenece al heredero ó herederos más próximos en grados, el art. 734 agrega: “Salvo el caso de representación, como más adelante se dirá.” Ya dijimos que esta excepción se refiere al caso previsto por el art. 732, es decir, cuando hay hermanos de hechos diferentes: en este caso hay lugar á división y á representación; á causa de este beneficio, descendientes de hermanos y hermanas suceden con los hermanos y hermanas supervivientes, y la partición se hace por estirpe.

III. Del parentesco de descendientes de hermano y del unilateral.

47. Justiniano, en su Novela 84, introdujo el privilegio del doble vínculo en favor de los medios hermanos y hermanas á quienes llamó á la sucesión de preferencia á los

hermanos y hermanas consanguíneos. La Novela 48 extendió esta prerrogativa á los sobrinos y sobrinas, hijos de los medios hermanos. En el antiguo derecho consuetudinario, reinaba mucha divergencia en este punto. Costumbres había que genaralizaban el privilegio otorgándolo á todos los parientes por lado de hermanos; otras lo aceptaban para los hermanos sin hablar de sobrinos; las había que reproducían las Novelas; por último, muchas costumbres, notablemente la de París, rechazaban expresamente el privilegio (1). El código sigue este último principio. Según los términos del art. 733, 20 inciso, "los parientes exteriores ó consanguíneos no son excluidos por los de hermanos, pero no toman parte sino en su línea; los otros toman parte en las dos líneas." Esta es una consecuencia lógica de la división por líneas, división que el derecho romano ignoraba: los parientes por partes de hermanos deben tomar parte en las dos líneas, supuesto que á las dos pertenecen; pero ninguna razón hay para que excluyan á los parientes unilaterales; siendo los consanguíneos parientes en la línea paterna, justo es que tomen parte en esta línea, y perteneciendo los uterinos á la línea materna, los principios y la equidad exigen que en ella tomen parte (2). ¿Se dirá que los parientes por hermano son, no obstante, privilegiados, supuesto que tienen una participación doble? En donde reina el derecho común, no hay privilegio; ahora bien, esta clase de parientes concurren en virtud del derecho común con los consanguíneos en la línea paterna, y con los uterinos en la línea materna. Habría privilegio ó injusticia si se les permitiera excluir á los parientes unilaterales.

48. La disposición del art. 734, que permite á los parientes por parte de hermano suceder en las dos líneas, es

1 Pothier, "De las sucesiones," cap. II, § 2. Compárese. Dalloz, "Sucesión," núm. 178, y la jurisprudencia, núms. 176 y 177.

2 Chabot, t. 2º p. 116 (art. 733, núm. 8), y Dictamen de Chabot al Tribunalado, núm. 22 (Loché t. 5º, p. 112).

general: ella habla de esta clase de parientes, luego se aplica en todos los casos en que un heredero está unido al difunto por un doble vínculo de parentesco. El espíritu de la ley no deja duda alguna; en efecto, el derecho de aquéllos emana lógicamente de la división por líneas. Es, pues, inútil detenerse en las objeciones de Duranton.

El art. 734 agrega: "Salvo que se dirá en el art. 752." Esta disposición prevee el caso en que hermanos y hermanas unilaterales recojan la mitad ó las tres cuartas partes de la herencia; entonces suceden, dice el art. 752, en la totalidad, con exclusión de cualesquiera otros parientes de la otra línea. Pasa lo mismo cuando los hermanos y hermanas unilaterales recojen toda la herencia. Hay excepción en el sentido de que parientes unilaterales recogen todos los bienes y excluyen á los parientes de la línea á la que no pertenecen; es decir, que en este caso, no hay división por líneas, porque hay colaterales privilegiados.

49. La corte de Rouen hizo una aplicación interesante del principio que permite á los parientes por parte de hermano suceder en las dos líneas. Una mujer se casa con un primo hermano y su hijo muere; se falló que ella sucede como madre del difunto en la línea materna, y que sucede en la línea paterna como prima paterna, bien entendido que cuando no hay ascendientes en esta línea ni colaterales más próximos (1). En el caso de que se trata, se pretendía que la madre no podía ser la prima de su propio hijo, porque la calidad de madre absorbía cualquiera otra relación de parentesco. Esta era una objeción muy poco jurídica: la mujer que se casa con un primo hermano, siendo como es parienta de su marido, es, necesariamente, parienta de los hijos de su marido, y puede, por consiguiente, ejercer los derechos que con tal calidad le corresponden.

1 Rouen, 22 de Enero de 1841 (Dalloz, "Sucesión," núm. 173).

IV. De la devolución.

50. Según los términos del art. 733, tercer inciso, “no se opera ninguna devolución de una á otra línea, sino cuando no hay ningún ascendiente ni colateral de una de las dos líneas.” Esta es también una consecuencia de la división por líneas. Una mitad de la sucesión está afecta á la línea paterna, y la otra mitad á la materna; en tanto que haya parientes en una línea, suceden, importando poco la clase de parientes á que pertenezcan y el grado en que se encuentren, supuesto que, en una y otra línea, ningún miramiento se guarda á los órdenes de parientes ni á la proximidad del grado. No hay más ascendiente que el padre y ¿puede recoger toda la herencia porque no hay ascendiente materno? Nó; hay que ver si no hay colaterales en la línea materna; sólo á falta de éstos el padre será el único heredero. Dicese entonces que los bienes afectos á la línea materna *son devueltos*, á falta de parientes en esta línea, á la paterna.

51. Queda por averiguar hasta qué grado se sucede. El art. 755 resuelve que los parientes más allá del grado doceavo, no suceden. Esto es una derogación del rigor de los principios. El antiguo derecho era más lógico, no establecía ningún límite y admitía á suceder, en caso necesario, á los parientes del milésimo grado, dice Lebrun. Todo límite, en efecto, es arbitrario; ¿por qué el grado doceavo más bien que el sexto que el derecho romano establecía para los cuñados? Los oradores del gobierno y del Tribunal nos dan á conocer los motivos por los cuales hánse detenido en el grado doceavo. “Las relaciones de familia, dice Treilhard, se borran con la lejanía, y una larga experiencia ha probado que sucesiones devueltas á tales distancias, eran siempre objeto de miles de contiendas que concentraban, por decirlo así, toda la herencia en manos

de curiales. ¡Y todavía dichosos cuando la ardiente codicia no sostenía sus pretensiones con falsas genealogías, tan difíciles de reconocer cuando es preciso remontarse á varios siglos!" El argumento decisivo es, como lo repite Simeón, que después del grado doceavo las gentes casi ni se conocen; dejan de existir los sentimientos de afecto nacidos de la familia; si á los ojos de la ley hay todavía familia, ya no la hay en realidad (1). ¿Y no puede decirse otro tanto del octavo y del sexto grados? No está en nuestras costumbres extender los lazos que nacen de la sangre, los cuales, al contrario, tienden á relajarse. En lugar de fijar el límite en el grado doceavo, el legislador habría hecho muy bien en volver al límite romano, y aun bajar todavía.

La consecuencia que resulta del art. 733, combinado con el 745, es evidente; los autores del código han creído que debían formularla: y es que á falta de parientes en grado sucesible en una línea, los parientes de la otra línea suceden por el total.

V. De la derogación de las leyes.

52. Los principios que acabamos de exponer rigen las sucesiones de *ab intestato*, lo que supone que el difunto no ha dado sus bienes por testamento. Cuando no hay herederos reservatarios, es decir, ni descendientes ni ascendientes, aquél es libre para disponer de su patrimonio como se le ocurra; luego puede derogar las reglas que el código establece. Así es que él podría dar sus propios paternos á parientes paternos y dejar sus propios maternos á sus parientes maternos, y esto sería restablecer el sistema consuetudinario. Podría también seguir el sistema romano, distribuyendo su herencia á sus colaterales los más

1 Treilhard, Exposición de motivos, núm. 19 (Locré, t. 5º, p. 95). Simeón, Discurso, núm. 23 (Locré, t. 5º, p. 136).

próximos sin distinción de líneas. Por último, podría á la vez que manteniendo la división por líneas, llamar á su sucesión á parientes que hubiesen sido excluidos de ella en virtud del código. El principio es de toda evidencia. En cuanto al alcance de estas derogaciones, dependen las disposiciones hechas por el testador y de la interpretación que les den los tribunales. Nosotros nos limitaremos á citar algunos ejemplos.

El testador ordena que sus bienes se distribuyan entre sus más próximos parientes colaterales, por posiciones iguales. Se ha fallado que semejante testamento, hecho en país de derecho estricto, excluía la división de la sucesión por línea; en efecto, ésta habría atribuido á los diversos herederos partes desiguales (1). La derogación del código puede no ser más que parcial. Debe seguirse como regla de interpretación que el principio general que rige las sucesiones que tocan á colaterales es que la división se opere por partes iguales entre las líneas paterna y materna del difunto. El testador puede derogar el orden legal, pero toda derogación es una excepción, y toda excepción debe expresarse formalmente. Aquél dispone que los herederos del primero y segundo grados recogerán la herencia por porciones iguales. ¿Es esto derogar la división por líneas? El testamento implica, al contrario, que se mantendrá la división por líneas: estaba hecho en un país de derecho consuetudinario. Pero había derogación en el sentido de que en cada línea debía haber concursos entre los herederos llamados por la ley y los del grado inmediatamente subsecuente, lo que estaba en el espíritu de la sucesión consuetudinaria; de suerte que en la línea paterna se llamaba concurrentemente á los parientes en el cuarto y en el quinto grado, y en la línea materna á todos los parientes en el quinto y sexto grado, todos por cabeza y por igual

1 Tolosa, 14 de Febrero de 1829 (Dalloz, "Sucesión," núm. 170.)

porción (1). Un testador vuelve á llamar á su sucesión á sus primos segundos para que tomen la parte que sus padres, primo y hermano, y prima hermana del difunto, habrían tomado. Esta palabra *llamamiento*, tomada del antiguo derecho, implica que se llama á la sucesión á herederos que, según la ley común, habrían sido excluidos de ella. Los primos maternos pretendieron que el testamento les otorgaba el derecho de presentación; que por consiguiente, tenían todos los derechos que habría tenido su padre si hubiese sobrevivido; sostenían, en consecuencia, que tenían el derecho de excluir á una parienta materna más lejana. Se falló que el *llamamiento* no tenía tal alcance, que su único objeto era llamar á la herencia á los parientes que, en razón de su grado habrían sido excluidos. Creemos inútil multiplicar ejemplos: el derecho de presentación no se pone en duda, y la aplicación no suscita nuevas cuestiones de hechos concernientes á la interpretación de la voluntad del testador.

SECCION II.—De la representación.

§ I. DEFINICION

53. Hay dos maneras de suceder. El heredero puede venir á la sucesión sea de por sí, sea por representación. El heredero sucede de por sí cuando pertenece al orden que está llamado á la sucesión y cuando en este orden es el más próximo en grado. El que sucede por representación debe también pertenecer al orden del cual se difiere la sucesión, pero en razón de ese grado de parentesco habría sido excluido por un pariente más próximo; la representación le permite subir en el mismo grado que dicho pa-

1 Douai, 22 de Noviembre de 1838 (Dalloz, "Sucesión," número 171, 2º).

2 Angers, 26 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 163).

rientes, ocupando el puesto de su padre predecedido. Así es que, la sucesión por representación, es una excepción. Todo pariente sucede por sí, con tal que tenga las calidades requeridas por la ley, es decir, que no sea ni incapaz, ni indigno; mientras que la ley no concede el beneficio de la representación sino á ciertos herederos: el código civil no lo admite sino en los dos primeros órdenes, en favor de los descendientes de hijos predecedidos y en favor de descendientes de hermanos y hermanas igualmente predecedidas. Siendo el beneficio una excepción, no puede reclamarse sino con las condiciones exigidas por la ley.

54. Según los términos del art. 739, "la representación es una ficción de la ley, cuyo efecto es hacer entrar á los representantes en el lugar, en el grado y en los derechos del representado." Se ha criticado vivamente esta definición; como no hay ninguna dificultad en cuanto á los principios, á cuyo respecto todos están de acuerdo, nos limitaremos á retificar lo que hay de inexacto ó de incompleto en la ley. Poco lógico es definir la *representación* sirviéndose de las palabras *representantes* y *representados*, sin que se sepa qué personas pueden representar ó ser representadas; jamás debe definirse la cosa por medio de la misma cosa. El representante, dice el art. 739, entra en el *lugar* y en el *grado* del representado, y ¿hay diferencia entre el *lugar* y el *grado*? Nó, porque el grado es precisamente el lugar que el representado viene á ocupar; el legislador no debe emplear palabras inútiles, porque él es quien debe dar ejemplo de precisión. No es exacto decir que el representante entra en los *derechos* del representado, porque habiendo éste muerto antes, jamás tuvo derecho; el heredero que viene á la sucesión por representación, ejerce los derechos que habría ejercido aquél á quien representa, si hubiese sobrevivido. Por último, se ha criticado la expresión de *ficción* de que se sirve la ley para caracterizar la represen-

tación: el legislador, dice Toullier, no necesita fingir, sino que ordena (1). Sin duda que si, pero lo que ordena ¿no es á veces una ficción? ¿y no se exige que sea exacto antes que todo? Luego si una disposición es opuesta á la realidad de las cosas ¿por qué no llamarla ficción? ¿Y no es la representación contraria á la verdad, siendo que pone en la misma línea y como del mismo grado, á dos herederos de los que uno está en el primer grado y el otro en el segundo ó tercero? Los autores del código civil han tomado la palabra ficción, de Pothier: este excelente jurisconsulto, que tiene una exactitud tan minuciosa, ha dado dos definiciones de la representación; en cada una se sirve de la palabra *ficción*, aunque las dos definiciones no sean idénticas, lo que debe hacer que seamos indulgentes con el legislador. En su tratado de las *Sucesiones*, Pothier dice que “la representación es una *ficción de la ley*, por lo cual ciertos hijos son acercados y colocados en el grado de parentesco que ocupaban sus padres para suceder en lugar de éstos con los demás hijos del difunto.” En otra parte define la representación como sigue: “Una *ficción de derecho* por la cual, hijos de un grado ulterior, son acercados y puestos en el grado que ocupaba el padre ó la madre en la familia del difunto, á efecto de suceder todos juntos, en su lugar, en la misma porción en que hubieran sucedido dichos padres” (2).

55. Así, pues, la palabra *ficción* está consagrada por la tradición; nosotros creemos que persistirá en el lenguaje del derecho. Y no carece de importancia dicha expresión. Todos convienen en que la representación es una excep-

1 Toullier, t. 2º, 2, p. 112, núm. 189. Véanse las respuestas en Marcadé, t. 3º, p. 75 (art. 739, núm. 11); de Demante, t. 3º, p. 59, número 47 bis II, y de Ducaurroy, Bonnier y Reustain, t. 11, p. 313, número 459.

2 Pothier, “Introducción al título XVII de la costumbre de Orleans.”

ción, supuesto que sólo se admite en favor de ciertos herederos. Por este sólo título sería ya de extricta interpretación; pero lo es más si se considera como una ficción, porque es de la esencia de las ficciones que deban encerrarse dentro de los límites que la ley le ha trazado, y no pueden excederse del objeto que el legislador ha pretendido al establecerlas. La definición detallada que Pothier da de la representación nos da á conocer su objeto esencial; según el derecho común, el heredero es excluido cuando se halla en un grado más lejano que otro heredero del mismo orden; el beneficio de la representación lo releva de esta exclusión. Tal se el objeto principal de la representación. Ella tiene como consecuencia un modo especial de partición que se llama partición por estirpe, como lo diremos al exponer las condiciones y los efectos de esta ficción.

§ II.—¿QUIEN REPRESENTA?

Núm. 1. Origen de la representación.

56. La representación es de origen romano. Ha sido siempre aceptada en la línea directa descendente. Justiniano la extendió á los sobrinos y sobrinas. Con trabajo penetró en el derecho consuetudinario, y fué desconocida por las costumbres del Norte hasta el momento en que se procedió á su redacción. En Orleans, data de 1509, en París de 1510, época en la cual se redactaron las dos costumbres. Hubo siempre costumbres de la Galia bélgica que rechazaron toda representación, tanto en línea directa como en colateral, y otras que no la aceptaron sino en línea directa (1). "Mientras más las costumbres se acercan al Norte, dice Lebrun, siguiendo á Dumoulin, tanto más son

1 Pothier, "Tratado de las sucesiones," cap. 2º, sec. 1ª, art. 1. Merlin, "Repertorio," en la palabra "Representación," sec. 2ª, § 1, (t. XXIX, p. 24).

contrarias al derecho de representación." Y agrega que las razones por las cuales esas costumbres repugnan la representación son débiles é insuficientes (1). La principal razón por la cual han excluido la representación en línea directa, es porque como los nietos no pueden venir á la sucesión por derecho, sino únicamente por una reserva que se halla en el contrato de matrimonio del hijo, los hijos tienen atadas las manos por este medio, y ya no se aventuran á contrar matrimonio sin el consentimiento de su padre; ellos preveen que faltando á este respecto natural, no tendrán reserva en provecho de sus hijos y que si llegaran á fallecer antes de sus padres, sus hijos se verían privados de la sucesión de éste. A Lebrun le parece violento el remedio, hay que decir más, es ineficaz; ¿quién imagina al casarse, que sobrevivirá á sus hijos? Dábase otra razón, que sin duda es la razón principal, y es que al hijo se le considera como más á propósito para la guerra que á los nietos. Lebrun contesta que los nietos á su turno llevarán las armas, y que importa conservarlos para el campo de Marte en donde los hombres duran tan poco.

La representación acabó por ser casi universalmente aceptada, menos en algunas costumbres de la Galia belgica. Domat las llama costumbres extrañas; Bretonnier dice que son duras y extravagantes. Acabamos de decir que esta dureza tenía su razón de ser en las rudas necesidades de la guerra que, en cierta época, era permanente y cotidiana. Este es uno de los inconvenientes del derecho consuetudinario; las costumbres sobreviven á las necesidades que las originaron, y entonces ya no son más que extravagancias inexplicables.

1 Lebrun, "De la las sucesiones," lib. 3ª, cap. 5ª, sec. 2ª, núm. 2, p. 460, y cap. 10, sec. 3ª, núm. 10, p. 590.

Núm. 2. De los descendientes.

57 “La representación tiene lugar hasta el infinito en la línea directa descendente” (art. 740). Chabot dice muy bien que por más que la representación sea una excepción, se funda en los mismos motivos que han hecho que se establezca la regla (1). La regla es que, en cada orden, los parientes suceden según la proximidad de su grado de parentesco con el difunto. Ya se sabe cuál es la razón de esta regla, el afecto presumible del difunto. Pues bien, cuando un hijo fallece antes que su padre, al cual es llamado á suceder con los demás hijos, pero dejando descendientes, la ley permite á éstos que recojan los bienes que su padre hubiera recogido si hubiese sobrevivido; es verdad que ellos están en el segundo ó tercer grado, mientras que hay hijos del primer grado con los cuales concurren; pero esta excepción no es, en realidad, más que la aplicación de la regla, si se consulta el espíritu que la ha dictado: el padre que tiene la desgracia de ver que uno de sus hijos muere antes que él, ¿no pone en los pobres huérfanos el afecto que tenía por sus hijos? Su afecto hacia ellos aumenta, precisamente porque tiene que hacer las veces del padre que la muerte les ha arrebatado. El orador del gobierno tenía, pues, razón al decir que la ley que excluyese la representación en línea directa descendente sería una ley impía y contra la naturaleza (2).

58. El art. 740 dice que la representación en línea directa descendente tiene lugar en todos los casos, en seguida enumera éstos. Hay tres:

“Los hijos del difunto concurren con los descendientes de un hijo predecedido.” Los hijos que han sobrevivido están en el primer grado; los descendientes del hijo prede-

1 Chabot, “De las sucesiones,” t. 1º, p. 166 (art. 739, núm. 2.) Informe al Tribunado, núms. 18 y 19 (Loché, t. 5º, ps. 108 y 109).

2 Trellhard, Exposición de motivos, núm. 14 (Loché, t. 5º, p. 94).

cedido que están en el segundo grado, serían excluidos por los primeros, que son más próximos; para que puedan ser admitidos á suceder, es necesario que la representación los haga subir hasta el primer grado, que es el de su padre. Si son varios, la representación es, además, necesaria para los hijos del primer grado. En efecto, si los descendientes sucedieran en esta ficción, sucederían por cabeza, y cada uno de ellos tendría la misma porción de bienes que los hijos que han sobrevivido, lo que sería injusto. Si los descendientes no deben ser excluidos, tampoco debe ser que pierdan los hijos del primer grado. Esto equivale á decir que los descendientes serán admitidos á suceder, pero que no tendrán más que la parte que su padre habría tenido si hubiese sobrevivido. Por esto es que la partición se hace por estirpe cuando hay lugar á representación.

Tiene, además, lugar la representación "cuando todos los hijos del difunto han muerto antes que él, y cuando los descendientes de estos hijos se hallan entre sí en grados desiguales." En este segundo caso, la representación es necesaria á los que se hallan en grado más lejano, para que sean admitidos á la sucesión; es necesaria á todos, si los descendientes de los hijos son en número desigual, para que cada estirpe reciba la misma porción de bienes que hubiera obtenido el hijo del primer grado que ellos representan: la división por estirpe mantiene la igualdad que la partición por cabeza lesionaría con perjuicio de los descendientes menos numerosos: la muerte no debe aprovechar á unos y perjudicar á otros.

Por último, la representación tiene lugar cuando habiendo muerto todos los hijos del difunto antes que éste, los descendientes de dichos hijos se hallan entre sí en grados iguales. En este caso, siendo todos los descendientes del mismo grado, no necesitan del beneficio de la representación para ser llamados á la herencia de su autor común;

pero la representación es necesaria para establecer la igualdad entre las diversas ramas por medio de una partición que se verifica por stirpe. La partición por cabeza perjudicaría á unos y sería provechosa á otros; luego es preciso que se haga por stirpe, es decir, que la representación tenga lugar por representación.

59. La representación que, en principio, se ha establecido para hacer que sucedan los descendientes en grado lejano, ó para establecer la igualdad entre las diversas ramas, tiene á veces por efecto excluir á los descendientes que no pueden invocar este beneficio. El difunto deja un hijo que tiene hijos y descendientes de un hijo predecedido. Si el hijo que sobrevive renuncia ¿quién sucederá? Serán los descendientes del hijo predecedido: la representación los hace subir al grado de su padre, mientras que los descendientes del hijo que ha renunciado no pueden representar á su padre, porque no se representa á una persona viva ni á un heredero que renuncia. Hay, sin embargo, un motivo para dudar. Podría decirse que la representación se ha introducido para admitir á la sucesión á descendientes que están en un grado más lejano, con los que lo están en grado más cercano; luego no puede invocarse la ficción para excluir á otros descendientes que se hallan en el mismo grado. Pothier, que hace esta objeción, la contesta diciendo que la representación opera su efecto desde el momento en que la sucesión se abre; luego desde entonces los descendientes del hijo predecedido suceden, toman posesión, y por consiguiente, si el hijo, su co-heredero, renuncia, ellos se aprovechan de su renuncia, puesto que la parte del heredero acrece la de los demás (art. 786) (1). Más adelante veremos si pasa lo mismo con la indignidad.

1 Pothier, "De las sucesiones," cap. I, art. I, pfo. 3. Compárese Chabot, t. 1^a, p. 167 (núm. 3 del art. 739).

Núm. 3. De los descendientes de hermanos y hermanas.

60. La costumbre de París admitía la representación en línea colateral, pero únicamente en favor de los sobrinos y sobrinas, lo que excluía á los descendientes de un grado más remoto. Esta era la disposición de la Novela 118. El límite parecía arbitrario; sin embargo, el primer proyecto del código civil lo había mantenido, y Portalis hizo su defensa en el seno del consejo de Estado. “No son, dice él, miras de humanidad las que han hecho que se establezca la representación, sino miras de orden, arregladas por los afectos presumibles del difunto. Ahora bien, las leyes suponen que en el grado de hijo de sobrino, el vínculo del parentesco casi no subsiste ya, supuesto que en ese grado no admiten la recusación de los jueces. Así, pues, es una idea poco natural privar de una porción de la sucesión al sobrino del difunto, objeto inmediato de sus afectos, para gratificar con esta parte á un individuo que el difunto quizá á penas conoció. El orden de los afectos no debe calcularse arbitrariamente, sino conforme á presunciones razonables. Ahora bien, sábese que las relaciones de parentesco, en ciertos grados lejanos, se hacen tan extensas y generales, que ya no pueden ser motivos de afecto.”

Los principios que Portalis invoca son justos; pero ¿no hace de ellos una falsa aplicación? Siempre, de hecho y de derecho, se ha considerado á los tíos y tías como haciendo las veces de padres con sus sobrinos y sobrinas, que tuvieron la desgracia de perder á los protectores que Dios les había dado. Estos vínculos se estrechan más cuando el tío ó la tía no tienen hijos, como se supone, cuando se trata de saber si los descendientes de sobrinos y sobrinas concurrirán con los sobrinos y sobrinas. ¿Cómo ha de creerse que el tío, que amaba como á hijo al sobrino que la muerte le arrebatara, se vuelva indiferente con los hijos de aquél

á quien llora? El tío, en su vejez, siente la necesidad de un afecto, los huérfanos se adhieren á los que los aman; hé aquí el vínculo natural y recíproco de amor en el cual se funda la representación. Berlier hizo valer estas consideraciones en el consejo de Estado, y Chabot las desarrolló como relator del Tribuado; ellas justifican la innovación del código, que tenía, por otra parte, precedentes en ciertas costumbres (1).

61. "El art. 742 dice: En línea colateral, la representación se admite en favor de los hijos y descendientes de hermanos ó hermanas del difunto, cuando vienen á su sucesión concurrentemente con tíos y tías." Sin la representación los descendientes de los hermanos y hermanas predecedidos, serían excluidos por los hermanos y hermanas que han sobrevivido, y que están en su grado más próximo del difunto; gracias á ese beneficio suben á un grado igual al de sus tíos y tías y por consiguiente son admitidos á suceder. La representación es, además, necesaria para determinar el modo de partición. Si la ley admitiese á los sobrinos é hijos de sobrinos para concurrir con sus tíos y tías, de por sí ellos compartirían por cabeza y por consiguiente, cada uno de ellos tendría la misma porción de bienes que uno de los hermanos ó hermanas sobrevivientes; la equidad quiere, por el contrario, que todos los descendientes de su hermano ó de una hermana no tengan para sí, sino la porción que habría tenido su autor si hubiera sobrevivido. Si ellos no deben perder por la muerte de su padre, tampoco debe ganar.

La representación se admite, en segundo lugar, cuando todos los hermanos y hermanas del difunto han muerto antes y cuando la sucesión se halla devuelta á sus descen-

1 Sesión del Consejo de Estado de 25 frimario, año XI, núm. 22 (Loché, t. 5, p. 49). Informe de Chabot, núm. 19 (Loché, t. 5, ps. 109 y siguientes).

dientes en grados desiguales. En este caso, la representación es desde luego necesaria para que los descendientes que están en grados más lejanos puedan concurrir con los de grados más próximos; ella los hace subir á todos al grado de los hermanos y hermanas del difunto que ha muerto con anterioridad. La ley quiere que ellos sucedan por representación y no de por sí, á fin de que la partición se haga por stirpe, lo que es justo, porque los descendientes de un hermano predecedido no deben tener más que los hijos de otros hermanos, aunque sean en mayor número; por esta ficción es por lo que los más lejanos suceden, y la ficción no puede darles más que los derechos que habría tenido su padre si hubiera sobrevivido. Por último, hay lugar á la representación cuando todos los hermanos y hermanas del difunto han muerto antes y cuando la sucesión se encuentra devuelta, si son descendientes en grados iguales (art. 742). Podría decirse que la ficción es inútil en este caso, supuesto que estando todos los descendientes en el mismo grado, pueden suceder. Tal era, en efecto, la disposición del derecho romano seguida en la mayor parte de las costumbres. El código la ha derogado para establecer la partición por stirpe, la cual es más justa que la partición por cabeza; ésta hace de la muerte una causa de provecho para unos, una causa de pérdida para otros, mientras que la partición por stirpe vuelve á poner á todos los descendientes en la posición en que se habrían hallado si los hermanos y hermanas del difunto le hubiesen sobrevivido (1).

Núm. 4. De los ascendientes y colaterales.

62. El art. 741 establece que: “no tiene lugar la representación en favor de los ascendientes, el más próximo en cada una de las dos líneas excluye siempre al más lejano.”

1 Chabot, t. I, ps. 191, 192, 194 (art. 742, núms. 3, 4 y 5):

Esta disposición está tomada del antiguo derecho. Los autores aducían razones bastante malas para justificarla. Unos decían que cuesta trabajo acostumbrarse á decir que el abuelo represente á su hijo que es su inferior; creemos que el inferior no había pedido cosa mejor que renunciar á una superioridad que lo excluía de la herencia. Los otros decían que la representación no tenía lugar en línea ascendente, porque la sucesión de los padres se debe más bien á los hijos que la de éstos á los padres; proposición muy verdadera, agrega Lebrun, pero que no puede servir de respuesta á la cuestión. El mismo daba una razón que casi no es mejor, y es que la sucesión del hijo es más natural que la del padre, de donde saca esta singular consecuencia: "Por esto es más natural que el hijo represente al padre y no que éste represente á aquél" (1). El orador del Tribunado parece que abunda en este orden de ideas. "La sucebilidad de los ascendientes, dice Simeón, es tan natural como legítima; pero la de los descendientes es contra la marcha natural de los acontecimientos. Parece que ve uno á un río remontar la corriente hacia sus fuentes; se trastorna el orden de la naturaleza; luego no habrá representación para ese caso extraordinario" (2). Estas palabras tienen todo el aire de una flor retórica, y tales flores deben desterrarse de nuestra ciencia. Se puede, sin embargo, encontrar en ellas un sentido profundo. Si pasa con los afectos lo que con los ríos, descienden, pero no se remontan; la ancianidad se afecciona por la infancia, como si en ella quisiera hallar un nuevo manantial de vida; el hijo si acepta las caricias del anciano, no se adhiere á él, el abuelo no reemplaza en el corazón del hijo al padre ó á la madre que tuvo la desgracia

1 Lebrun, "De las sucesiones, lib. 3º, cap. V, sec. II, núms. 5-7, p. 461.

2 Simeón, "Discursos," núm. 19 (Loché, t. 5º, p. 134).

de perder. Tal es la ley de la naturaleza, que el legislador debe respetar, y como la representación se funda en el afecto presumible del difunto, el legislador no podía aceptarla para los ascendientes.

63. La misma ley aplica el principio que excluye la representación en la línea ascendente: el más próximo, dice el art. 741, en cada una de las dos líneas excluye siempre el más lejano. Si el difunto deja abuelo, hermanos y hermanas ó descendientes de éstos ¿quién recogerá su sucesión? Los hermanos y hermanas ó los descendientes de éstos. Ellos, en efecto, excluyen á los ascendientes que no sean el padre ó la madre del difunto. Si el abuelo hubiese podido representar á su hijo, que es el padre del difunto, habría sucedido en concurso con los hermanos y hermanas y sus descendientes, como representante del padre (1).

64. En línea colateral, la representación no se admite, salvo para los descendientes de hermanos y hermanas. El art. 742 no se expresa en estos términos restrictivos, pero la restricción resulta de los principios. Hemos dicho que la representación es una excepción, la ley dice una ficción; luego es de rigurosa interpretación: no se admite sino en los casos expresamente previstos por la ley. Había algunas costumbres que admitían la representación hasta el infinito en línea colateral; la ley de nivoso se había apresurado á consagrar un principio que se armonizaba perfectamente con el espíritu democrático del legislador, fraccionando el territorio. Pero el espíritu del año II no era el del consulado. El relator del Tribunado da por lo demás buenas razones para rechazar la representación en línea colateral. Es útil dividir el suelo, pero el excesivo fraccionamiento perjudicaría la agricultura en lugar de favorecerla. Llamán á la sucesión á un gran número de

1 Véanse otras aplicaciones en Duranton, t. VI, p. 204, núm. 178, y Demolombe, t. 13, p. 532, núm. 422.

herederos, sin duda que es un inmenso beneficio, supuesto que el ideal de la democracia es que todo hombre sea propietario; pero ¿de qué serviría una herencia que las más de las veces sólo traería á los herederos trastornos y pleitos? Hay una razón decisiva bajo el punto de vista del derecho civil, para reparar la representación en línea colateral. La representación se funda en el afecto presumible del difunto; y si el legislador debe guardarse de romper demasiado de prisa los vínculos que ligan á las familias, en cambio no debe ir más lejos que la naturaleza misma suponiendo afectos iguales en donde realmente no los hay. Extender la representación á todos los parientes colaterales en distinción, llamar á nietos de sobrinos en concurrencia con sobrinos, es suponer que el difunto tenía la misma ternura hacia unos que hacia otros, y esta imposición es contra la naturaleza y la verdad. Había, pues, que limitar la ficción á los descendientes de hermanos y hermanas para que la ley esté en armonía con los sentimientos naturales del hombre (1).

§ III.—CONDICIONES.

Núm. 1. El representante.

65. Representar es suceder. Poco importa que la representación se funde en una ficción; la ficción termina en una realidad, el representante viene á la sucesión tanto y tan bien como si á ella hubiese sido llamado por sí mismo. Puesto que el representante sucede, síguese que debe tener las calidades que se requieren para suceder; el que es declarado por la ley incapaz ó indigno de suceder, no puede por esto mismo venir á la sucesión por representación. Por aplicación del mismo principio, debe resolverse que el adoptado no puede representar al adoptante en las suce-

1 Chabot, Informe al Tribunado, núm. 191 (Locré, t. 5°, p. 110).

siones á las cuales éste habría sido llamado si hubiese sobrevivido. En efecto, según el art. 350, el adoptado no adquiere ningún derecho de sucesión sobre los bienes de los parientes del adoptante; extraño á la familia del adoptante, él no puede suceder; luego no puede representar al adoptante, porque representarlo equivaldría á sucederlo. ¿Pasa lo mismo con los descendientes del adoptado, respecto del adoptante? ¿pueden venir á la sucesión del adoptante por representación? La cuestión es muy debatida; más adelante insistiremos en ella, al tratar de los derechos que el adoptado y sus descendientes tienen sobre los bienes del adoptante. Las dos cuestiones son conexas; si los descendientes del adoptado son sucesibles del adoptante, podrían también venir á la sucesión por representación, y si no son sucesibles, no pueden representar al adoptado, como tampoco suceder por sí mismo.

66. Las palabras *representación* y *representante* implican que el que recoge una sucesión por representación, representa en ella al difunto cuyo lugar toma y cuyos derechos ejerce; la definición que el art. 739 da de la representación, lo dice: en ella se ve que el representante entra en los *derechos del representado*. Esto no es exacto; es imposible que el representante ejerza los derechos del representado, supuesto que éste, habiendo muerto antes, jamás tuvo derecho. ¿Hay que inferir de esto, como dice uno de nuestros autores, y uno de los mejores, que el hijo que viene á la sucesión por representación, no representa á la persona del padre? Cosa distinta es, dice Boulier, suceder *por cabeza de otro* á suceder *en su grado*. El hijo sucede en el grado del padre y no por cabeza de éste, por lo que no representa á la persona del padre. Lo que implica que el representante no representa al representado. ¿No es esto un error ó por lo menos una paradoja? La expresión del pensamiento es paradójal. Supuesto que hay representación, hay

también un representante; luego el hijo que viene por representación, representa á su padre. ¿En qué sentido dice Boulier que no representa á la persona del padre? En el sentido de que el representante no tiene un derecho del representado, lo que es la verdad, supuesto que el representado jamás tuvo derecho. ¿A quién, pues, debe el representante su derecho? El viene á la sucesión en virtud de una ficción y la ley es quien ha establecido esta ficción en favor de aquél; luego el representante debe un derecho á la ley. Todos los autores admiten este principio, que resulta de la naturaleza de la representación; pero no hay que exagerarlo como lo hace Boulier. De que el representante no tiene su derecho del representado, Boulier concluye que no sucede en sus *vicios* y en sus *incapacidades*, como no sucede en sus ventajas (1). Acerca de este punto hacemos nuestras reservas. Por de pronto importa hacer constar, que si el representante no está obligado por los actos y promesas del representado, lo que es evidente, ofrece, no obstante, los derechos que habría tenido el representado si hubiese sobrevivido; luego no puede tener otros derechos ó más extensos; si éstos entrañan algún vicio, los del representante estarán igualmente viciados. Esta teoría no era admitida en el antiguo derecho, sino con ciertas restricciones, según veremos más adelante. Pero el código no reproduce esas restricciones, por lo que hay que atenerse á la definición y decir que la ley da al representante los derechos que habría tenido el representado si el difunto hubierasobrevivido.

67. El art. 744 consagra algunas consecuencias de este principio. "Se puede representar á aquél á cuya sucesión se ha renunciado." El hijo renuncia á la sucesión de su padre. En seguida se abre la sucesión del abuelo, ¿puede

1 Boulier, Observaciones sobre la costumbre del derecho de Borgoña, cap. LXXIII, núms. 45 y 46 (Obras, t. 2º, p. 920).

aqué! venir por representación? Si el representante fuese el co-interesado del representado, es decir, si tuviese de éste sus derechos, ciertamente que no podría representarlo después de haber renunciado á su herencia; pero el representante viene en virtud de la ley y no ejerce los derechos de su padre, porque habiendo éste muerto antes no tuvo derecho; él ejerce los derechos que el padre habría tenido si hubiese sobrevivido. Ocupa el lugar del padre y entra en su grado por una ficción legal; siendo heredero del mismo grado que aquellos con quienes concurre, sucede con ellos á su abuelo; de éste, dice Pothier, es de quien recibe su parte en la sucesión. Hay que agregar, gracias á la ficción de la representación.

El orador del Tribunado explica el art. 744 de un modo un poco diferente: dice que la representación es un derecho de parentesco que el representante debe á la sangre (1). Esto no es del todo exacto, y cuando se necesita una exactitud extrema es en punto á ficciones legales, á fin de que no se les dé una trascendencia que no deben tener. Si sólo se consultaran los vínculos de la sangre, habría que rechazar la representación, como lo hacían nuestras antiguas costumbres; la sangre ignora las ficciones, es una realidad viva, de lo que resulta que el más próximo excluye al más lejano. Ha sido precisa la intervención del legislador para derogar la ley de la sangre. Ya se ve cuán importante es mantener esta idea de ficción que ofuscaba á Toullier, porque ella sola explica los principios de la representación. Después de esto, tan verdad es decir que la representación tiene su base en la sangre, ó como dice Lebrun, en la naturaleza, que opera una subrogación perpetua de los hijos al padre, en el sentido de que el afecto que se tiene al padre se transporta á los hijos, al menos en el próximo parentesco (2).

1 Lebrun, "De las sucesiones," lib. III, cap. V, sec. I, núm. 10.

2 Simeón, Discurso, núm. 20 (Looré, t. 5º, p. 155).

68. Del principio de que el representante debe su derecho nó al representado sino a la ley, se sigue que el representante no debe tener las calidades que se requieren para suceder al representado, porque no es él quien sucede. Todos los autores enseñan que el representante no debe estar concebido á la muerte del representado; el biznieto puede venir á la sucesión de su bisabuelo por representación de su abuelo, por más que á la muerte del abuelo no estuviese concebido. En derecho no hay la menor duda; el representante sucede al difunto, á cuya herencia es llamado por el beneficio de la ley; para suceder al difunto es para lo que debe tener los requisitos para suceder. El no sucede al representado; así, pues, poco importa que no estuviese concebido cuando aquél falleció; esto no impide que por sus venas corra la sangre del abuelo; esto no impide que el afecto del bisabuelo se dirija hacia el último vástago que Dios, en su bondad, le ha enviado para consolarlo de la pérdida de los hijos más cercanos que le ha arrebatado la muerte.

El mismo principio conduce á otra consecuencia, en al que el derecho no siempre está de acuerdo con los afectos. Se pregunta si el representante, indigno respecto al representado, puede no obstante, invocar el beneficio de la representación. En derecho, la afirmativa no es dudosa, porque todo lo que acabamos de decir de la incapacidad se aplica á la indignidad. El representante indigno no sucede al representado y no tiene de éste su derecho; ¿qué importa que sea indigno si tiene los requisitos para suceder á aquél cuya herencia reclama? ¿Pero puede decirse también que el afecto del difunto se ha trasladado á un descendiente excluido de la sucesión de su padre como indigno? La ley no entra ni puede entrar en estas consideraciones individuales. En más de una ocasión no existía el afecto que el legislador supone en el difunto para el re-

presentante, lo mismo que el afecto presumible del difunto para sus herederos, de la misma manera que muchas veces es una ficción el afecto que tenga el difunto hacia sus herederos *ab intestato*: el principio sigue siendo aplicable, aun cuando falte la presunción en que se funda.

Núm. 2. El representado.

69. El art. 774 dice: "No se representa á las personas vivas, sino únicamente á las que han muerto natural ó civilmente." Ya se sabe que la muerte civil está abolida. En cuanto al principio formulado por el art. 744, fácil es justificarlo, por más que diga Toullier. No es una ley arbitraria; toda ficción tiene su razón de ser. Recordemos los motivos muy naturales que han obligado á introducir la representación. Un hombre ve morir antes que él á su hijo; su cariño refluye con fuerza nueva en los desventurados huérfanos. El muere dejando hijos y nietos. ¿Estos, de segundo grado, serán excluidos por los hijos del primero? La naturaleza protestaría contra semejante iniquidad. Así, pues, lo que justifica la representación es la voz de la naturaleza. Pues bien, todo supone la previa defunción de aquél á quien se va á representar. ¿Puede tratarse para los hijos de réemplazar á su padre en el afecto del abuelo cuando el padre vive? La ficción carecía de sentido. Tampoco lo tendría si se considera el objeto de la representación. El art. 739 dice que la representación tiene por objeto hacer entrar á los representantes en el *lugar*, en el *grado* y en los *derechos* del representado. Si el padre vive ¿pueden sus hijos ocupar su lugar? ¿acaso se ocupa un lugar ya ocupado? Si vive el padre ¿puede tratarse de una ficción para hacer entrar á sus hijos á su *grado*, siendo que éste está lleno? En cuanto á los *derechos* que los hijos vienen á ejercitar son los que el padre habría tenido si hubiese

sobrevivido: sin la suposición del fallecimiento anterior no es concebible la ficción de la representación.

70. Aunque el principio sea de extrema sencillez, suscita muchas dificultades en la aplicación. Hacemos á un lado la cuestión de saber si se puede representar á un ausente, porque ya lo tratamos en otro pasaje de esta obra (t. II, núm. 255). Supongamos que el padre á quien los hijos querían representar haya sobrevivido y que su vida esté comprobada. Habiendo sobrevivido siquiera un instante, sucedió al difunto. Si muere después de haber aceptado la herencia, ya no se trata de sucesión, el patrimonio del difunto se ha confundido definitivamente con el patrimonio del sucesible, y este patrimonio único pasa á sus hijos. Estos, en este caso, recogen los bienes de su abuelo, pero ¿esto por derecho de representación? Ciertamente que no; ellos toman los bienes de su abuelo confundidos con los de su padre, como herederos de éste. Y si el padre muere antes de haber aceptado la herencia abierta en su provecho, no por eso deja de ocupar los bienes, derechos y acciones del difunto, dice el art. 724. El tenía el derecho de aceptar la herencia ó de renunciarla; este derecho forma parte de su patrimonio, y él lo transmite con su patrimonio á sus hijos; éstos recogen, pues, la sucesión de su abuelo si quieren aceptarla. ¿Pero será esto en virtud de la representación? La negativa por segunda ocasión es evidente. Habiendo sobrevivido el padre, ha sucedido, luego no puede tratarse ya de suceder á su lugar (1). En los dos casos que acabamos de suponer, hay *transmisión*, de la herencia ó del derecho á la herencia. Dícese generalmente que hay tres maneras de suceder: por *sí mismo*, por *representación*, y por *transmisión* (2). Los que recogen una sucesión por transmisión no suceden. Cuando el difunto que se las transmite

1 Chabot, t. 1º, p. 209 (art. 744, núm. 3).

2 Toullier, t. 2º, 2, p. 112, núm. 188.

muere después de haberla aceptado, ya no hay sucesión sino un patrimonio único que pasa á los herederos. En este patrimonio se hallan, es verdad, los bienes recogidos por el difunto en la sucesión á la que ha sido llamado; pero estos bienes no forman ya una sucesión, se han confundido con los demás bienes que deja á sus herederos; éstos no son llamados á la herencia de su abuelo, sino á la de su padre. Lo mismo es cuando el padre muere antes de haber aceptado la sucesión; no por eso ha dejado de suceder, luego es imposible que sus hijos sucedan. No hay más que ésta sola diferencia entre la segunda hipótesis y la primera, y es que, en una, los hijos recogen los bienes de la herencia confundidos definitivamente con los bienes de su padre, mientras que, en la otra, son aún libres para aceptar la sucesión ó para repudiarla.

Así, pues, la transmisión no es un modo de suceder. Difiere en todos conceptos de la representación. La transmisión supone que el que transmite la herencia ha sobrevivido, porque por haber sobrevivido es por lo que ha sucedido y por lo que transmite la sucesión á sus herederos. Mientras que no se representa á las personas vivas, porque la representación tiene por objeto poner á los representantes en el lugar que habría ocupado el predecedido. Si-guese de aquí que el representante no sucede al representado, no es su heredero. Sucede directamente al difunto á cuya renuncia es llamado por el beneficio de la ley. Por el contrario, el que adquiere una sucesión por transmisión, sucede al heredero que la recoge y que se la transmite; luego no tiene derecho á dicha sucesión sino indirectamente, como co-interesado del que la ha adquirido (1). Esto implica que el que recoge una sucesión por transmisión, acepta la herencia en la cual está comprendida esa

¹ Lebrun, "De las sucesiones," lib. 3^o, cap V, sec. I, núm. 1, página 456. Chabot, t. 1^o, p. 171 (art. 739, núm. 6).

sucesión; renunciar á la herencia sería renunciar también á dicha sucesión. No pasa lo mismo con la representación: se puede representar á aquel á cuya sucesión se ha renunciado. Por último, la representación es una ficción, es decir, una excepción que no existe sino en los casos previstos por la ley y únicamente en las sucesiones *ab intestato*. La transmisión, al contrario, es la aplicación del derecho común, en cuya virtud, el que tiene un derecho en su patrimonio lo transmite á sus herederos; todos los herederos *ab intestato* pueden invocarlo, lo mismo que los legatarios ó donatarios universales.

71. El art. 787 consagra una consecuencia del principio establecido por el art. 744: "Jamás se viene por representación de un heredero que ha renunciado." Como el heredero que renuncia, necesariamente ha sobrevivido al difunto, es, por lo mismo, una persona viva, como dice el art. 744; por lo mismo el art. 787 no hace más que repetir lo que ya había dicho el art. 744; parece, pues, inútil esta disposición y por ello se han hecho reproches á los autores del código Napoleón (1). La tradición nos da la razón de esa aparente redundancia. En el antiguo derecho se admitía también el principio de que no se representa al heredero que renuncia. Sin embargo, se hacían restricciones. Dumoulin, á quien se atribuye, pero equivocadamente, el establecimiento de este principio, le imponía una excepción importante: según él, los hijos del renunciante debían representar á su padre, á efecto de concurrir con otros nietos, que venían ellos á su vez por representación de un hijo fallecido antes. Pothier no iba tan lejos; sin embargo, enseñaba que si todos los hijos renunciaban, los nietos, aunque llamados por sí mismos, debían gozar del beneficio de la representación, á fin de que la partición se hiciese por estirpe. Por la naturaleza de estas reservas comprén-

1 Duranton, t. 6º, p. 205, núm. 181.

dese cuál es el motivo que las inspiraba, que era una consideración de equidad. Parecía duro excluir de una herencia á los hijos de aquel que malamente había renunciado á ella, siendo que en realidad tenían el mismo derecho que los que venían por representación, porque todos estaban en el mismo grado. El derecho de los hijos que se hallaban excluidos por la representación, parecía tan justo, que el principio mismo que les impedía llegar á la herencia, se vió conmovido. "No es justo restringir un derecho tan favorable, decía Basuage, y no darle lugar sino en el solo caso del fallecimiento de aquel á quien se quiere representar; esto es aplicar mal la intención de las leyes y contravenir á sus fines. No se ha introducido la representación sino por un principio de equidad, para poner á los hijos en el lugar de su padre; que si éste no quiere prevalerse de su derecho, no debe poner obstáculos á sus hijos." Lebrun reproduce estas objeciones, dándoles nuevos desenvolvimientos, y bajo el imperio del código civil, Demolombe se ha hecho órgano de los mismos sentimientos (1). Ya en el antiguo derecho, la jurisprudencia había rechazado todas las restricciones imaginadas por la doctrina; los autores del código no han hecho más que sancionar la opinión que había acabado por prevalecer. Bajo el punto de vista de los principios, fácil es justificarla.

La representación no es más que una ficción, y no un modo de suceder aceptado por el derecho común. Ahora bien, la ficción no tiene razón de ser, sino cuando el hijo más próximo en grado muere antes, dejando descendientes; para que éstos no sean excluidos es por lo que la ley les concede el beneficio de representar á su padre. Si el padre sobrevive y renuncia, ya no hay lugar á recurrir á una ficción, supuesto que se está en la realidad de las cosas. El sucesible ha sobrevivido, ha tomado posesión, ha usado

1 Demolombe, t. 13, p. 52, núm. 401.

de su derecho: ¿puede tratarse de ejercer los derechos de una persona, en lugar de ésta, cuando ella misma los ha ejercido? Ahora bien, esa es justamente la posición del heredero que renuncia. ¿En qué consiste su derecho hereditario? En aceptar ó renunciar. El heredero ha renunciado; luego ha ejercido su derecho, tanto como si hubiera aceptado. En vano se apela á la equidad. Diariamente se ve que un padre de familia hace mal uso de sus derechos: y ¿será ésta una razón para que se permita á sus hijos que reclamen un derecho al que su padre ha renunciado? Sin embargo, queda un motivo que habría podido inducir al legislador á consagrar la restricción que hacía Dumoulin al rigor de los principios. Los hijos del renunciante ningún derecho tienen que hacer valer, esto es claro. Pero el derecho de los que quieren excluirlos por medio de la representación ¿es tan evidente como se dice? Nosotros planteamos la cuestión bajo el punto de vista de la teoría. Y ¿no puede decirse que la ficción de la representación sólo se ha introducido para ayudar á los descendientes de un hijo fallecido anteriormente, á que suban al grado de su padre, ó para determinar el modo de partición, mientras que en el caso de que se trata, se invoca aquella ficción para excluir á descendientes que se hallan en el mismo grado que los demás? A nuestro juicio, se altera la ficción haciéndola servir para separar descendientes, siendo que sólo se ha imaginado para hacer que sucedan.

72. El conflicto entre la equidad y el derecho se presenta á la vez en una cuestión que se ha discutido acaloradamente. Por los términos del art. 730, "los hijos del indigno, que vienen de por sí á la sucesión, y sin ayuda de representación, no son excluidos por culpa de su padre." ¿A qué caso se aplica esta disposición? Hay una hipótesis en la cual no es dudosa la respuesta. El indigno ha sobrevivido al abrirse la herencia y está excluido de ella; sus

hijos no pueden representarlo, no porque es indigno, sino porque no se representa á una persona viva; quedarán excluidos si hay herederos de un grado más próximo, mientras que podrán suceder de por sí si no hay heredero más próximo. No es ese el caso previsto por el art. 730; inútil era prever una hipótesis que el legislador decide en el art. 744. Cuando la ley dice que los hijos del indigno no pueden llegarse á la sucesión por el beneficio de la representación, supone que, conforme al derecho común, habría lugar á la representación; es porque el heredero a quien se trataría de representar es indigno, por lo que la ley no permite á sus hijos que lo representen, lo que implica que sin indignidad habría habido lugar á la representación, luego el texto supone el fallecimiento anterior del indigno. El caso previsto por el art. 730 es, pues, éste: un hijo parricida muere antes que su padre, y en seguida se abre la sucesión de éste; ¿los descendientes del indigno serán admitidos con los hijos del primer grado? Nó, según la decisión del código. Nosotros creemos que esa decisión está en armonía con los principios que rigen la indignidad, así como con el principio de la representación.

El heredero indigno es excluido de la sucesión en el momento mismo en que ésta se abre; luego jamás ha tomado posesión, porque no tiene los requisitos para suceder, carece de todo derecho. Por lo mismo no se concibe que sus hijos vengan á ejercer su derecho en su lugar. El art. 739 dice que la representación tiene por efecto hacer que el representante entre *en los derechos del representado*. Y en el caso de que se trata, el representado no tiene derecho; luego su representación es imposible. Si se admite la opinión que hemos enseñado sobre la indignidad, la cuestión no es dudosa: habría sido preciso resolverla en contra de los hijos del indigno, aun en ausencia de un texto. Si se admite con los autores que la indignidad no existe sino en virtud

de un fallo, la cuestión se hace dudosa. Puede decirse que el hijo ha muerto culpable, pero no indigno; que, por consiguiente, sus descendientes pueden representarlo, supuesto que ha muerto con las calidades requeridas para suceder. El argumento sería muy fuerte en teoría; ¿pero cómo conciliarlo con el texto del art. 730? El texto supone, como acabamos de decirlo, que hay un caso en el cual los hijos del indigno no pueden venir á la sucesión por representación, en razón de la falta de su padre. ¿Cuál caso es éste? Quizá no es más que el de la muerte anterior del indigno, porque si ha sobrevivido, no hay lugar á la representación. Por lo demás, la decisión del código se justifica, aun en la opinión que enseña que la indignidad no tiene lugar de pleno derecho. Chabot establece este punto con tal claridad, que puede decirse con justo derecho que la cosa es evidente. El art. 730 dice que los hijos que *vienen á la sucesión por sí mismos y sin auxilio de la representación*, es decir, *cuando vienen por sí mismos y sin representación*, son excluidos por culpas de su padre; lo que significa que si pueden venir por sí mismos á la sucesión, no son excluidos por el delito de su padre; y esto es lógico, supuesto que son llamados personalmente á la herencia; excluirllos equivaldría á castigarlos por delitos de su padre; en el antiguo derecho, se llevaba el rigor hasta ese punto, pero esto era inicuo; el código ya no quiere que los hijos sean excluidos de una sucesión á la cual son llamados en virtud de su grado de parentesco. Distinta es la cuestión de saber si los hijos serán admitidos á representar á su padre indigno y muerto con anterioridad. Ellos se hallan en este caso en un grado demasiado lejano para suceder por sí mismos; luego no podrían llegar á la sucesión sino representando á su padre. Ahora bien, el art. 730 se opone á que vengan á la herencia por la representación. Y esta disposición es una consecuencia jurídica de la fic-

ción que permite que los hijos representen á su padre. El representante no tiene derecho propio, supuesto que su grado lo excluye; por una ficción legal, entra en los derechos que su padre habría ejercido si hubiese sobrevivido. Ahora bien, si el padre hubiese sobrevivido, habría sido excluido de la herencia como indigno; luego no habría ejercido ningún derecho, y por lo tanto, ningún derecho puede ejercer en su lugar el representante. En vano se dice que murió capaz, supuesto que no se le había declarado indigno por un fallo. Esta objeción habría podido detener al intérprete, pero no al legislador. Este es quien declara indigno al padre, quien resuelve que el indigno no puede ser representado (1).

Chabot intenta justificar el art. 730, bajo el punto de vista de la justicia. “¿No sería irritante, dice él, que el representante del asesino fuese llamado á suceder á la persona asesinada?” Nó, lo que por el contrario subleva el ánimo es que los hijos sean castigados por delitos de sus padres. Y tal es, en definitiva, la consecuencia á que viene á parar el art. 730. Verdad es que, legalmente hablando, los hijos del indigno están excluidos porque los principios que rigen la representación no les permiten que invoquen esta ficción: no se representa á un indigno. De todos modos si el hijo no puede representar á su padre indigno, es á causa de su indignidad. Después de todo ¿quién ha creado la ficción de la representación? La ley, luego ésta podía también modificarla, y habría debido hacerlo. Son leyes malas las que se ponen en oposición con el sentimiento moral. Este conflicto habla en contra del legislador; el intérprete debe imponer silencio á la naturaleza para permanecer fiel á la ley. Esto es lo que le ha sucedido á uno

1 Chabot, t. 1º, p. 87, art. 730, núm. 1. Merlín participa de esta opinión (“Repertorio,” en la palabra “Representación,” sec. 4º, párrafo 3º, núm. 7, (t. 29, págs. 100 y siguientes).

de nuestros buenos autores; Duranton ha vacilado por mucho tiempo, hace valer todas las razones que militan contra el texto, pero la fuerza de éste ha acabado por dominarlo, y es lo que debe ser. (1). Hay una sentencia en este sentido, la única que se haya pronunciado en esta cuestión (2). No obstante, algunos excelentes ingenios se han pronunciado por la opinión contraria. Tienen á su favor á una autoridad imponente, la de Pothier. Y uno de los mejores intérpretes del antiguo derecho, el presidente Bouhier, abunda en este orden de ideas. Bouhier dice que la doctrina que no permite que el hijo indigno represente á su padre se halla en oposición con la razón y con la equidad. La naturaleza se opone á que la pena caiga sobre inocentes. ¿Pero cómo conciliar la voz de la naturaleza con el principio de la representación? En el antiguo derecho había una doctrina generalmente adoptada, que restringía el principio en cuya virtud el representante no tiene más derechos que los que habría tenido el representado, si hubiese sobrevivido. Distingúanse las diversas causas que privaban al difunto de su derecho. Las incapacidades absolutas que sobre él pesaban podían oponerse á sus hijos, porque de ellas resultaba que el difunto carecía de todo derecho, tal era la incapacidad del extranjero. Otra cosa era de los vicios personales del representado, que no perjudicaban al representante, tal era, en verdad, la indignidad (3). Pothier es de la misma opinión, y concluye diciendo: "debe decidirse que los hijos del indigno no pueden suceder por representación cuando éste vive, pero que sí lo pueden cuando ha muerto antes" (4). Este pasaje, dicen,

1 Duranton, t. 6º, p. 157, núm. 131. Compárese Mourlon, "Repeticiones," t. 2º, p. 30.

2 Burdeos, 1º de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 157).

3 Pothier, "De las sucesiones," cap. 2º, sec. 1º, art. 1º, pfo. 2.

4 Bouhier, "Costumbres de Borgoña," cap. 23, núms. 71 y siguientes (t. 2º, págs. 924-926).

es la fuente del art. 730, por lo que hay que interpretar éste en tal sentido (1). La respuesta á estas inducciones históricas es sencillísima; el texto del art. 130 no dice lo que Pothier; luego si, como lo pretenden, los redactores del art. 730 tenían á la vista el tratado de Pothier, debe sacarse por consecuencia que se desviaron de la opinión de Pothier. En cuanto á la distinción de los *vicios personales* y de las *incapacidades absolutas*, que servía de base á la decisión de Pothier y del presidente Bouhier, no hay ninguna traza en el código: el art. 739 la rechaza, por el contrario, implícitamente, supuesto que no da al representante más que los derechos del representado, de donde se sigue que si el difunto no tenía derecho, ó sólo tenía derechos viciados, el representante no puede tener derecho ó no puede tener más que derechos viciados.

§ IV.—EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN.

73. El efecto de la representación, según el art. 739, es que los representantes entren en el *lugar*, en el *grado* y en los *derechos* del representado. Podría uno limitarse diciendo que se ha introducido la ficción para hacer que el representante suba al *grado* del representado: el *lugar* se confunde con el *grado*, y los *derechos* son consecuencia de éste. Así es que el efecto de la representación es que el representante suceda como habría sucedido el representado. El difunto deja por heredero á un hermano uterino y al hijo de un hermano segundo muerto anteriormente. Si el hermano segundo hubiese sobrevivido, habría tomado desde luego la mitad aplicada á la línea paterna en la cual él solo sucede, y habría dividido, con el hermano uterino, la mitad aplicada á la línea materna, lo que le habría pro-

1 Buguet sobre Pothier, t. 8º, p. 40, nota. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 300, núm. 435. Demolombe, t. 13, p. 382, número 291.

curado las tres cuartas partes de la herencia. El hijo que sube á su grado ocupa su lugar y ejerce sus derechos, luego tomará las tres cuartas partes de los bienes.

74. Si hay varios grados entre el representante y el representado, el representante debe subir de grado en grado hasta que llegue al representado. Es de principio que la representación no tiene lugar por saltos. El nieto quiere llegar á la sucesión por representación de su abuelo; precisa desde luego que represente al padre, supuesto que éste representa al abuelo; luego si el padre ha renunciado ó es indigno, no podrá ser representado, y por consiguiente, el nieto no podrá llegar á la sucesión como representante de su abuelo. En efecto, al padre correspondía representar al abuelo; si ha renunciado ó si es indigno, su hijo no puede ya representarlo y por consiguiente, no puede subir al grado del abuelo. En este caso, él no podrá suceder sino por su propio capítulo. En este sentido es como se dice que la representación no se opera por medio de saltos (1).

75. El art. 745 establece que: "En todos los casos en que se admite la representación, la partición se opera por estirpe." Esta es una consecuencia del principio que acabamos de establecer conforme al art. 739. El representante entra en los derechos del representado, pero ya no tiene derechos. Fíngese que el representado ha sobrevivido y que transmite á sus descendientes la parte que recoge en la herencia; los descendientes toman, pues, la parte que habría tenido el representado, y esto es lo que se llama partición por estirpes. Antes hemos dicho por qué se hace la partición por estirpe, *en todos los casos*, es decir, aun cuando los descendientes estén en el mismo grado; ellos no deben ni perder ni sacar provecho por la muerte del que representan. Hay un caso en el cual la partición por

1 Chabot, t. 1º, p. 168 (art. 739, núm. 4).

estirpe parece que conduce al mismo resultado que la partición por cabeza. El difunto deja dos nietos de un hijo predecedido y otros dos nietos de un segundo hijo, también predecedido: si la partición se hace por cabeza, cada uno tomará la cuarta parte: si la partición se hace por estirpe, cada uno tomará la mitad de la mitad aplicada á su rama, es decir, también la cuarta parte. Importa siempre distinguir si la partición tiene lugar por estirpe ó por cabeza, es decir, si hay ó no representación. Si los cuatro descendientes sucediesen por sí mismos, sin representación, y si uno de ellos renunciase, su parte acrecería á los otros tres, cada uno de los cuales tendría la tercera parte. Si, al contrario, ellos vienen por representación, la parte del que renuncia aprovechará á los co-herederos de su rama; éste, que ha quedado solo, toma la mitad de la sucesión, mientras que los otros dos descendientes no tomarán cada uno más que una cuarta parte. Hay una segunda diferencia entre las dos hipótesis: cuando los nietos vienen á la sucesión de su abuelo por representación, deben aportar las donaciones hechas á su padre, como presto lo diremos: si vienen por sí propios, no deben aportar las liberalidades que su padre ha recibido, aun cuando hubiesen recogido los bienes donados como herederos, porque no son donatarios (1).

76. El art. 743, agrega: "Si una misma estirpe ha producido varias ramas, la subdivisión se hace también por estirpe en cada rama y los miembros de la misma rama comparten entre sí por cabeza." Pablo muere dejando una sucesión de 36000 francos. Ha tenido tres hijos, uno de los cuales sobrevive, por lo que toma el tercio de la herencia, es decir, 12000 francos. El segundo hijo muere, dejando á un hijo vivo y á descendientes de un hijo predecedido; la tercera parte, que les corresponde, se dividirá

1 Mourlon, "Repeticiones," t. 2º, ps. 40 y siguientes.

por mitad entre el hijo sobreviviente, que tendrá en consecuencia 6000 francos, y los dos descendientes tendrán la mitad de los 6000 francos, es decir, 3000 cada uno. Un tercer hijo ha muerto igualmente; deja á un hijo vivo, de un segundo hijo predecedido, dos descendientes, y de otro hijo predecedido, cuatro descendientes. ¿Cómo se dividirán los 12000 francos devueltos á la tercera estirpe? Hay tres ramas, luego cada una toma 4000 francos; en una de estas tres ramas sólo hay un hijo, que tendrá los 4000 francos; en la segunda hay dos, cada uno con 2000 francos; en la tercera hay cuatro, cada uno de ellos tendrá 1000 francos (1).

77. El código no habla de los cargos que el representado habría debido soportar si hubiese sobrevivido; ¿los representantes están obligados á ellos? Sí, y sin duda alguna, ellos ocupan el *lugar* del representado, dice el art. 739; si lo ocupan por los derechos, deben también ocuparlo por las obligaciones. La ley agrega que entran en los *derechos* del representado, luego no tienen más derechos que los que el difunto habría ejercido si hubiese sobrevivido; si estos derechos implican obligaciones, los representantes deben cumplirlas. Todo sucesor universal está obligado por las deudas; los representantes suceden, luego están obligados por las deudas. ¿Dentro de qué medida? En la proporción por la cual el representado habría debido soportarlas. Si el representado ha recibido alguna liberalidad del difunto, los representantes deben aportarla. El artículo 848 lo dice y esto es una consecuencia lógica que rige la representación.

78. ¿El testador puede derogar los principios de la representación? La afirmativa no es dudosa, si, como se supone, se trata de una sucesión en línea colateral. A la vez que manteniendo el orden de sucesión establecido por la ley, el testador puede derogarlo, supuesto que tiene la li-

1 Duranton, t. 6º, p. 205, núm. 184.

bre disposición de sus bienes. ¿Qué trascendencia tendrán tales derogaciones? Ellas pueden ser más ó menos extensas; esta es cuestión de interpretación. Darémos algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia. En el antiguo derecho había algunas costumbres que admitían la representación hasta el infinito en línea colateral. Nada tan tenaz como los principios del derecho consuetudinario, que, por decirlo así, penetran en la sangre de las poblaciones y se transmiten de una á otra generación, como cosa heredada. Esto explica cómo es que testamentos hechos en pleno siglo diez y nueve, reproducen la representación en provecho de los colaterales. El testador dice: "Yo quiero que mi sucesión se divida entre mis primos y los hijos de mis primos, como si fuera yo su tío, y sin que los más próximos puedan apartar á los más lejanos." Se ha fallado que por esta disposición, el testador no había pretendido llamar á su herencia más que á los primos hermanos que le sobreviven y á los descendientes de estos primos hermanos que falleciesen antes que él, por representación de sus autores. En efecto, resultaba de los términos del testamento y de todas las circunstancias de la causa, que el testador había querido transportar á los primos hermanos el sistema de representación que el código establece para los sobrinos y sobrinas; nacido y habiendo vivido una gran parte de su larga carrera bajo el imperio de la costumbre del Maine, que admitía la representación hasta el infinito, él no quería que los descendientes de sus primos hermanos fuesen privados de su herencia, á causa de los principios nuevos del código. La corte de Angers falló también que el testamento cuyos términos hemos citado no derogaba la regla de la división por líneas; en efecto, el testador no había dicho de qué manera se distribuirían sus bienes entre sus colaterales, no se había explicado sino sobre la representación, lo que equivalía á mantener implícita-

mente las otras reglas, principalmente la regla fundamental de la división por líneas (1).

Un testador lega sus bienes "á todos sus parientes, en el mayor número por representación, sin tener en cuenta el código civil que sólo admite á los más próximos." Se falló que, según esta disposición, la partición debía hacerse por cabeza y no por estirpe. La corte de casación mantuvo esa interpretación, como confirma siempre las decisiones fundadas en la voluntad del disponente, voluntad que los jueces del hecho tienen poder para apreciar. A nuestro juicio, el testador daba á entender únicamente, que establecía el principio de la representación hasta el infinito, lo que multiplicaba considerablemente los herederos, pero que, por eso mismo, mantenía la partición por estirpe (2).