

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 (2). Creemos inútil multiplicar ejemplos: el derecho del difunto no se pone en duda, y la aplicación no suscita más que 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).

riente, 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 sí, 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 estricta interpretación; pero lo es más si se considera como una ficción, porque es de la esencia de las ficciones que deban encajarse 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 béglica 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 contraer matrimonio sin el consentimiento de su padre; ellos prevenen 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 béglica. 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. 3º, cap. 5º, 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 (Loaré, t. 5º, ps. 108 y 109).

2 Treilhard, Exposición de motivos, núm. 14 (Loaré, 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. 1º, 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 Tribunado; 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 precedidos, 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 estirpe, lo que es justo, porque los descendientes de un hermano precedido 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 estirpe, 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 estirpe 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):