

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 sucesibilidad 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 transtorna 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 Durantón, 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 Tribuado, núm. 191 (Loché, t. 5º, 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).

aquél 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 (Loaré, t. 5º, p. 155).

68. Del principio de que el representante debe su derecho nó al representado sino á 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, 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. Síguese 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. 3º, cap V, sec. I, núm. 1, página 456. Chabot, t. 1º, 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. 6°, 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.