

nuestro artículo deroga la legislación Patria.

No puede negarse que á favor de nuestra legislación existían argumentos poderosos: los hijos, en el caso de no concurrir con sus tios, no necesitaban del derecho de representación para heredar y, siendo todos iguales en grado aunque de diferentes hermanos, debían heredar *in capita* por personas ó partes iguales.

Pero en el artículo 754 se ha dado al derecho de representación respecto de los hijos y *descendientes* de hermanos la misma extensión en línea recta descendente: ¿por qué, pues, no igualar en todo ambos casos? ¿por qué los nietos, cuyos padres hubiesen muerto, encontrándose solos, no habrían de heredar también al abuelo *in capita*?

A favor de la representación los hijos del hermano no eran excluidos por sus tios, hermanos de su padre, aunque más próximos en grado que ellos: excluían también á los tios carnales del difunto, iguales en grado que ellos, pues que todos se hallan en el tercero; sin embargo, Voet, libro 38, título 17, número 16, niega que los hijos de hermanos, sobrinos del difunto, necesiten del derecho de representación para escluir á los tios carnales del difunto, como efectivamente los escluyen por la Novela 118, capítulo 3, y por la ley 6, título 13, Partida 6.

Voet funda este favor de la ley en que, así como en la línea recta los descendientes aunque más remotos, son preferidos á los ascendientes, por ejemplo, el nieto del difunto al padre de este y bisabuelo de aquel, así los hijos del hermano difunto deben ser tenidos por descendientes de este, y escluir á los tios del mismo modo que son tenidos por padres ó ascendientes: fútil razón por cierto para el propósito de Voet.

Por el derecho Romano, y la ley 4, título 13, Partida 6, que admitían á la herencia á los hermanos, é hijos de estos, para cierto caso, juntamente con el padre y madre del difunto, quedaban en pié muchas cuestiones que pueden verse en los intérpretes, y cortó de raíz la ley 6 de Toro, ó 1, título

20, libro 10, Novísima Recopilación, disponiendo que los ascendientes excluyan siempre á los colaterales.

Pero, quitada la representación, ¿qué razón convincente podrá alegarse para que los sobrinos carnales del difunto excluyan á los tios carnales que están en el mismo tercer grado que aquellos? Y sin embargo los excluyen, según la citada Novela 118; capítulo 3, y la ley 6, título 13, Partida 6. Cuando puede explicarse razonable y congruentemente la disposición de la ley por el derecho de representación, no debe desecharse este medio.

Admitido ya por nosotros que la representación no se limite, según la citada Novela y ley de Partida, á los hijos de hermano, sino que alcance á sus descendientes, se hace más preciso y sencillo establecer que sucedan siempre *in stirpes*, y no por cabezas ó personas.

Puede concurrir el nieto del hermano del difunto con un tío carnal de este; el nieto distará cuatro grados, y el tío tres: sin la representación el más remoto no puede escluir al más cercano.

Ha de haber también representación cuando concurren sobrinos de hermanos enteros ó carnales con sobrinos de medio hermanos para la porción simple ó doble de sus respectivos padres.

Por estas y otras consideraciones ha sido adoptado el artículo 743, que asimila en todos casos el derecho de representación de los hijos y descendientes de hermanos á lo dispuesto para la línea recta de descendientes.

ARTICULO 757.

El que repudia la herencia de uno, puede todavía representarle en la herencia de otro (1).

No se encuentra ley patria concreta á este artículo; pero su disposición es corriente en Derecho Romano, como puede verse en Veto, libro 38, título 17, número 4, donde

1. El que repudia la herencia que le corresponde por una lenda, no queda por esa razón impedido de aceptar la que le corresponde por otra.—Art. 3858, tit. 4, cap. 2, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

cita las leyes 3, título 14, y la 1, título 16, libro 6 del Código, con la 11, título 9; libro 38 del Digesto. El nieto que repudia la herencia de su padre como dañosa, puede todavía representarle para heredar al abuelo, *quia ex suo capite tamquam proximus ad avivenit sucessionem*; por su derecho propio y sin necesidad de heredar á su padre, es heredero forzoso de su abuelo.

El Código Frances ha consignado esta disposición en el artículo 744. "Se puede representar á aquel á cuya sucesión se ha renunciado:" le siguen el Sardo, artículo 930; el de la Luisiana, artículo 896; el de Vaud, artículo 529, y el Holandés, artículo 895.

En los motivos del artículo Frances dice un orador: "Para representar á otro no hay necesidad de ser su heredero, y antes bien se puede haber rehusado serlo. La razón es que no se representa á un difunto en la herencia, á que él sería llamado si viviera por ser heredero del mismo: pues, bajo este concepto, no podría haber derecho alguno á una sucesión abierta después de su muerte. Si se le representa, es por que se toma su lugar en la familia y se llena el grado que él habría ocupado. Este derecho es un derecho de parentesco que se recibe de la sangre: no es un derecho dependiente de la herencia del representado.

ARTICULO 758.

No puede representarse á una persona viva, salvo los casos designados en los artículos 623 y 673 (1).

Conforme con el artículo 744 Frances y demás citados en el anterior, por ser máxima general en todos los Códigos antiguos y modernos, "no se representa á una persona viva."

El 929 Sardo, después de proclamarla, añade: "Sin embargo, los hijos y descendientes de los que han sido excluidos como indignos, ó desheredados, pueden represen-

1. Entre personas vivas no tiene lugar la representación sino en los casos de desheredación ó incapacidad.—Art. 3859, tit. 4, cap. 2, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

tarlos en los solos casos y según la regla establecida en los artículos 711, 741 y 922.

(Lo chocante es que en las Concordancias "se diga de este artículo como el 742, Código Napoleón:" lo mismo se advierte en otros muchos.)

Los motivos de las excepciones de nuestro artículo pueden verse en los dos que se citan y en el 745.

SECCION III.

DEL DOBLE VINCULO.

ARTICULO 759.

Llábase doble vínculo el parentesco por parte del padre y madre juntamente.

ARTICULO 760.

El efecto del doble vínculo será dar en la herencia una porción doble de la que tiene el pariente de un solo lado.

Este derecho solo tiene lugar en la línea colateral y entre los hermanos, sus hijos y descendientes.

Justiniano en la Novela 118 fue también el autor del beneficio del doble vínculo, limitándose á los hermanos y á sus hijos, como lo hizo en cuanto al derecho de representación.

Los efectos del doble vínculo eran por Derecho Romano los siguientes:

1º Las hermanas y hermanos carnales heredaban á su difunto hermano en unión de los padres ó ascendientes: Novela 118, capítulo 2.

2º Por el doble vínculo, unido al derecho de representación, eran también admitidos á la herencia en el caso anterior los hijos (no los nietos) de los hermanos muertos; pero si estos hijos quedaban solos, es decir, si no concurrían hermanos del difunto, eran excluidos por los padres y ascendientes del mismo.

3º Las hermanas y hermanos carnales excluían enteramente á los consanguíneos y uterinos; y de la misma preferencia gozaban los hijos de los primeros en el caso que estos hubieren muerto: Novela 127.

La ley 4, título 13, Partida 6, copió fielmente al Derecho Romano.

Sin embargo, el Fuero Juzgo no reconocía el doble vínculo si no en los hermanos carnales, y para el solo efecto de escluir á los consanguíneos y uterinos de la sucesion del hermano, no para concurrir con los padres ó abuelos del difunto; leyes 2, 3 y 5, título 2, y 4, título 5, libro 4: lo mismo se lee en las leyes 1, y 12, título 6, libro 3 del Fuero Real.

Esto era consiguiente á que por los dos Fueros mencionados el derecho de representacion estaba limitado á los hermanos sin que aprovechase á sus hijos: igual es la disposicion del capítulo 10, título 4; libro 2 del Fuero de Navarra.

Las leyes 7 y 8 de Toro (hoy 2, título 20, libro 10 de la Novísima Recopilacion), modificaron la citada 6 de Partida, ó derecho Romano, dejando subsistir únicamente los efectos del doble vínculo segun acabo de notarlos en el número 3.

El Código Frances no da privilegio ó preferencia al doble vínculo; pero en el caso de heredar los ascendientes ó colaterales dispone por su artículo 733, que la herencia se divida en dos mitades, una para la línea paterna y otra para la materna: resulta necesariamente que el hermano carnal ó entero toma por lo menos doble porcion que el medio hermano (uterino ó consanguíneo), porque la toma en ambas líneas; y lo mismo se observa en todos los Códigos que han adoptado igual division.

El Código de la Luisiana y el de Vaud no reconocen el doble vínculo; tampoco el de Nápoles, cuyo art. 671, dice: hermanos ó hermanas del difunto, sean carnales ó no."

El Bávoro, capítulo 12, libro 3, admite el doble vínculo en las mismas personas y con los mismos efectos que tenia por las Novelas y ley de Partida arriba citadas.

El Sardo es aun más favorable al doble vínculo, pues lo reconoce á los hermanos y hermanas carnales y aun descendientes para heredar con los padres y ascendientes, y

para escluir á los medio hermanos, del difunto: artículos 934, 936 y 938.

El prusiano lo reconoce en los hermanos ó hermanas y sus descendientes, no para heredar con el padre ó madre del difunto, sino para escluir á todos los otros ascendientes y á los medio hermanos. artículo 493, título 2, Parte 2.

Los motivos ó fundamentos de nuestro artículo 760 pueden verse en el apéndice número 10: ve tambien lo espuesto en el artículo 768.

CAPITULO II.

DEL ORDEN DE HEREDAR SEGUN LA DIVERSIDAD DE LINEAS.

SECCION I.

DE LA LINEA RECTA DESCENDENTE.

ARTICULO 761.

La ley llama á la herencia en primer lugar á la línea recta descendente. (1)

ARTICULO 762.

Los hijos del difunto le heredan siempre por su propio derecho y en partes iguales. (2)

1. Véase la siguiente nota —N. de los EE.

2. Si á la muerte de los padres quedaren solo hijos legítimos ó legitimados, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales, sin distincion de sexo ni edad, y aunque procedan de distintos matrimonios.—Si solo quedaren descendientes de ulterior grado, la herencia se dividirá por estirpes; y si en alguna de éstas hubiere varios herederos, la porcion que á ella corresponda, se dividirá por partes iguales.—Si quedaren hijos y descendientes, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes.—Si quedaren solo hijos naturales ó solo hijos espúrios, unos y otros legalmente reconocidos, sucederán en la misma forma que los legítimos.—Cuando concurren descendientes legítimos con ilegítimos ó unos ú otros con ascendientes, la division se hará en los términos prevenidos en los artículos 3464, 3465, 3466 y 3470 á 3477, citados en la nota de fojas 75 á 77 de este tomo, sobre el total líquido de la herencia.—Si el intestado no fuere absoluto, se deducirá del total de la herencia la parte de que legalmente haya dispuesto el testador, y el resto se dividirá de la manera que disponen los artículos que preceden.—Concurriendo el cónyuge que sobrevive con descendientes, se observará lo dispuesto en el artículo 3884, que citaremos adelante.—Arts. 3860 á 3863 y 3865 á 3867, cap. 3, tít. 4, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

ARTICULO 763.

Los nietos y demas descendientes heredan por derecho de representacion con arreglo al artículo 755, (1)

Sobre estos artículos hay conformidad en todos los Códigos antiguos y modernos.

El Bávoro, capítulo 12, libro 3, aventaja al hijo mayor sobre sus hermanos en la clase noble: el Sardo, en sus artículos 942 y siguientes, contiene algunas disposiciones poco favorables á las hembras.

El artículo 745 Frances, copiado en los otros Códigos modernos, encierra los nuestros 762 y 763, pues dice: "Los hijos ó sus descendientes heredan á su padre y madre, abuelos, abuelas ú otros ascendientes, sin distincion de sexo ni de primogenitura, y aunque procedan de diversos matrimonios."

"Ellos heredan por partes iguales y por cabezas, cuando estan todos en el primer grado, y son llamados por derecho propio (*de leur chef*); pero heredan por estirpes (*par souche*), cuando vienen todos ó parte por representacion."

Se han hecho dos artículos del Frances citado, aplicando el 762 á los hijos, y el 763 á los demas descendientes, con lo que se ha ganado en claridad y concision.

Estos dos artículos forman el capítulo 1, de la Novela 118, y se encuentran, aunque con menor expresion, en las leyes 2,

1. Los descendientes de los hijos naturales y espúrios no gozan el derecho de representacion, sino cuando son legítimos ó legitimados.—Art. 3864, tít. 4, cap. 3, lib. 4, cód. civ. vigente.

La comision dice: que conformes los capítulos que tratan de la sucesion de los descendientes y ascendientes con la legislacion actual y con los principios establecidos en el artículo 4º del título 2º, solo le pareció conveniente hacer indicacion sobre el contenido del artículo 3864, manifestando que para conceder derecho hereditario á los hijos ilegítimos, se ha exigido como condicion indispensable el reconocimiento hecho en forma debida; y aunque parece que esa solemnidad deberia bastar tratándose de sus descendientes; pero como ese acto es ya tan extraño al testador, quien no puede tener la misma seguridad que respecto del que él mismo ejecuta, y como puede ser tambien un medio de cometer abusos y fraudes, creyó más prudente y más moral exigir que sean legítimos los descendientes de los hijos ilegítimos para que puedan gozar del derecho de representacion.—N. de los EE.

título 2, y 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo; el Real está más expreso en las leyes 1 y 7, título 6, libro 3, y todavía lo está más la ley 3, título 13, Partida 6.

SECCION II.

DE LA LINEA RECTA ASCENDENTE.

ARTICULO 764.

A falta de hijos y descendientes del difunto los heredan sus ascendientes con absoluta exclusion de los colaterales:

En este artículo se conserva la legislacion vigente ó ley 6 de Toro, que es la 1, título 20, libro 10, Novísima Recopilacion, conforme á las dos y 3, título 2, libro 4 del Fuero Juzgo, y á la 1, título 6, libro 3 del Real.

En los artículos 759 y 760 deo expuesto cuál era la disposicion de la Novela 118 sobre este punto, trasladada despues á la ley 4, título 13, Partida 6, que fué la corregida por la citada ley de Toro.

Preciso es confesar que los Códigos modernos, ó copian, ó exageran la legislacion Romana en favor de los hermanos y en perjuicio de los padres y ascendientes del difunto,

El Código Bávoro, capítulo 12, libro 3, la copia: los hermanos y hermanas carnales y sus hijos heredan con el padre y madre; en defecto de estos con los otros ascendientes del difunto.

El Sardo estiende este derecho ó beneficio á todos los descendientes de los hermanos y hermanas carnales, artículos 934 y 936.

Por el de Nápoles, artículo 671, los hermanos y hermanas, carnales ó no, y sus descendientes, heredan con el padre y madre del difunto, y á falta de estos con el ascendiente más inmediato.

Segun los artículos 748 y 749 del Frances, los hermanos ó hermanas, y sus descendientes heredan con el padre y madre del difunto; la mitad si estos dos viven; las tres cuartas partes si vive uno solo.

Segun el artículo 750, no existiendo padre ni madre, excluyen á los abuelos y demás ascendientes.