

á una familia que les es extraña, es decir, que se tornen en descendientes del adoptante? Toda la teoría de la adopción protesta contra tal suposición. La adopción es un contrato, y los descendientes del adoptado no figuran en él. En vano se dice que se estipula para sí y para sus herederos (1). Sí cuando se trata de intereses pecuniarios. Nó, cuando se trata de intereses morales; y el art. 349 lo prueba. El adoptado se obliga á proporcionar alimentos al adoptante, pero esta obligación moral en su principio no pasa á sus descendientes. Recordemos las condiciones de la adopción: la ley no admite vínculo civil entre el adoptado y el adoptante sino con las más rigurosas condiciones, y ¡se quiere que el lazo entre los descendientes del adoptado y del adoptante se forme sin ninguna condición! La ley exige prolongado período de prueba para que conste el afecto que el adoptante profesa al adoptado antes de establecer entre ellos algunas relaciones de parentesco civil; y existiría este mismo parentesco entre el adoptante é hijos por nacer, que aquél no conoce del todo, á quienes no puede amar, porque son indignos de su cariño! Esto es absolutamente incompatible con la teoría del código. En el sistema del primer cónsul, se comprende que los descendientes del adoptado entren á la familia del adoptante, supuesto que la adopción operaba un cambio de familia. En la adopción del código, esto ya no se comprende porque sería una nueva ficción, y para toda ficción se necesita una ley (2).

83. Quédanos por ver si los descendientes del adoptado suceden al adoptante por representación del adoptado. Si se admite la opinión que acabamos de enseñar, no hay la menor duda. Representar, es suceder; para concurrir á la

1 París, 27 de Enero de 1824 (Daloz, en la palabra *adopción*, número 186).

2 Demolombe, t. 6º, núms. 139 y siguientes. Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 19, nota 6 del párrafo 560.

sucesión del adoptante por representación, se necesitaría, pues, que los descendientes del adoptado fuesen los sucesibles del adoptante; ahora bien, ellos no son parientes; por lo tanto, ellos no pueden sucederle por representación, como tampoco por su propio capítulo. Tales son los principios, que son incontestables. El legislador, en verdad que habría podido derogarlos. Pero ¿lo ha hecho? En nuestra opinión, esto no se concebiría; si no hay vínculo de parentesco entre el adoptado y el adoptante ¿con qué título el primero recogería la sucesión del segundo? Para esto se necesitaría una doble ficción, y la representación es una ficción, pero no está establecida sino para favorecer á ciertos parientes: se necesitaría, pues, una segunda ficción, la de que los descendientes del adoptado son parientes del adoptante. Y ¿habría razones para establecer esta doble ficción? El intérprete no tiene que entrar en este debate, porque sólo debe ver una cosa: ¿la ley llama á los descendientes del adoptado á la sucesión del adoptante, por derecho de representación? Es decir, por segunda vez una cuestión de texto. En nuestra opinión, los textos prueban que los descendientes del adoptado no son parientes del adoptante, y esto decide la cuestión de la representación. Pero debemos también colocarnos en el terreno de la opinión contraria. Sostiénese, pues, que los descendientes del adoptado concurren en la sucesión del adoptante como representantes de su padre. Y cosa singular, hasta se empieza por asentar como axioma el derecho de representación, para inferir en seguida el derecho de sucesibilidad. Esto es invertir los principios: no es uno sucesible porque represente, sino que representa porque es sucesible. Pero pasemos sobre esta inconsecuencia é interroguemos los textos.

El relator de la corte de casación invoca la autoridad de Merlin, y según dice él, no habría podido colocar su

opinión bajo más elevado patrocinio. Merlin confiesa que ningún artículo del código llama expresamente á los hijos del adoptado á representarlo en la sucesión del adoptante. A nuestro juicio, esto decide la cuestión. El art. 739 califica de ficción la representación. Marcadé sostiene vivamente, contra Toullier, que la representación es una verdadera ficción; en seguida acusa á Grenier de *error*, porque en ausencia de un texto no admite á los descendientes del adoptado á representar á su padre (1). Si gustáramos de echar en cara el error á los que no participan de nuestra opinión, diríamos que Marcadé se equivoca. Sí, la representación es una ficción; pero precisamente por esto, no se la puede admitir sino en virtud de un texto formal. El art. 740, dice Merlin, es ese texto que estamos buscando. "La representación tiene lugar hasta el infinito en la línea directa descendente." No hay una sola palabra en dicha disposición que llame á los hijos adoptivos, y en todo el título de las *Sucesiones* el legislador no pronuncia el nombre de aquéllos. Para que el art. 740 fuese aplicable á los descendientes del adoptado, sería preciso que hubiese una disposición en el título de la *Adopción*, que colocara á los hijos del adoptado entre los descendientes del adoptante. Y en el título de la *Adopción* sólo se trata del adoptado. Tenemos, pues, un doble silencio de la ley, y este doble silencio ha de valer lo que una disposición formal á favor de los descendientes del adoptado! En realidad, los partidarios de la representación giran en un círculo vicioso. Necesitan un texto. El art. 740 que ellos citan, sólo es concerniente á la familia legítima; habla de la línea directa descendente, ¡que nos muestren un artículo del código en donde sea cuestión de una línea directa descendente en materia de adopción! Para que pueda invocarse el artículo 740, preciso es que se establezca que los descendientes del

1 Marcadé, t. 3^o, p. 78 (art. 744, núm. 3).

adoptado están en la misma línea que los descendientes legítimos; ahora bien, ni en el título de la *Adopción*, ni en los trabajos preparatorios, se dice una sola palabra de los descendientes del adoptado. Desesperando de la causa, se cita el art. 350, que da al adoptado los derechos de un hijo legítimo; ahora bien, se dice, es un derecho para el hijo legítimo el ser representado por sus descendientes; luego lo mismo debe ser con el hijo adoptivo (1). ¡Así es que la representación que se ha introducido en favor de los descendientes del hijo predecedido, se torna un derecho del representado! Los malos argumentos manifiestan que la causa es mala.

Núm. 2. Partición.

84. Según los términos del art. 745, los hijos ó sus descendientes suceden sin distinción de sexo ni de primogenitura, y esto aun cuando provengan de diferentes matrimonios. El código consagra el principio de igualdad proclamado por la Revolución.

El art. 745 agrega: "Ellos suceden por iguales porciones y por cabeza, "cuando están todos en el primer grado" y son llamados por sí mismos, y suceden por estirpe cuando todos ó parte de ellos concurren por representación." Hay un error de redacción en esta disposición: deben borrarse las palabras "cuando todos están en el primer grado." Desde el momento en que los descendientes suceden de por sí, la partición se hace por cabeza, porque la partición por estirpe no tiene lugar sino en el caso de representación, según se dice al final del artículo. Ahora bien, los descendientes del segundo ó del tercer grado pueden suceder por sí propios cuando sus autores son renunciantes ó indignos, como no se representa ni á unos ni á otros, los

1 Véase el informe sobre la sentencia de 1869, en Dalloz, 1870, 1, 212.

descendientes sucederán todos por su propio capítulo; lo que excluye la partición por estirpe y acarrea la partición por cabeza (1).

§ II.—SEGUNDO ORDEN.

Núm. 1. ¿Quién sucede?

I. Padre y madre, hermanos y hermanas y sus descendientes.

85. El art. 748 dice: "Cuando padre y madre de una persona que ha muerto sin posteridad le han sobrevivido, si aquélla ha dejado hermanos, hermanas ó descendientes de éstos, la sucesión se divide en dos porciones iguales, de las que la mitad únicamente se difiere al padre y á la madre, quienes la comparten entre sí igualmente. La otra mitad pertenece á los hermanos, hermanas y descendientes de éstos."

Según la ley de nivoso, los hermanos y hermanas ó sus descendientes, excluían al padre y madre. Los autores del código civil dan una cuarta parte de la herencia á cada uno de los padres que sobrevivan. Treilhard, dice, y con razón, que esta innovación corresponde á los votos de la naturaleza. Si padre y madre suceden á sus hijos, no es, como alguna vez se ha pretendido, para consolarlos por la pérdida que han sufrido. Simeón, el orador del Tribunado, dice muy bien: "¿Qué mina de dinero puede consolar de la muerte de un hijo amado?" Según él, el padre y la madre deben suceder á sus hijos, por la misma razón por la cual los hijos suceden á sus padres, porque los derechos de alimentos son recíprocos entre los hijos y los autores de sus días (2). Puede añadirse que, sobre todo,

1 Tal es la opinión unánime de los autores (Demolombe, t. 13, p. 545, núm. 445).

2 Treilhard, Exposición de motivos, núm. 17 (Loché, t. 5º, p. 95). Simeón, Discurso núm. 22 (Loché, t. 5º, p. 135). Compárese el tomo 8º de esta obra, núm. 474.

entre próximos parientes es en donde existe esa comunidad de bienes que Domat considera como el principio fundamental de nuestro orden de sucesión.

86. Dijimos que el código da una cuarta parte de la herencia á cada uno de los padres, es decir, una porción fija é invariable, de suerte que si uno de ellos renunciara, el otro de todos modos no tendría más que su cuarta parte. El texto, tomado al pie de la letra, podría hacer creer lo contrario; el art. 748 empieza por decir, que la mitad de la sucesión se difiere al padre y á la madre, y á poco agrega que éstos se la dividen por partes iguales. Esto parece que dice que la sucesión se divide por mitad, que una de estas mitades se aplica á los padres, así como la otra á los hermanos y hermanas, sea cual fuere su número; de donde se seguiría que en caso de renuncia de uno de ellos, el otro tendría la mitad de la herencia, así como la mitad pertenecería á uno de los hermanos ó hermanas, si los otros renunciasen. Y ese no es el sentido de la ley. En efecto, según el art. 749, si uno de los padres muere antes, el otro tiene únicamente la cuarta parte de la sucesión, y la renuncia en materia de sucesión, es equivalente á la precesión. Si el padre que sobrevive sólo tiene un cuarto, esto prueba que la porción de los padres es fija. El legislador así lo ha resuelto, sin duda porque la porción diferida á los padres es dada en calidad de alimentos (1). En cuanto á los hermanos y hermanas ó descendientes de éstos, su porción es de la mitad si el padre y la madre concurren en la sucesión, y de las tres cuartas partes si falta uno de ellos. Cuando los descendientes de hermanos y hermanas concurren solos con el padre y la madre, merecen esa calidad, aun cuando no pudieran invocar el beneficio de representación. Más adelante insistiremos acerca de este punto (núm. 91).

1 Demante, "Curso analítico," t. 3º, p. 83, núm. 6 bis I.

II. Padre ó madre, hermanos y hermanas ó sus descendientes.

87. El art. 749 dice: "En el caso de que la persona muerta sin posteridad deje hermanos, hermanas ó descendientes de éstos, si el padre ó la madre han fallecido antes, la porción que le habría correspondido conforme al artículo anterior, se reúne á la mitad deferida á los hermanos, hermanas ó á sus representantes, según se explicará en la sección V del presente capítulo." Dicese, en efecto, en el art. 751, que si el padre ó la madre son los únicos que han sobrevivido, los hermanos y hermanas ó sus representantes son llamados á recoger las tres cuartas partes; luego el sobreviviente de los padres tiene la cuarta parte en esta hipótesis; más sencillo habría sido expresarlo. Los hermanos y hermanas ó sus descendientes toman las tres cuartas partes. Si los descendientes vienen solos, suceden en tal calidad, aun cuando no pudieran representar. Más adelante insistiremos acerca de este punto (núm. 91).

88. Los arts. 731 y 749 derogan el principio de la división por líneas establecido por el art. 733. Desde luego, el sobreviviente de los padres no tiene más que una cuarta parte. Luego si la madre concurre con hermanos consanguíneos, ó el padre con hermanos uterinos, la partición de la sucesión no se verifica por mitad, como lo quiere el art. 733 para toda sucesión recaída en ascendientes ó en colaterales; una de las líneas no tiene más que una cuarta parte, mientras que la otra toma tres cuartas partes. Acabamos de dar la razón de por qué la parte de los padres es fija y nunca puede exceder de la cuarta parte de la herencia (núm. 86).

En segundo lugar, el padre puede hallarse en concurso con hermanos y hermanas consanguíneos; en este caso, los parientes de la línea paterna toman toda la herencia, con exclusión de los parientes maternos, que son excluidos.

Del mismo modo la línea paterna sería excluida si la madre concurrese con hermanos uterinos.

¿Cuál es la razón de estas excepciones? Supónese que tal es el orden natural de las afecciones del difunto, es decir, que prefiere á sus hermanos y sus descendientes, aun unilaterales, á sus ascendientes y colaterales. En este sentido es como se dice que los hermanos y hermanas son colaterales privilegiados. En esto había un conflicto entre el principio de afecto y el del interés de las familias. El legislador ha dado la preferencia al principio del cariño (1).

III. Hermanos y hermanas y sus descendientes.

89. "En caso de muerte anterior del padre y madre de una persona muerta sin posteridad, sus hermanos, hermanas ó descendientes de éstos, son llamados á la sucesión, con exclusión de los ascendientes y de los demás colaterales" (art. 150). Así es que los hermanos y hermanas excluyen á todos los ascendientes, con excepción del padre y la madre, y excluyen á todos los colaterales, por más que ellos también sean colaterales. ¿Este derecho de exclusión pertenece también á los hermanos y hermanas unilaterales? ¿Si no hay más que hermanos y hermanas consanguíneos, excluirán á todos los ascendientes y colaterales de la línea materna? ¿Y los hermanos y hermanas uterinos excluirán á todos los ascendientes y colaterales paternos? Ha habido algunas dudas acerca de esta cuestión, á causa de la redacción incorrecta del art. 733; la jurisprudencia y la doctrina se han pronunciado á favor de los hermanos y hermanas unilaterales.

Veamos el motivo para dudar. El art. 733 dispone, como regla general, que toda sucesión que recae en ascen-

1 Chabot, t. 1º, p. 386, art. 752, núm. 3.

dientes ó en colaterales se divide en dos partes iguales, una para los parientes de la línea paterna, otra para los parientes de la materna; el artículo agrega que los parientes uterinos ó consanguíneos no toman parte sino en su línea, *salvo lo que se diga en el art. 752*. El caso previsto por el art. 752 parece, pues, que es la única excepción que recibe el principio de la división por líneas; ahora bien, ese artículo prevee el concurso de los hermanos y hermanas con el padre y madre ó con uno de ellos, y no prevee la hipótesis en que dos hermanos unilaterales concurren solos en la herencia; no estando comprendido este caso en la excepción ¿no debe inferirse que entra en la regla? De aquí resulta que los hermanos unilaterales no tomarían más que la mitad de la herencia, supuesto que sólo pertenecen á una línea; la otra mitad se aplicaría á los ascendientes ó á los colaterales de la línea á la cual no pertenecen los hermanos.

La cuestión se llevó ante la corte de casación, que la resolvió en una sentencia muy bien motivada. Hay en ésta un argumento de texto que es decisivo en favor de los hermanos unilaterales. En caso de muerte anterior de padre y madre, el art. 750 llama á la herencia á *hermanos, hermanas ó sus descendientes*, con exclusión de los ascendientes y de los demás colaterales. La ley no distingue si los hermanos lo son de padre, uterinos ó consanguíneos; y cuando la ley no distingue, no le es permitido hacerlo al intérprete, á menos que un principio lo autorice para ello. Ahora bien, todas las razones están á favor de los hermanos, sin distinción de derechos. El proyecto del código civil restringía la disposición que forma ahora el art. 750 á los hermanos de padre; esta excepción se suprimió en la discusión; la disposición se ha hecho por esto mismo general, y comprende en consecuencia, á los consanguíneos y á los uterinos, tanto como á los de padre. Se objeta que la

distinción entre los hermanos de diversos lechos, si no existe en el art. 750, está consagrada como consecuencia de un principio fundamental por el art. 733, el cual quiere que las sucesiones colaterales se dividan entre dos líneas, y los hermanos y hermanas consanguíneos y uterinos sólo á una línea pertenecen. La corte de casación confiere que en virtud del art. 733, había que decidir que los hermanos unilaterales no toman más que la mitad de la herencia, mientras que, ateniéndose al art. 750, tienen derecho á toda la herencia. Luego hay posición entre el artículo 733 y el 750; para conciliar las dos disposiciones hay que admitir que el art. 750 deroga el 733. Aquí se presenta el motivo para dudar que nosotros hemos señalado. El art. 733 prevee una excepción, pero una sola, la del artículo 752; y ¿puede el intérprete añadir una según la resultante implícitamente de los términos generales del art. 750? La dificultad está en saber por qué el art. 733 no menciona el art. 750. Quizás sea un olvido, ó también porque en el proyecto primitivo el art. 750 no comprendía á los hermanos por parte de padre. Sea de ello lo que fuere, la corte de casación tiene razón en decir que no pudiendo el art. 750 conciliarse con el 733, necesariamente hay que admitir que el 750 deroga el 733. El espíritu de la ley no permite duda alguna acerca de este punto. En efecto, cuando un hermano consanguíneo concurre con el padre difunto, toma tres cuartas partes de la sucesión, con exclusión de los colaterales maternos; y pasa lo mismo con un hermano uterino en concurso con la madre: tal es la formal disposición del art. 752. Luego en el espíritu de la ley los hermanos unilaterales excluyen á los colaterales de la otra línea: sería contrario á la razón y á la justicia, dice la corte, que en caso de supervivencia de uno de los padres, un hermano unilateral recogiese las tres cuartas partes de la sucesión, con exclusión de todos los cola-