

cipios que rigen la adopción entre vivos (art. 368). Si el tutor no manifiesta la intención de adoptar á su pupilo, éste puede reclamar una indemnización, en el caso en que éste no se hallase en aptitud de procurarse la subsistencia. La ley parece subordinar este derecho á una condición: « Si, dice el art. 369, dentro de los tres meses que sigan á la mayoría del pupilo, hubiesen quedado sin efecto las diligencias intentadas hechas por aquél á su tutor oficioso, con el fin de adopción. » ¿Quiere esto decir que se tenga al pupilo como renunciante de la indemnización, si deja transcurrir tres meses sin requerir á su tutor? Esta es la opinión de Proudhon, y ella, aunque rigurosa, debe seguirse porque se apoya en el texto y en el espíritu de la ley. No se ve cuál sea la razón de que el legislador haya fijado este plazo de tres meses, si el pupilo podía siempre requerir; mientras que se comprende muy bien que una indemnización fundada en una incapacidad para trabajar se reclame inmediatamente; por esto Cambacères decía en el consejo de Estado, que la acción del pupilo debía prescribir en un lapso de tiempo demasiado corto (1).

¿En qué consiste la indemnización que el pupilo puede reclamar? El art. 369 dice que ella se resuelve en auxiliar á propósito para precurarle un oficio. Esta disposición es bastante extraña. Logicamente, habría sido necesario resolver que la educación que el tutor había comenzado se había proseguido. Si hasta los veintiun años el pupilo estudió el derecho ó la medicina, podrá decirsele cuando llegue á la mayor edad: ¿Vas á ser carpintero? El texto, no obstante, parece formal. Pero no podría decirse que el código supone que el tutor no ha dado ninguna educación á su pupilo, de modo que á su mayor edad *éste no se halle en aptitud de ganar la subsistencia?* En esta suposición, se com-

1 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, que es del parecer de Proudhon, (t. 6º, p. 197, núm. 249).

prende que á un hijo que sea generalmente pobre se le den medios para aprender un oficio; pero si se ha empezado la educación, no estamos ya dentro de los términos de la ley: el espíritu del código á falta de texto pide, en este caso, que el pupilo pueda proseguir sus estudios.

¿Es debida siempre la indemnización? El art. 369 dice que el tutor oficioso *podrá* ser sentenciado á indemnizar al pupilo por la incapacidad en que éste se hallase de proveer á su subsistencia. Resulta de aquí que los tribunales pueden dejar de conceder la indemnización. Esto sería lo que ellos hiciesen si la incapacidad hubiera de imputarse al tutor. Ni es necesario decir que el pupilo no podrá reclamar la indemnización si por negarse á ello no tuvo lugar la adopción, porque la ley no le otorga el derecho de exigir indemnización sino cuando ha requerido inútilmente la adopción.

#### SECCION II.—De la tutela testamentaria.

242. El tutor oficioso puede, después de cinco años transcurridos desde la tutela, y previendo su fallecimiento antes de la mayoría del pupilo, conferir á este la adopción por acto testamentario (art. 363). Este es el objeto principal de la tutela oficiosa. Sin decirlo, se comprende que el tutor oficioso es el único que puede adoptar por testamento. Se ha sostenido que el reconocimiento de un hijo natural por el padre equivale á la tutela oficiosa, y que por consiguiente sería válida la adopción que hiciese el padre. Es ésta una de esas opiniones nuevas que tienden á rehacer el código civil. La corte de casación la ha rechazado por el perentorio motivo de que la adopción es un acto solemne, y un acto solemne no es válido sino cuando se hace conforme á las condiciones prescritas por la ley (1). ¿Necesítase de-

1 Sentencia de 23 de Junio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 392).

cir que el reconocimiento no es una tutela oficiosa? La tutela es un contrato que exige un concurso de consentimiento, mientras que el reconocimiento es una confesión de paternidad. Ciertamente es que tal confesión tiene efectos más considerables que la tutela; pero esto no prueba más que una cosa, y es que el legislador habría podido permitir al padre natural que adoptase á su hijo por testamento, sin tutela oficiosa. Es decir, que se necesitaría un cambio en la ley para admitir esta adopción.

243. ¿Cuáles son los requisitos para que el tutor oficioso pueda adoptar por testamento? Es preciso, dice el art. 366, que hayan transcurrido cinco años desde la tutela. ¿Y necesitase que esos cinco años hayan transcurrido en el momento mismo en que se otorga el testamento? El texto parece exigirlo, y la corte de casación ha fallado en ese sentido. ¿Pero realmente es cierto que el texto sea tan formal como se dice?

El art. 366 establece: «Si el tutor oficioso, transcurridos cinco años después de la tutela, confiere la adopción al pupilo por acto testamentario, esta disposición será válida, con tal que el tutor no deje hijos legítimos.» El legislador prevee el caso más corriente. Cinco años han transcurrido desde que existe la tutela oficiosa. El tutor se enferma, y prevee que morirá; puede entonces, dice la ley, adoptar á su pupilo por testamento. ¿Quiere decir esto que no pueda bacerlo antes de que hayan transcurrido los cinco años? La condición esencial que la ley exige, es que durante cinco años el tutor haya dado cuidados á su pupilo, porque esto es la garantía de un recíproco afecto. Pues bien, queda cumplida esta condición cuando, al morir el tutor, han transcurrido cinco años desde la tutela.

Objétase en vano que el adoptante debe ser capaz en el momento en que hace la adopción, es decir cuando escribe

su testamento. Aquí, á nuestro entender, está el error de la opinión consagrada por la corte de casación. Ella ha confundido la *capacidad* del adoptante con las *condiciones* requeridas para la validez de la adopción. Ciertamente que el adoptante debe ser capaz en el momento en que hace testamento. ¿Pero, en qué consiste esta capacidad? El debe ser tutor oficioso, sano de espíritu, capaz en una palabra, de disponer por testamento. ¿Pero debe ser también que se hayan cumplido las condiciones requeridas para la validez de la adopción? Nó, el texto mismo del art. 366 lo prueba. El tutor tiene hijo en el momento en que texta. ¿Será nula la adopción? Nó, será válida, dice la ley, si no deja hijos legítimos á su fallecimiento. Basta, pues, que en aquel momento se hayan cumplido las condiciones propiamente dichas de la adopción. Esto está en armonía con la doctrina de la corte de casación, sobre la época en que deben existir los requisitos para la adopción entre vivos; preciso es que existan cuando el tribunal pronuncia la promulgación, y no cuando el juez de paz recibe el acta; en este momento basta que el adoptante sea capaz para consentir. Por identidad de motivos, hay que decidir que las condiciones de la adopción testamentaria deben cumplirse, no cuando se otorga el testamento, sino al fallecimiento del testador. Esta interpretación se funda también en la razón. Si el tutor, por afecto al pupilo, lo adopta por testamento, aun cuando sea inmediatamente después de celebrado el contrato de tutela, y si persevera en esa voluntad hasta la hora de la muerte ¿por que se habie de anular semejante adopción? El testamento no tiene efecto sino á la muerte; el tutor, después de haber testado, continúa prodigando cuidados al pupilo. ¿Y vendriase á anular la adopción porque se presume que el tutor no tuvo para su pupilo el afec-

to que la ley exige. Esas son sutilezas que los hechos se encargan de desmentir.

244. ¿Se hace caduca la adopción testamentaria si el tutor sobrevive á la mayoría de su pupilo? Generalmente se enseña la afirmativa, y la corte de casación consagró esta opinión por la misma sentencia que acabamos de impugnar por otro motivo (1).

Invócase de nuevo el texto y el espíritu de la ley. El artículo 366 dice: «Si el tutor oficioso, previendo su fallecimiento antes que su pupilo alcance la mayor edad, le confiere la adopción por acto testamentario, sería válida esta disposición.» ¿Resulta de aquí que la adopción se invalide cuando el tutor vive todavía en el momento en que el pupilo llega á la mayor edad? El texto no dice esto; las exposiciones *previendo su fallecimiento* indican el motivo por el cual la ley admite la adopción testamentaria, y el motivo por el cual el tutor la otorga; pero de que la adopción por testamento se permita en atención al fallecimiento, no se infiere que ésta sea una condición de validez para la adopción. Una vez que la adopción se ha hecho válidamente, debe producir sus efectos, á menos que la ley la declare caduca. Ahora bien, la ley no pronuncia la caducidad. Objétase que si el tutor sobrevive, la adopción testamentaria ya no tiene razón de ser, supuesto que las partes interesadas pueden hacer la adopción en las formas ordinarias de la adopción entre-vivos, como la ley lo expresa en el artículo 368. La objeción, en cierto sentido, es un argumento á favor de nuestra opinión. Si caduca la adopción por la supervivencia del adoptante, debe decidirse que la adopción debería volverse á celebrar, si el tutor oficioso llegase á morir el día en que su pupilo tocase á la mayor edad, en-

1 Hay también una decisión de la oficina del registro en este sentido, 2 de Octubre de 1848 (Dalloz, 1849, 3, 47).

tónces sería imposible cumplir las formalidades prescritas por la ley para la adopción entre vivos, de modo que la adopción caería aun cuando se hubiese hecho legalmente. Para poner remedio á este inconveniente, los autores han imaginado mantener la adopción testamentaria hasta que las partes hayan podido hacer una adopción entre-vivos. Esto es inadmisibles, porque vendría á parar en hacer la ley. Preciso es, pues, resolver que la adopción testamentaria permanezca válida. Esto es la aplicación del principio elemental de que la ley debe su sanción á los actos verificados de conformidad con las prescripciones del legislador.

245. La adopción testamentaria es válida, dice el artículo 366, si el tutor oficioso no deja hijos legítimos. Esta es condición de toda clase de adopciones. Aquí no hay duda sobre la época en que debe cumplirse la condición. El texto resuelve la cuestión. Poco importa que haya ó no hijos al otorgar el testamento; si los hay al fallecimiento del tutor, la acción caduca, mientras que es válida si los hijos que habrían existido al otorgar el testamento hubiesen precedido.

246. En cuanto á las formas de la adopción, el art. 366 limitase á decir que ella se hace por acto testamentario. Luego puede hacerse por toda suerte de testamento, aun por el ológrafo. Esta es una derogación del sistema general del código civil. La filiación no se establece sino por acto auténtico. Sucede lo mismo con la filiación ficticia creada por la adopción. Y aun la ley exige un acto auténtico para la tutela oficiosa; lógicamente, ella habría debido exigir también un testamento auténtico.

La ley no prescribe la homologación del acto testamentario por los tribunales. En el silencio de la ley, hay que decidir que no se requiere la intervención de los tribunales. Esta es una nueva derogación del derecho común.

Proudhon trata de justificarla diciendo que no hay lugar á verificar si el adoptante goza de una buena reputación, supuesto que la adopción no tiene lugar sino á la muerte del tutor oficioso. La explicación no es satisfactoria. En la mente de los autores del código, el poder judicial interviene con motivo del cambio de estado que resulta de la adopción, y este motivo se aplica evidentemente á toda adopción. Esto es un vacío, un olvido; pero ¿corresponde al intérprete colmar el vacío reparando el olvido? Ciertamente que nó (1).

La ley tampoco prescribe la inserción del acta testamentaria en los registros del estado civil. Nuevo olvido. El intérprete no puede exigir condiciones ni formas que el legislador desacordó establecer.

247. La adopción testamentaria se abre, como toda disposición de la última voluntad, á la muerte del testador. En este momento el pupilo adoptado será todavía menor. La ley lo supone. Como menor, él no puede aceptar la disposición; en efecto, en el sistema del código, el adoptado debe ser mayor para consentir en la adopción (art. 346), y la ley aplica este principio fundamental á la adopción que el tutor oficioso quisiera hacer en el caso en que sobrevive á la mayor edad del pupilo (art. 368). De aquí una grave dificultad, si la adopción se hace por testamento. A la muerte del tutor, siendo menor el pupilo, no puede consentir. ¿Quién consentirá por él? En materia de legados ordinarios, hay lugar á la aceptación á beneficio de inventario, con autorización del consejo de familia. Aquí el beneficio de inventario no tiene sentido; por otra parte, la aceptación beneficiaria sería irrevocable, lo que no puede admitirse. ¿Se aplazará la aceptación hasta mayor edad?

1 Proudhon, *Del estado de las personas*, t. 2º, p. 209. En sentido contrario, Demolombe, t. 6º, p. 115, núm. 126.

Imposible; porque la sucesión del adoptante se habría trasladado en este caso, á sus parientes, y los derechos del adoptado sobre esta sucesión quedarían comprometidos, supuesto que la ley no prescribe ninguna garantía. ¿Se dirá que la aceptación hecha á nombre del pupilo podrá revocarse por él? Se necesitaría un texto para resolverlo así. ¿Se permitiría al menor que promoviese rescisión por causa de lesión? Esto es aun inadmisibile. No hay lesión propiamente dicha, y siendo regular estaría al abrigo de todo ataque. En definitiva, hay un vacío en la ley. Sólo queda aplicar las reglas sobre la aceptación de las disposiciones testamentarias. Unicamente el pupilo mayor deberá ser admitido á repudiar la adopción (1).

1 Véanse en sentido diverso acerca de esta cuestión: Proudhon, t. 2º, p. 208, y la nota de Valette; Demante, t. 2º, p. 120, núm. 105, bis, 3º; Marcadé, t. 2º, p. 126, art. 366, núm. 2; Demolombe, t. 6º, p. 83, núm. 80.