

## *SECCIÓN II.—De la tutela testamentaria.*

242. El tutor oficioso puede, transcurridos cinco años de la tutela, y previendo que fallecerá antes de la mayor edad del pupilo, otorgarle la adopción por testamento (art. 366). Este es el objeto principal de la tutela oficiosa; estando por demás decir 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 esta razón, sería válida la adopción testamentaria que hiciese el padre; pero ésta es una de tantas opiniones nuevas que propenden á rehacer el Código Civil, opinión que la Corte de Casación rechazó por el motivo decisivo de ser la adopción un acto solemne; y un acto de ese género no es válido sino cuando se ejecuta con arreglo á las condiciones prescritas por la ley (1). ¿Será necesario agregar que el reconocimiento no es tutela oficiosa? La tutela es un contraato que exige el concurso de consentimientos, mientras que el reconocimiento es una confesión de paternidad. Y si bien es cierto que dicha confesión produce efectos más considerables que la tutela, también lo es que esto solamente prueba que el legislador habría podido permitir al padre natural que adoptara á su hijo por testamento, sin tutela oficiosa: lo que es tanto como decir que se necesitaría cambiar la ley para admitir esa adopción.

243. ¿Con qué requisitos puede el tutor oficioso adoptar por testamento? Es necesario que hayan transcurrido

---

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

cinco años de la tutela, dice el art. 366. ¿Deberán haber transcurrido esos cinco años en el momento mismo de otorgarse el testamento? Así parece exigirlo el texto legal, y en ese sentido quedó resuelto el punto por la Corte de Casación. ¿Pero, realmente, es cierto que el texto legal sea tan formal como se le supone? El art. 366 establece: «Si, transcurridos cinco años de la tutela, confiere el tutor oficioso la adopción al pupilo por acto testamentario, será válida esta disposición, siempre que el tutor no deje hijos legítimos.» El legislador prevé el caso más corriente. Han transcurrido cinco años de la tutela oficiosa, enferma el tutor, y presiente que va á morir: entonces puede, dice la ley, adoptar á su pupilo por testamento. ¿Quiere decir que no puede hacerlo antes de los cinco años? La condición esencial que exige la ley, es que durante cinco años haya prodigado el tutor cuidados á su pupilo, porque en ello se tendrá la garantía de que habrá un afecto recíproco entre ambos. Pues bien, queda cumplida esa condición, cuando, al morir el tutor, transcurrieron cinco años de la tutela.

En vano se objeta contra esto, diciéndose que el adoptante debe tener capacidad legal en el momento de hacer la adopción, ó sea al otorgar su testamento; porque, á nuestro entender, aquí está el error de la opinión autorizada por la Corte de Casación. Esta confunde la *capacidad* del adoptante con las *condiciones* necesarias para la validez de la adopción. Es indudable que el adoptante debe ser capaz al otorgar su testamento; pero ¿en qué consiste esa capacidad? Debe ser tutor oficioso, de recto juicio, capaz, en una palabra, de disponer perfectamente. Pero ¿es también necesario que se cumplan las condiciones exigidas para la validez de la adopción? No; el texto mismo del artículo 366 lo prueba. El tutor tiene hijos en el momento de testar: ¿será nula la adopción? No; será válida, dice la ley, con tal que no deje hijos legítimos al morir. Basta, pues, que en aquel momento se hayan cubierto las condi-

que haya ó no hijos al otorgarse el testamento; pero en habiéndolos al morir el testador, caduca la adopción, en tanto que es válida si murieron antes los hijos que hubiere habido al otorgarse el testamento.

246. En cuanto á las formas de la adopción, el artículo 366 se limita á decir que se hace por acta testamentaria, de modo que bien puede hacerse por toda clase de testamento, aun el ológrafo. Esta es una derogación del sistema general del Código Civil. La filiación no se acredita más que con un documento auténtico, cosa que tiene lugar también respecto de la filiación ficticia creada por la adopción. La ley exige asimismo un documento auténtico para la tutela oficiosa, y lógicamente habría debido exigir también un testamento auténtico.

No prescribe la ley la confirmación del acta testamentaria por los tribunales. En vista de ese silencio, es menester decidir que no se requiere la intervención de los tribunales, en lo cual hay otra derogación del derecho común. Proudhon trata de justificarla diciendo que no es el caso de examinar si el adoptante goza de buena reputación, toda vez que la adopción no ha de quedar realizada sino hasta la muerte del tutor oficioso; pero semejante explicación no satisface. Conforme á la mente de los autores del Código, el poder judicial interviene en razón del cambio de estado que resulta de la adopción, motivo que evidentemente se aplica á todo género de adopción. Esto es un vacío, un olvido; pero ¿corresponde al intérprete llenar el vacío ó reparar el olvido? Es indudable que no. (1)

Tampoco prescribe la ley la inserción del acta testamentaria en los libros del Registro civil, lo que importa un nuevo olvido; mas el intérprete no puede exigir condiciones ni formalidades que el legislador descuidó establecer.

247. La adopción testamentaria, como cualquier dispo-

---

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

sición de última voluntad, se abre al morir el testador: en ese momento, el pupilo adoptado será todavía menor; la ley lo supone así. Como menor, no puede aceptar la disposición, pues efectivamente, conforme al sistema del Código, el adoptado debe ser mayor para consentir la adopción (art. 346), y la ley aplica este principio fundamental á la adopción que quisiera hacer el tutor oficioso en el caso en que sobreviviera á la mayor edad del pupilo (art. 368). De aquí proviene una dificultad grave, si se hace la adopción por testamento, pues muerto el tutor, el pupilo, por ser menor, no puede consentir. ¿Quién consentirá por él? En materia de legados ordinarios, es procedente la aceptación á beneficio de inventario, con la autorización del consejo de familia; pero aquí el beneficio de inventario no tiene sentido, y, por otra parte, sería irrevocable la aceptación beneficiaria, lo que no es posible admitir. ¿Se aplazará la aceptación para la mayor edad? Imposible: porque, en ese caso, la sucesión del adoptante se devolvería á sus parientes, quedando comprometidos los derechos del adoptado sobre la sucesión, toda vez que la ley no exige garantía de ninguna especie. ¿Se dirá que la aceptación hecha á nombre del pupilo podrá revocarse por él? Sería necesaria una disposición legal para resolverlo. ¿Se permitirá al menor que pida la rescisión por causa de lesión? También esto es inadmisibile, ya que no hay lesión propiamente dicha, y que, estando arreglada la aceptación, quedaría al abrigo de cualquier ataque. En suma: hay un vacío en la ley, y no queda otro recurso que aplicar las reglas concernientes á la aceptación de disposiciones testamentarias. Solo el pupilo al llegar á la mayor edad, será el que pueda repudiar la adopción. (1)

---

1 Véanse, en sentido diverso, acerca de esta cuestión: á Proudhon, t. II, p. 208 y la nota de Valette; á Demante, t. II, p. 170, núm. 105 bis III; á Marcadé, t. II, p. 126, art. 366, núm. II, y á Demolombe, t. VI, p. 83, núm. 80.