

SECCION II.—¿Quién sucede?

§ I. EL ADOPTANTE Y SUS DESCENDIENTES.

Núm. 1. El adoptante.

167. Según los términos del art. 351, el *adoptante* sucede. Compárese Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 235, nota 37. Valette sobre Proudhon, *Del estado de las personas*, t. 2º, página 216. Demolombe, t. 6º, p. 157, núm. 181.

de en las cosas donadas por él al *adoptado*, si éste muere sin descendientes legítimos. ¿Y habría lugar al derecho de restitución, si un ascendiente del adoptante hiciese una liberalidad al adoptado? Nó; en este punto hay una diferencia entre la restitución del adoptante y la del ascendiente legítimo. Todo ascendiente donador sucede en las cosas donadas por él á su descendiente; mientras que la ley sólo da este derecho al adoptante, con esto le rehusa á sus ascendientes, porque el derecho de restitución constituye una sucesión anómala, excepcional, y no hay sucesión, y sobre todo sucesión especial, sino en virtud de un texto formal. Hay, por otra parte, una razón para esta diferencia. Siendo la restitución un derecho de sucesión, se necesita que el que lo ejercita sea, si no sucesible, al menos pariente de aquel á quien sucede: ahora bien, la adopción no crea vínculo de parentesco y una sucesibilidad imperfecta, sino entre el adoptante y el adoptado; los ascendientes del adoptante son por completo extraños al adoptado, y no pueden ser llamados á sucederle.

Del mismo modo no habría lugar á la restitución si el adoptante hiciera una liberalidad á los descendientes del adoptado. Ciertamente es que la jurisprudencia admite un vínculo de parentesco entre el adoptante y los descendientes del adoptado; pero aun cuando existiese dicho vínculo, lo que ponemos en duda, esto no sería suficiente para que el donador tuviese el derecho de restitución. Aun entre los parientes legítimos, la ley no concede su restitución á todo donador; sólo la otorga á los ascendientes; luego sólo á aquellos á quienes la ley la concede expresamente, son los que pueden reclamarla. Esto decide la cuestión contra el adoptante, cuando hace una liberalidad á los descendientes del adoptado; éste queda dentro del derecho común, es decir, que debe estipular la restitución si es que quiere tenerla.

168. El art. 352 dice: “Si viviendo el adoptante y des-

pues del fallecimiento del adoptado, los hijos ó descendientes de éste muriesen también sin posteridad, el adoptante sucedería en las cosas por él donadas, así como se ha dicho en el artículo precedente; pero este derecho será inherente á la persona del adoptante, y no se transmitirá á sus herederos, ni aun en línea descendente. Más adelante diremos que el derecho de recobrar las cosas donadas en la sucesión de los descendientes del donatario no pertenece al ascendiente donador. Esta es una anomalía que no tiene razón de ser. La disposición del art. 352 es muy lógica; los mismos autores por los cuales el adoptante sucede en las cosas donadas por él al adoptado, existen para concederle el derecho de restitución respecto de los descendientes del adoptado. Se puede agregar en favor del adoptante que, por una parte, jamás sucede á los descendientes del adoptado, mientras que el abuelo que sobrevive es llamado á suceder á sus descendientes; y por otra parte, la muerte de los descendientes del adoptado rompe todos los vínculos creados por la adopción, luego es natural que las cosas donadas vuelvan al adoptante de preferencia á los parientes del adoptado. Si el adoptado ha dejado varios hijos ó descendientes, el derecho del adoptante no se abrirá sino á la muerte del último de esos descendientes. El texto es formal y el espíritu de la ley no deja duda alguna; preciso es que todos hijos ó descendientes mueran antes que el adoptante para que éste ejerza el derecho especial de restitución. La ley agrega que este derecho no es *transmisibile*, ni aun á los hijos del adoptante. La palabra *transmisibile* no es exacta: si el ascendiente sobrevive, adquiere el derecho á los bienes donados, y lo *transmite* á los herederos sean quienes fueren. Esto no es más que el derecho común, y no habría razón ninguna para derogarlo. Para comprender el sentido de la palabra *transmisibile*, hay que conservar el art. 352 con el art. 351. Si el adop-

tado muere sin posteridad, las cosas donadas por el adoptante vuelven á éste y en caso de predecesión del adoptante, á sus descendientes: en este caso, la restitución la ejercen los descendientes del adoptante. Esto es lo que la ley llama impropriamente *transmisión*. Pero los descendientes del adoptante dejan de tener ese derecho cuando, después del fallecimiento del adoptado, los mismos hijos de éste mueren sin posteridad. En este caso, los bienes donados pasan á la familia del adoptado, de preferencia á la del adoptante, lo que no es muy lógico.

Núm. 2. De los descendientes del adoptante.

169. La ley da á los descendientes del adoptante el mismo derecho que á éste en la sucesión del adoptado; pero los demás herederos del adoptante no disfrutan de este derecho de restitución; el art. 351 dice que los parientes del adoptado, sean quienes fueren, excluirán siempre, respecto á los objetos donados, á todos los herederos del adoptante que no sean sus descendientes; así, pues, el padre del adoptante puede hallarse excluido de los bienes donados por un colateral del adoptado. La idea de *sucesión* predomina en esto sobre la de *restitución*, en el sentido de que no se tiene en cuenta la presumible intención del adoptante, el cual con evidencia prefiere á su padre ó colaterales desconocidos del adoptado; y esto porque el derecho de sucesión especial del adoptante se extingue con su muerte, y por consiguiente, la sucesión de derecho común recobra su imperio.

Los descendientes del adoptante ejercen el derecho de restitución por sí mismos en su calidad de descendientes, y no como herederos ó representantes del adoptado. Luego si el adoptante le ha sobrevivido al adoptado, y si no quiere ó no puede recobrar los bienes donados por que es renunciante ó indigno, sus hijos y descendientes recogerán

los bienes donados. Del mismo modo, si los hijos del adoptante renuncian á su sucesión, esto no les impide que ejerzan el derecho de restitución, porque no ejercen un derecho de su padre, sino que suceden por sí mismos.

169 bis. Existen diferencias entre el derecho de retorno del adoptante y el de los descendientes. Acabamos de decir que éstos no ofrecen su derecho sino en la sucesión del adoptado, mientras que el adoptante recobra las cosas donadas en la sucesión de los descendientes del adoptado. Bajo este concepto, el derecho de los descendientes tiene menos extensión que el del adoptante. Bajo otro concepto es más extenso: los descendientes recobran no solamente los bienes donados por el adoptante, sino también los que el adoptado ha recogido en la sucesión del adoptante; los bienes recogidos á título de sucesión son también bienes donados, puesto que la adopción del código apenas si es como lo decía el primer cónsul, una institución de herede, ro por medio de contrato.

170. Si el adoptante muere antes que el adoptado dejando otros hijos adoptivos, ¿podrán éstos ejercer el derecho de restitución que corresponde á los descendientes del adoptante? La corte de casación ha fallado que los hijos adoptivos no están comprendidos en la expresión *descendientes* de que se sirve el art. 351. En efecto, esta palabra tiene una significación usual y técnica que implica una descendencia por vía de matrimonio; luego no tiene aplicación en los hijos adoptivos; éstos son descendientes de sus ascendientes legítimos, puesto que se quedan en la familia y no son descendientes del adoptante. La adopción crea un vínculo puramente legal entre el adoptante y el adoptado; si se quiere dar el nombre de parentesco á ese vínculo, es, por lo menos, un parentesco ficticio; ahora bien, las ficciones están circunscritas dentro de determinados límites y no tienen más efecto que el que la ley les atribuye. Esto

decide nuestra cuestión. La adopción no da más que un derecho al adoptado, y es el de suceder al adoptante; la ley no concede un derecho de restitución al adoptado en los bienes que el adoptante endonaba á otro hijo adoptivo; y como la restitución es un derecho excepcional sólo lo pueden reclamar aquellos á quienes la ley les confiere expresamente. Esta decisión que se desprende del rigor de los principios se funda también en la razón. ¿Por qué el art. 351 da el derecho de restitución á los descendientes del adoptado? Porque es justo que la descendencia legítima del adoptante recoja los bienes por él donados al adoptado, de preferencia á la familia de éste. Pero si es su hijo adoptivo el que disputa los bienes donados á la familia de otro hijo adoptivo, ya no hay razón para darle la preferencia; la restitución implica la idea de la conservación de los bienes en provecho de la familia del donador, y esto excluye á los adoptados que no pertenecen á la familia del adoptante.

Por los mismos motivos hay que decidir que los hijos naturales no disfrutan de la restitución legal que el artículo 351 concede á los descendientes legítimos del adoptante. Los hijos naturales no tienen derecho de sucesión sino en los bienes de sus padres; se necesitaría una disposición expresa para que puedan ejercer el derecho de restitución.

§ II.—EL ASCENDIENTE DONADOR.

171. Los ascendientes suceden á los bienes donados por ellos á sus descendientes. Este derecho no pertenece á otros parientes donadores; hay un motivo que es especial al ascendiente y es el afecto que profesa á sus descendientes, afecto que ni siquiera le permite pensar que sus hijos le sobrevivan; la ley estipula por él lo que le sería muy doloroso estipular por sí mismo. Esta razón no existe en

el mismo grado para los otros parientes; respecto de éstos, la restitución convencional hace inútil la legal.

El art. 747 dice que los *ascendientes* suceden. ¿Pertenece este derecho á los padres naturales? Si el hijo natural no ha sido reconocido más que por su padre ó por su madre, la cuestión carece de interés, puesto que, en caso de pre-fallecimiento del hijo sin posteridad, el padre natural tiene derecho á todos los bienes, incluso los que donó al hijo. Pero si el hijo es reconocido por padre y madre, hay interés en saber si el padre que ha hecho una liberalidad á su hijo puede recobrar las cosas por él donadas, y participar en seguida de los otros bienes con la madre: ¿ó los bienes donados por uno de los padres están comprendidos en la masa que se divide entre el padre y la madre? La cuestión es controvertida. A creer á Durantón, el derecho del donador no daría lugar á la menor duda. Nosotros creemos que el padre natural no tiene el derecho de restitución, y nos parece también que la negativa es poco dudosa, si se atiende uno á los principios. Este derecho es excepcional, y sólo pertenece al que la ley lo otorga. El artículo 747 lo da á los ascendientes: esta sola palabra implica que se trata de parientes legítimos, porque el hijo natural no tiene ascendientes. También en el capítulo de las *Sucesiones* legítimas es en donde está colocado el artículo 747. ¿Se puede extender á los sucesores irregulares un derecho que la ley concede á los herederos legítimos? Ciertamente que no, sobre todo cuando el derecho es anómalo. La ley determina los derechos de los padres naturales, que se dividen los bienes del hijo fallecido sin posteridad; todos los bienes, supuesto que la ley no los distingue; para que uno de los padres pueda recobrar los bienes por él donados, con perjuicio del otro, se necesitaría una disposición expresa que estableciera el derecho de restitución en provecho del donador. Se invoca el artícu-

lo 747; nosotros prescindimos de ello, porque sólo habla de los ascendientes legítimos. Se invoca, además, el artículo 766 que da el derecho de restitución á los hermanos legítimos, y se infiere que con mayor razón debe pertenecer al padre ó á la madre. El razonamiento no es jurídico. En primer lugar los dos casos no son análogos: cuando padre y madre suceden, la restitución ejercida por uno de ellos perjudicaría al otro: cuando un hermano legítimo recobra los bienes donados, es con perjuicio de los hermanos naturales, lo que supone el pre-fallecimiento de padre y madre. Luego hay que descartar el art. 766. Todo lo que pudiera inferirse, es que hay incoherencia en la ley; como ella concede la restitución á los hermanos legítimos, parece que debería concederla igualmente á los padres. Aun cuando hubiese inconsecuencia, no correspondería al intérprete corregirla. Y á decir verdad, la inconsecuencia no es tan grande como dicen. Hay una diferencia entre los hermanos y hermanas legítimos y el padre y la madre: éstos suceden, mientras que los otros no, por lo que el legislador ha podido rehusar al padre y madre un derecho que otorga á los hermanos.

172. ¿Los descendientes del ascendiente legítimo tienen el derecho de restitución? Supóngase que el abuelo hace una liberalidad á su nieto, él fallece antes que el donatario; ¿el padre que le sobrevive podrá recobrar los bienes donados en la sucesión de su hijo? La negativa es clara, los descendientes del donador no tienen ese derecho, porque la ley no se los otorga. Esta razón es perentoria cuando se trata de un derecho excepcional de sucesión. Hay á este respecto una diferencia entre la restitución del adoptante y la del ascendiente. La primera puede ser ejercida por los descendientes del adoptante, la segunda es personal del ascendiente donador, ¿cuál es la razón de esta

aparente anomalía? No se trata de esto en los trabajos preparatorios, así es que se ve uno reducido á adivinar las razones por las cuales la ley rehusó á unos su derecho que otorga á otros, cuando el adoptante tiene descendientes, son hijos nacidos después de la adopción; porque si hubieran nacido antes, habrían impedido la adopción; luego el legislador puede muy bien imponer al adoptante un pensamiento de restitución para el caso en que él tuviere hijos que sobrevivan al adoptado: la descendencia legítima del adoptante debe preferirse á los parientes del adoptado que son completamente extraños al adoptante. No puede decirse otro tanto del ascendiente donador; si el hijo del donador no toma los bienes en virtud del derecho de restitución, los tomará como heredero, supuesto que se supone que sobrevive á su hijo donatario. Cierto es que puede haber coherederos; de todos modos hay diferencia entre los descendientes del adoptante que no hereda y los descendientes del ascendiente que heredan.

173. ¿El ascendiente ejerce su derecho de restitución en la sucesión de los descendientes del donatario? Una jurisprudencia constante decide la cuestión negativamente. Después de la primera sentencia de la corte de casación, Delvincourt escribía: “esperamos que una división escapada á la corte de casación no impida que las cortes reales mantengan una doctrina conforme á la razón, al sentido común, á los sentimientos más naturales del hombre; y que esta misma corte, si de nuevo se le llevase la cuestión, la sometería á un examen más maduro y más profundo y ella misma reconocería la verdad de los principios que acabamos de establecer.” La corte ha permanecido fiel á su opinión y ha hecho bien, porque su doctrina se apoya en una base inquebrantable, el texto de la ley. El art. 747 resuelve la cuestión, al decir: “los ascendientes suceden, con exclusión de cualesquiera otros, en las

cosas donadas por ellos á sus *hijos ó descendientes fallecidos sin posteridad.*" No puede haber texto más claro. Si la donación la hace un padre á su *hijo*, preciso es que este hijo *fallezca* y que *fallezca sin posteridad*; luego cuando muere dejando una posteridad el ascendiente no puede suceder, porque falta la condición prescripta por la ley. Lo mismo es si un ascendiente hace una donación á su *descendiente*; se necesita, además, que éste "fallezca" y que "fallezca sin posteridad" para que el ascendiente pueda ejercer su derecho. ¿Cómo es que en presencia de un texto tan claro pueda haber controversia? Se invoca el antiguo derecho y el art. 351.

Nosotros oponemos el antiguo derecho en recurso de no recibir. Que se invoque la tradición cuando el código es obscuro, nada más justo; pero cuando una ley es clara, hay que aplicarla en el sentido que presenta, y no es permitido eludir la letra de la ley recurriendo al derecho antiguo. La restitución legal, dice la corte de casación, no debe fijarse ni por las leyes romanas, ni por el texto de las costumbres, ni por las sentencias antiguas, sino por las disposiciones del código civil (1). Nuestra respuesta no satisfará á los que por sistema ó por hábito se ponen por encima del texto cuando éste no les conviene. Agregáremos, pues, que la cuestión que estamos discutiendo era resuelta de un modo diferente en los países de derecho escrito y en los de derecho consuetudinario. El código la ha resuelto en contra del ascendiente. ¿Ha tenido razón para ello? Habríamos preferido la solución contraria, por estar más en armonía con el espíritu del derecho de restitución; pero el intérprete no puede poner sus sentimientos en el lugar de la voluntad claramente manifestada del le-

1 Sentencia de denegada apelación, de 17 de Diciembre de 1812 (Daloz, no da el texto y nosotros la citamos por Chabot, t. 1º, página 265).

gislador. Y tanto menos lo puede cuanto que se pondría en oposición con el rigor de los principios que rigen al restitución. ¿A quién se ha otorgado ese derecho? Al donador. ¿Sobre qué bienes? Sobre los donados. Es decir, sobre la sucesión del donatario. Si éste fallece dejando descendientes, ya no hay ni donatario, ni bienes donados; luego la restitución carece de razón de ser, según el rigor del derecho. Sin duda que el legislador habría podido derogar el derecho estricto y conceder la restitución al ascendiente, como un consuelo, pero el legislador no lo ha hecho.

Basta comparar los arts. 351 y 747 para convencerse de ello. El art. 351 da expresamente al adoptado el derecho de suceder á los descendientes del adoptante, mientras que el art. 747 sólo habla de los *descendientes del donatario*, y los *descendientes* que allí figuran son también donatarios. Preválense, sin embargo, del art. 351 contra la opinión que la jurisprudencia ha consagrado: si el adoptante sucede á los descendientes del donatario ¿por qué el ascendiente no habría de tener el mismo derecho? Se contesta y es decisiva la respuesta bajo el punto de vista del derecho, que la posición del adoptante no es la misma que la del ascendiente; uno no sucede después del fallecimiento de los descendientes del adoptado, mientras que el otro sí sucede; se comprende, pues, que la ley da al primero un derecho de restitución que niega al otro.

Vazeille dice que la jurisprudencia sacrifica el espíritu al texto; nosotros responderemos con Chabot, que es deber del intérprete encerrarse rigurosamente dentro del texto de la ley, en lugar de reemplazar á una disposición precisa una presumible intención, que quizás no sea la verdadera (1). Recordamos que esta regla de interpreta-

1 Vazeille, t. 1º, p. 55 (art. 747, núm. 19). Chabot, t. 1º, p. 273 (art. 747, núm. 12).

ción ha sido consagrado por los autores del código civil, según lo hemos dicho y repetido (núm. 122). En definitiva, la letra, cuando es clara, no da á conocer la voluntad del legislador; y ¿qué es el espíritu de la ley si no la voluntad del que la hace? Apartarse del texto cuando es formal, por seguir el espíritu, es abandonar la voluntad cierta del legislador por una voluntad incierta, porque lo que se llama espíritu de la ley permanece siempre más ó menos dudoso, sobre todo cuando se le opone al texto.

§ III.—LOS HERMANOS Y HERMANAS LEGÍTIMOS DEL
HIJO NATURAL.

174. “En caso de que los padres del hijo natural mueran antes que éste, los bienes que de ellos había recibido pasan á los *hermanos ó hermanas legítimos*” (art. 766). Todos los autores hacen notar que la excepción *hermanos ó hermanas legítimos* es inexacta; el hijo natural no puede tener más parientes legítimos que sus hijos procedentes de una unión legítima. El art. 766 quiere dar á entender hijos legítimos del padre ó de la madre del hijo natural; si el legislador no empleó esta expresión, fué porque es larga y embarazosa. Nosotros nos serviremos también de los términos de la ley, porque no es posible que nos induzca á error, supuesto que es de toda evidencia que los que la ley llama hermanos y hermanas legítimos, son, en realidad, hermanos y hermanas naturales. Por más que sean parientes naturales del difunto, la ley no los llama á la sucesión del difunto y ya dimos la razón (núm. 149). Ella los indemniza, en cierto modo, dándoles un derecho de restitución. Las expresiones “en caso de que los padres del hijo natural *mueran antes que éste*” pudieran hacer creer que los hermanos legítimos son llamados como representantes de sus padres. Nada de eso; lo que prueba que los hermanos no ejercen el derecho de restitución por representación,

es que este derecho no habría pertenecido á sus padres si hubiesen vivido (núm. 171). Así es que por sí mismo suceden á los bienes que el hijo natural su hermano habría recibido del autor común. Este es un caso muy singular de restitución: los bienes no retornan al donador, sino á sus hijos legítimos.

Dijimos que el hijo del donador es el que recoge los bienes donados por el padre al hijo natural. Cuando éste no ha sido reconocido más que por uno de sus padres, no hay la menor duda. Si ha sido reconocido por padre y madre, el texto parece que dice que los bienes que ha recibido de ambos ó de uno de ellos, pasen indistintamente á sus hermanos legítimos. Esta interpretación es inadmisibile, porque se halla en oposición con los más sencillos principios que rigen las sucesiones, y por lo tanto, el derecho de restitución. El hijo natural ha recibido bienes de su padre y de su madre. ¿A quién pasarán los bienes maternos? A los hijos legítimos nacidos de la madre; no pueden pertenecer á los hijos legítimos nacidos del padre, supuesto que son extraños á la madre, y no se hereda sino de parientes. Es, pues, preciso decir que los hijos legítimos de cada uno de los padres suceden en los bienes recibidos de dicho padre. Esta interpretación se concilia con el texto, y las leyes deben interpretarse razonablemente, como dice Demante, cuando se puede hacer sin violentar sus términos (1).

175. El art. 766 dice que los hermanos legítimos disfrutan del derecho de restitución; pero ¿qué debe resolverse, si mueren dejando descendientes? Esta es una de las cuestiones más controvertidas de esta difícil materia. Los autores están divididos; unos dicen que los descendientes ejercen la restitución por representación; los otros los admiten por sí mismos; por último, hay quienes los exclu-

1 Chabot, t. 1^o, p. 659 (art. 766, núm. 4). Demante, t. 3^o, p. 119, núm. 86 bis, 3^o.

yen y se atienen al texto de la ley que no concede el derecho de restitución sino á los hermanos legítimos, sin hablar de sus ascendientes (1). Esta última opinión es la consagrada por la jurisprudencia. Una sentencia de la corte de casación establece los verdaderos principios con un rigor matemático (2).

¿Los descendientes de hermanos y hermanas pueden concurrir por representación? Nó, porque la representación es una ficción de la ley, que sólo puede invocarse en los casos para los cuales se ha establecido. El art. 742 la admite, es cierto, en favor de los hijos y descendientes de hermanos y hermanas del difunto; pero esta disposición está colocada en el capítulo de las *Sucesiones regulares* y es concerniente á las relaciones de los miembros de la familia legítima. ¿Cuál es el objeto de la representación? Hacer que concurren en la sucesión los que de ella habían sido separados por otros parientes en grado más cercano. Así es que la representación nada tiene de común con la cuestión de saber si los descendientes de hermanos y hermanas pueden ejercer, en lugar de aquéllos, el derecho de restitución, en cuanto á los bienes donados á un hijo natural. No se puede extender una ficción fuera de los términos de la ley; sobre todo, no se puede extenderla á materias excepcionales; ahora bien, el caso previsto por el art. 766 es doblemente excepcional: en primer lugar, se trata de una sucesión irregular, lo que basta ya para apartar una ficción que se ha establecido en favor de herederos legítimos; en segundo lugar, se trata de la restitución, es decir, también de una sucesión anómala. Habría necesidad de una disposición expresa para que el beneficio de

1 Véanse los autores citados por Dalloz, en la palabra *Sucesión*, núm. 365; Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 226, nota 18; Demolombe, t. 14, p. 232, núm. 156.

2 Sentencia de denegada apelación de la sala de lo civil, de 1º de Junio de 1853, (Dalloz, 1853, 1, 178).

la representación pudiera invocarse en el caso de que se trata.

¿Los descendientes de hermanos legítimos pueden ejercer la restitución de por sí mismos? Nó, y la razón para resolverlo así es la misma. La restitución es un derecho de sucesión enteramente especial; es una excepción al principio del art. 732, al menos en el sentido de que la ley considera el origen de los bienes para reglamentar su sucesión; la restitución no comprende más que los bienes que el hijo natural ha recibido de sus padres, y estos bienes son devueltos á parientes naturales que no suceden, con exclusión de los que suceden; nueva excepción del derecho común. Un derecho tan exorbitante no puede ejercerse sino en las condiciones, dentro de los límites y en provecho de las personas expresamente determinadas por la ley: tales son los términos de la sentencia, y son de una perfecta exactitud, Así, pues, el art. 766 será el que resuelva la cuestión. Y ¿que dice este artículo? La ley llama á la sucesión del hijo natural á sus hermanos ó hermanas naturales y á sus descendientes, mientras que respecto á los bienes que provienen del padre ó de la madre, se limita á llamar á los hermanos legítimos, sin hablar de sus descendientes; luego ella restringe al primer grado de la descendencia legítima del padre ó de la madre el ejercicio del derecho de restitución sobre los bienes que el hijo recibió de ellos.

No vemos que tenga que contestarse á ese argumento, y de hecho, lo que se objeta es de extrema debilidad (1). Se invocan los trabajos preparatorios, y en ellos ni siquiera está prevista la cuestión. Se dice que el código concede siempre. En la sucesión regular, sí; en las sucesiones irregulares, nó, como lo testifica el art. 757 (núms. 119-128). Por último, se dice que el espíritu de la ley exige que la

1 Demolombe, t. 14, p. 234, núm. 156, y los autores que él cita.

restitución aproveche á los descendientes de hermanos y hermanas. De buena gana convenimos en que el legislador hubiera debido extender á todos los descendientes legítimos de padre y madre naturales el derecho que concede á los hermanos y hermanas. No hay razón para limitar ese derecho á la descendencia del primer grado. ¿Cuál es el objeto de la ley? Hacer que entren en la familia legítima bienes que de ella habían salido en provecho de un hijo natural que viene á morir sin posteridad. Por lo mismo habría que convocar á todos los descendientes, sea cual fuere el grado en que se hallen. Bien quisiéramos admitirlos, pero el texto y los principios no lo permiten (1) ¿Qué vendría á ser el derecho si el intérprete pudiera poner su opinión en el lugar de la voluntad del legislador?

176. El art. 766, interpretado en el sentido literal, como nosotros lo hacemos, da lugar á una dificultad que es un verdadero embarazo para nuestra opinión. Supónese que existe un hermano legítimo y descendiente de un hermano que ha fallecido antes. Hay lugar á la restitución, no tiene duda, pero ¿en provecho de quién? ¿El hermano legítimo donará para sí sobre los bienes excluyendo á los descendientes? Esta solución tiene algunos partidarios y parece que se desprende del art. 766, si nos ceñimos á la letra de la ley. Demante dice que él no puede creer que tal haya sido la mente del legislador, porque ¿hay un asomo de razón para excluir á los descendientes en provecho del hermano? Ciertamente que no; pero la dificultad está en hallar un principio en cuya virtud los descendientes puedan concurrir con el hermano. ¿No pudiera decirse que en el art. 766 hay que distinguir dos órdenes de sucesión, uno irregular, el de los hermanos y hermanas naturales; el otro irregular también en cuanto á la vocación, el

1 Demante expresa lo mismo (t. 3º, p. 119, núm. 86 bis, 4º).

de los hermanos legítimos, pero regular en cuanto á la partición? Desde el momento en que hay un hermano legítimo, se abre el derecho á la restitución; queda por saber de qué manera se hará la partición. Ahora bien, los bienes donados vuelven á la familia legítima, á los hijos del autor común, á guisa de suplemento, es decir, como parte de la herencia del padre y ¿no deben ellos participar de esta fracción como han compartido la herencia entera, es decir, según el derecho común? Se objetará que la sucesión es irregular. Nosotros contestamos que una vez abierta la restitución, ya sólo hay parientes legítimos y no se ve por qué las relaciones de estos parientes no habían de estar regidas por el derecho común; así, pues, los descendientes podrán invocar el beneficio de la representación en virtud del art. 742.

Aun cuando se aceptase esta opinión, queda siempre una inconsecuencia, pero esta es de la responsabilidad del legislador. Existe un hermano y descendientes de un hermano. Si éstos estuvieran solos, ningún derecho tendrían en los bienes donados al hijo natural, supuesto que el derecho de restitución no puede abrirse en su favor; mientras que tendrán una parte de estos bienes si hay un hermano que sobreviva. Un solo medio hay de descartar estas anomalías y es que la ley llama á los descendientes al derecho de restitución, como lo quieren los principios y la razón.