

CAPITULO I.

DE LA ADOPCIÓN ENTRE VIVOS.

SECCION I.—De la adopción ordinaria.

§ I. CONDICIONES DE LA ADOPCIÓN.

194. La ley establece condiciones para el adoptante y para el adoptado, bien que nada dice de una que les es común. La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo en exigir que el adoptante y el adoptado se hallen en el goce de sus derechos civiles: ¿puede el intérprete imponer una condición que se exige para la validez de un acto, cuando la ley no la exige? Indudablemente que no. Por tanto, es necesario que la condición que acabamos de mencionar sea obra del legislador. Si de ella no habla la ley en el título “De la Adopción,” es porque era inútil que repitiera lo que ya había dicho en el artículo 11. Así lo demostró Merlin con su acostumbrada lógica. En el título VIII, se ocupa el legislador no más en las condiciones particulares del contrato de adopción, remitiéndose á las reglas generales expuestas en otro lugar respecto de la capacidad de las personas. Por eso no dice que el adoptante y el adoptado deben tener capacidad para consentir. Ni necesitaba decirlo, puesto que la adopción entre vivos es un contrato, y esto implica que los contratantes deben tener capacidad para consentir. Por la misma razón, el Código Napoleón no dice que el adoptante y el adoptado deban hallarse en

el goce de sus derechos civiles. El artículo 11 lo dice al disponer que "el extranjero gozará en Francia de los mismos derechos que se concedan á los franceses por los tratados de la nación á la cual dicho extranjero pertenezca." Merlin admite, con la jurisprudencia, que este artículo es restrictivo, y que, por consiguiente, el extranjero está excluido de todos los derechos que no son más que creaciones de la ley francesa. Falta saber si la adopción es una institución de mero derecho civil; pero plantear esta cuestión, es resolverla. La adopción es una ficción de la ley, que establece entre adoptante y adoptado relaciones análogas á las que resultan de la filiación. Por eso el acta debe transcribirse en los libros del estado civil; por eso no basta la mayoría de edad ordinaria para que el adoptado pueda consentir en el contrato de adopción, sino que es necesario que tenga la mayor edad especial que la ley exige para el matrimonio; por eso el acta no es autorizada por un notario, sino por el juez de paz; por eso, finalmente, interviene el poder judicial para confirmarla. ¿Será necesario todavía preguntar si la adopción es un acto que no existe sino por la ley? Luego el derecho de formarla constituye uno de tantos civiles de que los extranjeros están excluidos, conforme al artículo 11 (1).

Hay una resolución contraria de la Corte de Colmar, en la cual se distingue entre el adoptante y el adoptado; el primero, dice la resolución, debe ser francés; el segundo puede ser extranjero. La distinción es poco jurídica, porque ni para uno, ni para otro hay disposición legal expresa; de modo que la cuestión debe resolverse, conforme al artículo 11. Ahora bien: siendo de derecho civil el contrato de adopción, todos los que en él figuren como interesados deben tener, no la calidad de franceses, como la Corte lo dice del adoptante, sino el goce de sus derechos civiles.

1 Merlin, *Cuestiones de Derecho*, palabra *Adopción*, § II (t. I, p. 140 y sig.)

Aquella sentencia fué casada; habiendo resuelto la Corte de Casación que el artículo 11, concebido en términos generales y absolutos, abrazaba todos los derechos civiles sin excepción, y que, por consiguiente, fuera de los casos previstos por las leyes ó por los tratados, el extranjero no es más capaz de gozar positivamente de aquellos derechos que de ejercitarlos de una manera activa. La consecuencia es evidente: "la adopción es un contrato de derecho civil, porque establece entre el adoptante y el adoptado relaciones de paternidad y filiación que civilmente los constituyen de una manera recíproca en un estado personal, permanente é irrevocable, cuyos efectos se determinan por la ley." La Corte de Dijón, á cuyo conocimiento pasó el asunto, adoptó aquel parecer, y recurrida nuevamente su sentencia fué revocada. Siendo constante la jurisprudencia y hallándose en armonía con la interpretación del artículo 11, que hemos admitido, es inútil insistir en ello (1).

Núm. 1. Condiciones especiales concernientes al adoptante.

195. El artículo 343 establece que no se permite la adopción sino á personas de uno ú otro sexo mayores de cincuenta años. Berlier explica los motivos de esta primera condición. La adopción sólo se otorga como un consuelo para los que no tienen hijos ó que han tenido la desgracia de perderlos; de modo que no debía autorizársela en una edad en que todavía la naturaleza permite se tengan en el matrimonio. Si el adoptante es casado, no puede esperar que á los cincuenta años, una unión estéril deje entonces de serlo, pues la naturaleza misma le hace perder esa esperanza. En cuanto á la mujer, existe el propio límite, aun cuando no sea casada. Respecto de los hombres, son muy

1 Las sentencias se encuentran citadas en Dalloz, palabra Adopción, núm. 112. La jurisprudencia belga está conforme; pudiendo verse las sentencias de Bruselas, 20 de Febrero de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 282). 19 de Mayo de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 306). y 17 de Marzo de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 137).

pocos los que después de los cincuenta años piensan todavía en el matrimonio; más aún, dice el orador del Gobierno, casi no está en el interés social que lleguen á pensar en ello (1).

Se ve que la ley permite la adopción á los célibes, aunque solamente á la edad de cincuenta años. La cuestión se agitó vivamente al discutirse el proyecto de Código Civil, pues concediéndose la adopción á los que jamás habían sido casados, se temía desviar á los hombres del matrimonio; pero Berlier tiene razón al decir que aquellos temores eran vanos. No hay quien permanezca célibe sólo por tener el gusto de adoptar, á los cincuenta años, á un hijo extraño; los hombres no hacen cálculos de esa naturaleza. Unos no se casan por no poder hacerlo, y á esos no hay en verdad motivo para negarles el consuelo de la adopción, si puede haber consuelo en ella. En cuanto á los que prefieren los placeres fáciles del celibato á la positiva felicidad del matrimonio, ni siquiera piensan en la adopción; y si habiendo pasado el dintel de la ancianidad quieren corregirse, ¿por qué no se lo había de permitir la ley? Dejemos á la naturaleza que obre; bien pensó Montesquieu al escribir estas palabras: "Donde quiera que se encuentre un lugar en que puedan vivir cómodamente dos personas, se realiza un matrimonio." (2)

196. Viene la segunda condición, relativa á la edad. El adoptante debe tener por lo menos quince años más que el adoptado (art. 343.) Esta condición se debe al sistema que en un principio había predominado en el Consejo de Estado, y conforme al cual debía ser la adopción imagen lo más perfecta posible de la paternidad natural. Era, pues, necesario que hubiese entre el adoptante y el adoptado la distancia que existe, en cuanto á la edad, entre el padre y

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 6 (Loché, t. III, p. 263).

2 Berlier, Exposición de motivos, núm. 7 (Loché, t. III, p. 263, 264). Discursos de Gary, orador del Tribunal, núm. 14 (Loché, t. III, p. 285 y sig). Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, XXIII, 10.

su hijo (1). Este sistema ha quedado abandonado, y ya no es la adopción una paternidad ficticia: el Código nunca dá al adoptado el título de padre. Indudablemente, sería ridículo que el adoptado tuviese la misma edad que el adoptante, supuesto que siempre hay una cierta imagen de paternidad en la adopción; pero bastaría exigir, como se ha hecho para la adopción remuneratoria, que el adoptante fuese de mayor edad que el adoptado (art. 345).

197. La tercera condición consiste en que el adoptante no tenga hijos ni descendientes legítimos en el momento de la adopción (art. 343). Aquel á quien la naturaleza ha dado hijos, no puede buscar consuelo en una paternidad que es apenas una ficción, aun teniendo las dulzuras de la verdadera paternidad.

El que tiene hijos naturales puede adoptar. Con calor se ha sostenido la opinión contraria ante la Corte de Casación, pretendiéndose que la palabra *legítimos* del artículo 343 se refería á los *descendientes* y no á los *hijos*. Quien tiene un hijo, aun cuando sea natural, ¿puede decir que no le tiene? ¿Hay razón para permitirle una paternidad puramente ficticia, cuando tiene hijos que son la sangre de su sangre? ¿No está en su mano el legitimarlos? Estos motivos de duda no podrán prevalecer contra el texto formal de la ley (2). En cuanto á su espíritu, por más que se diga, tampoco deja lugar á duda. Vamos á ver como puede ser adoptado el hijo natural: lo que prueba hasta la evidencia que no puede asimilarse al legítimo, toda vez que aquél, lejos de proporcionar á su padre las dulces alegrías de la paternidad, es un reproche vivo de su mala conducta, una mancha que hay en su vida; las más de las veces permanece completamente extraño á él, y, por lo que hace á la madre, es el testimonio de su deshonor. Concíbese,

1 Berlier, en la Sesión del Consejo de Estado, del 6 Primario, año X, núm. 3 (Loché, t. III, p. 188).

2 Sentencia de la Corte de Casación, 3 de Junio de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 336).

pues, que el legislador haya permitido al que tiene un hijo natural que busque un consuelo para sus horas de melancolía en una paternidad que, si ficticia, es cuando menos honorable.

¿Puede el que tiene un hijo adoptivo hacer otra adopción? El texto del Código lo supone, cuando dice en su artículo 348 que está prohibido el matrimonio entre los hijos adoptivos de un mismo individuo. En el Tribunado se había propuesto que se agregara un artículo, estableciéndose que nadie podía tener más de un hijo adoptivo; pero después de una acalorada discusión, la sección de Legislación estuvo por el principio opuesto. Si es la adopción imagen de la naturaleza, ¿por qué no había de haber en una familia varios hijos adoptivos, á la manera que hay varios hijos por beneficio de la naturaleza? ¿Podrá decirse que las nuevas adopciones vulnerarían los derechos del que fué adoptado el primero? Ya no puede haber caso de fraude á la ley, cuando ella misma permite alguna cosa. (1)

198. Luego solamente la existencia de un hijo legítimo puede impedir la adopción. ¿Basta que el hijo esté concebido? Hay algún motivo para dudar. Generalmente hablando, no se considera que existe el hijo sino cuando ya nació, pues por una mera ficción se tiene como nacido al ser concebido; pero esto supone que tiene un derecho que ejercitar. Ahora bien: en el caso de que se trata, se invoca la concepción del hijo para impedir al padre que ejercite un derecho. Sin embargo, la opinión general, con excepción de la de Valette, admite que el hijo es obstáculo para la adopción (2). En esto hay una extensión del axioma de que el hijo concebido se reputa como nacido, extensión que nos parece demasiado lógica. ¿Qué importa

1 Observaciones de la sección de Legislación del Tribunado, núm. 9 (Locré, t. III, p. 257). Bourges, 21 Frimario, año XII. (Dalloz, palabra *Adopción*, núm. 86).

2 Véanse los autores citados en Dalloz, palabra *Adopción*, núm. 81, á los cuales hay que agregar á Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 141, núm. 76 bis III, y á Demolombe, t. VI, p. 12, núm. 16.

que el hijo no tenga derechos que ejercitar? ¿No tiene el mayor interés en que no venga un hijo adoptivo á robarle el afecto de su padre, al mismo tiempo que una parte de su patrimonio?

El artículo 343 dice: *en la época de la adopción*. ¿Cuál es esa época? La cuestión se halla controvertida; y la solución está en si se forma la adopción al autorizarse por el juez de paz el contrato relativo ó si existe solo hasta que viene la confirmación de la autoridad judicial, ó si data de la transcripción que debe hacerse del acta de adopción en los libros del Registro civil. Más adelante examinaremos esta cuestión. Cualquiera que sea la época que se adopte, faltará fijar el momento de la concepción. ¿Deben aplicarse las presunciones que establece la ley en los artículos 312 al 315, acerca de la duración del embarazo? Varias ocasiones hemos expuesto nuestra opinión sobre que las presunciones legales no pueden extenderse. Quizás el legislador hubiera debido establecer algunas generales, absolutas, para todas las hipótesis que se pudieran presentar; pero no lo hizo, y esto resuelve la dificultad, si se quiere sujetarse al rigor de los principios. Los autores se hallan divididos: unos aplican las presunciones, tales como la ley las establece en el título «De la Filiación» (1); otros distinguen y no admiten más que las presunciones relativas á la duración menor y mayor del embarazo, ateniéndose al criterio judicial, cuando nace el hijo en el intervalo que media entre el los ciento ochenta y los treientos días (2). Esta distinción es arbitraria, pues hay que admitir ó que rechazar las presunciones.

199. La cuarta condición es especial para el adoptante casado. Ningún consorte, dice el art. 344, puede adoptar sin el consentimiento de su cónyuge. La adopción hecha contra la

1 Duranton, *Curso de Derecho francés*, t. III, p. 270, núm. 273.

2 Demolombe, t. VI, p. 13, núm. 17. Demanin, *Curso analítico*, t. II, p. 142, núm. 76 bis, III.

voluntad del otro cónyuge sería causa de disturbios y discordias, y además lastimaría los intereses del que negara su consentimiento. Napoleón insistió mucho en el Consejo de Estado, en que siempre se hiciese la adopción por los dos cónyuges. La adopción, dijo, dejaría de imitar á la naturaleza, si fuese permitido á uno de los cónyuges darse un hijo que no perteneciera al otro; pero Berlier contestó que bien podía tener uno de ellos, para adoptar, razones que no tuviera el otro; uno tiene parientes lejanos á quienes apenas si conoce ó á quienes profesa poca estimación, en tanto que el otro tiene parientes cercanos á quienes de verdad aprecia. Por otra parte, obligar á los cónyuges á adoptar, sería realmente sembrar en la familia un principio de desunión: uno de ellos, al tratar de imponer sus deseos á su consorte; el otro, al no ceder sino á la violencia moral, lamentando en seguida su debilidad y aborreciendo al hijo, víctima inocente de tal discordia. Es seguro que más valía dejar á cada uno en su libertad (1). Si ambos consortes abrigan el mismo deseo y tienen los mismos intereses, pueden adoptar al mismo hijo, que es lo que dice el artículo 344 en estos términos: «Nadie puede ser adoptado por varios, á menos que sean dos cónyuges.» Por débil que sea la paternidad adoptiva, la ley no podía admitir que, aun de una manera ficticia, un hijo tuviese varios padres; y si hubiese permitido la adopción á un hombre y á una mujer no casados, habría podido desviarlos del matrimonio, cuando, como sucede las más de las veces, el adoptado es un hijo natural: en este caso, tienen los padres un medio más sencillo y eficaz de ligarse al hijo con un vínculo legítimo, que es el de legitimarle por medio del matrimonio.

200. El artículo 345 prescribe la quinta condición, á saber: es necesario que, por espacio de seis años, cuando

1 Sesión del Consejo de Estado del 4 Nivoso, año X, núm. 4 (Loché, t. III, p. 219 y 220.

menos, el adoptante haya auxiliado al adoptado menor y le haya prodigado cuidados no interrumpidos. Gary, en su discurso, explica muy bien los motivos por los cuales exige la ley estas prolongadas relaciones de beneficencia entre el adoptante y el adoptado, así como la razón que hay para que deban verificarse durante la menor edad del hijo. "La ley debe estar cierta de que quien desea obtener el título de padre tiene ya los sentimientos de tal; y la prueba de que los tiene sólo puede resultar de los cuidados que hubiere prodigado al menor por espacio de largos años. En efecto: no es un individuo ya mayor de edad, aquél por quien se sienten los afectos de padre, los cuales se conceden á la debilidad, á las gracias, á la sencillez y al candor de la niñez. Estos sentimientos se forman y perpetúan en una edad más avanzada; pero cuando nacen es en la edad tierna. Entonces, el hábito de los cuidados que se prodigan y se reciben forma verdaderamente una segunda naturaleza. El amor paternal se forma con los beneficios; la piedad filial, con la gratitud" (1). No continuaremos este cuadro ideal. Esta es la teoría de la ley, pero la ley ha permanecido en teoría.

201. Al trazar las formas de la adopción la ley prescribe la última condición, consistente en que el tribunal se asegure de que la persona que se propone adoptar goza de buena reputación (art. 355). Es necesario que la adopción no encubra relaciones vergonzosas: cosa poco probable, porque quienes buscan tales placeres ilícitos, casi no piensan en legitimar vínculos que la moral reprueba, sino que van tras placeres fáciles sin contraer obligación de ninguna especie.

202. Se pregunta si un sacerdote católico puede adoptar. La cuestión se debatió con acaloramiento en Francia, y fué resuelta afirmativamente por la Corte de Casación,

1 Discurso de Gary, Orador del Tribunado, núm 2 (Locré. t. III, p. 284).

por la razón sencillísima de no haber disposición alguna legal que prohiba al sacerdote católico la adopción (1); y para establecer una incapacidad, se necesita un texto legal, como también para prescribir una condición. Pues bien, el Código Civil no hace del presbiterado una condición de incapacidad. ¿Se invocarán los cánones de la Iglesia? Confiésase que no los hay. Objétase con el espíritu de la religión católica, que exige del sacerdote una abdicación completa de los intereses mundanos; pero aunque esto es verdad, ¿cómo va á fundarse en el espíritu de una religión una incapacidad civil? Por nuestra parte, no hemos de insistir en este punto. En derecho francés, la cuestión está resuelta para todo jurisconsulto por las sentencias de la Corte de Casación. En Bélgica, ni siquiera puede proponerse la cuestión. M. Tothomb declaró, al discutirse la Constitución belga, que los sacerdotes, sea cual fuere su religión, ante la ley no eran más que individuos, esto es, ciudadanos. Para nada tenemos, pues, que preocuparnos con el espíritu de la Iglesia católica, no más que con sus cánones. El juez los ignora, y no tiene facultad para tomarlos en consideración.

Núm. 2. De las condiciones concernientes al adoptado.

203. El artículo 346 establece que en ningún caso podía tener lugar la adopción antes de cumplir el adoptado la mayor edad. Por los términos en que la ley expresó esa condición, se ve que le concede gran importancia. Como la adopción entre vivos es un contrato, está por demás expresar que el adoptado debe consentir en ella; y siendo menor, no puede consentir, pues si bien es cierto que la ley permite al menor contraer matrimonio con el consentimiento de sus ascendientes ó del consejo de familia, esta es una

1 Sentencia de 26 de Noviembre de 1844 (Dalloz, palabra *Adopción*, núm. 99). La cuestión es muy discutida en el *Repertorio* de Dalloz.

excepción admitida por el legislador para favorecer al matrimonio y que tal vez no debiera haber admitido. Como quiera que sea, no habrá manera de hacerla extensiva á la adopción. Una paternidad que apenas es una ficción, no merece los favores otorgados al matrimonio, si bien resulta de aquí un inconveniente, y es que si quien se propone adoptar muere durante la minoridad del hijo, llegará á ser imposible la adopción. Esta dificultad fué prevista por el legislador, y, teniendo en cuenta la eventualidad, fué como organizó la adopción testamentaria por el tutor oficioso.

204. Aun cuando el adoptado sea mayor, debe obtener el consentimiento de sus padres, ó del que sobreviva de ellos, si aquél no ha cumplido 25 años; si es mayor de esa edad, está obligado á pedirles consejo (art. 346). Esta condición hace que se asimile la adopción al matrimonio, al suponer que la adopción trae consigo un cambio de estado, cosa que en realidad no sucede, puesto que el adoptado permanece en su familia. Así pues, tal condición, no tiene razón de ser en el sistema adoptado por el Código, ó si se quiere, queda siempre en la mente del legislador una imagen de la paternidad y la filiación. Hemos oído ya el discurso de Gary, el orador del Tribunado, hablando de los sentimientos del padre y de la gratitud del hijo, si bien la ley no usa de estas palabras sagradas. En suma: la adopción no tiene base fija, lógica; las condiciones suponen una especie de paternidad, en tanto que los efectos dan un mentís para semejante idea.

Por lo demas, hay considerables diferencias entre el consentimiento que exige la ley para el matrimonio y el que prescribe para la adopción. El hijo que se casa necesita el consentimiento de sus ascendientes, á falta de padres (art. 150), mientras que el adoptado sólo debe obtener el consentimiento de sus padres ó del que sobreviva de ellos. La hija mayor de veintiun años puede casarse sin el consentimiento de sus padres (art. 348), en tanto

que la ley no distingue respecto de la adopción, pues tanto las hijas como los hijos se reputan menores mientras no han llegado á los veinticinco años. Cuando hay disenso entre el padre y la madre, basta el consentimiento del padre para el matrimonio (art. 148); la ley no reproduce esta disposición favorable, tratando de la adopción, y como no remite al título "Del Matrimonio," hay que sujetarse á la letra del artículo 346, que exige el consentimiento de los padres. Finalmente, los hijos, aunque sean mayores para el matrimonio, deben pedir el consejo á sus ascendientes por medio de tres actos de respeto (art. 152), mientras que el artículo 346 se limita á un solo requerimiento. Estas diferencias se explican: por una parte, el matrimonio merece mayor favor que la adopción, y por la otra tiene una importancia que la ley no concede á una ficción (1).

205. ¿Pueden ser adoptados los hijos naturales reconocidos? Esta es una de las cuestiones sobre más controvertidas. Al ver que Merlin cambia dos veces de parecer y al ver que también la Corte de Casación varía al grado de que la misma Sala resolvió el pro y el contra en menos de tres años (2), es de todo punto necesario reconocer que la cuestión entraña dificultad y que aún es dudosa. Sin embargo, parece haberse fijado ya la jurisprudencia, pues la Corte de Casación volvió á su primer parecer, que había abandonado en 1843 (3); y una sentencia de casación, pronunciada en 1868, resolvió en toda forma que los hijos naturales pueden ser adoptados. La divergencia es todavía mayor entre los autores, sosteniendo los más modernos, con gran acaloramiento, la opinión contraria. Por

1 Proudhon, *Tratado del estado de las personas*, t. II, p. 195 y 196.

2 La sentencia de 28 de Abril de 1841 de la Sala civil admite la adopción de un hijo natural. Otra de 16 de Marzo de 1843 resolvió que estaba prohibida esa adopción. Por último, en 19 de Abril de 1846, se retractó la Corte de esa resolución (Dalloz, palabra *Adopción*, núm. 116, p. 301 y sig.)

3 Sentencias de 3 de Junio de 1861 (Dalloz, 1861, 1. 336). y de 13 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1868, 1. 249-251).

nuestra parte, sin vacilar nos colocamos del lado de la adoptada por la jurisprudencia francesa y la belga (1).

La última sentencia de la Corte de Casación reduce la dificultad á términos muy sencillos: ¿hay alguna ley que declare á los hijos naturales incapaces de ser adoptados? Sería necesaria una para que hubiese incapacidad, ya que es de principio elemental, como lo asienta la Corte, "que las incapacidades, para que puedan aplicarse, deben resultar de un texto preciso y formal de la ley." Ahora bien: es un hecho que en ninguno de los artículos correspondientes al título "De la Adopción," se declara que un hijo natural no pueda ser adoptado por el padre que le reconoció; y esto resuelve la cuestión. No obstante, los autores nos detienen en este punto, y es necesario que los oigamos, aun cuando no sea más que para demostrar cómo cuestiones demasiado sencillas se tornan difíciles á fuerza de sutilezas.

No se trata de una incapacidad, dice M. Demolombe, según M. Odilón Barrot, sino de una imposibilidad absoluta y substancial. ¿Qué objeto tiene la adopción? *Establecer, crear* entre dos personas relaciones de paternidad y filiación, permitiéndoles que en lo sucesivo se den los títulos de padre y de hijo. Pues bien, el padre natural y su hijo están ya unidos, á los ojos de la misma ley, por las relaciones de paternidad y filiación. Luego la adopción es imposible en este caso. ¿Puede crear ella por *ficción* lo que ya existe por la *naturaleza*? Sería una pretensión monstruosa (2). A ello se ha contestado que tal argumento olía á escolástica (3), y es fundado el reproche, porque nuestra ciencia es una faz de la vida, y debe permanecer en la rea-

1 En 1843, quince cortes de diez y ocho admitían la adopción. La jurisprudencia de las de Bélgica siempre fué en este sentido. Véanse las sentencias de Bruselas, 7 de Noviembre de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, p. 222); de Gante, 4 de Mayo de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, p. 115); de Bruselas, 9 de Marzo de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 223), y 11 de Julio de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 223), y de Gante, 3 de Abril de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 384), y 2 de Agosto de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 322.)

2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. VI, p. 40 y 41, núm. 52.

3 Moulton, *Repeticiones*, t. I, p. 489, nota.

lidad, guardándose de abstracciones medio seguro para extraviarse. ¿Qué hace M. Demolombe para demostrar que es imposible la adopción de un hijo natural? Comienza por dar una definición de la adopción, que no es la del Código Civil, ¿qué digo? es una definición que los autores del Código Napoleón rechazaron. ¿Dónde se ha dicho que la adopción tiene por objeto permitir al adoptante y al adoptado que se den los títulos de padre y de hijo? La ley jamás llama al adoptante padre; y la idea que, según M. Demolombe, es del Código, era de Napoleón, el cual quería que la adopción *crease* una paternidad nueva; pero se le hizo ver lo imposible de tal cosa, como contraria á nuestros sentimientos y á nuestras costumbres. Es, pues, una imposibilidad que repudian los autores del Código, á quienes se invoca para demostrar que es imposible la adopción del hijo natural. Descendamos á la realidad de los hechos y quedará desvanecida aquella imposibilidad. El adoptado continuará en su familia, dando el título de padre á quien debe el ser, y limitándose á añadir el nombre del adoptante al suyo propio. ¿Es esto imposible? El adoptante le ministrará alimentos, como deuda de gratitud que le paga. ¿Es esto imposible? Recibirá los bienes del adoptante. ¿Dónde está la imposibilidad? M. Duvergier contestó anticipadamente á la objeción, en estos términos: «¿Dónde estaría la imposibilidad en una ley que dijese: Los hijos nacidos fuera de matrimonio no participan, en general, de las ventajas que disfrutan los que provienen de una unión legítima? Sin embargo, si el padre de un hijo natural cumple con las prescripciones mediante las cuales cada uno puede adoptar á un hijo extraño, en este caso, el hijo será educado por sobre su condición ordinaria, y será tratado casi como legítimo» (1). Tal es la ficción: ¿es incompatible con la realidad?

1 Duvergier comentando á Toullier, t. II, p. 163. Compárese la sentencia de la

206. Los que suponen una incapacidad no establecida por la ley, dicen que resulta de las disposiciones del Código. En efecto: las más de las condiciones que este exige, son imposibles de cumplir, ya por parte del padre natural, ya por parte del hijo. ¿Cuál es la condición esencial? La de que el adoptante haya ministrado auxilios y prodigado cuidados no interrumpidos al adoptado durante su menor edad, auxilios y cuidados que la ley supone se prodigan por un sentimiento de caridad. ¿Y se dirá que el padre que sostiene á su hijo natural practica un acto de beneficencia? Volveremos á preguntar: ¿Dónde está escrito que se prodiguen los cuidados por pura liberalidad? ¿Acaso el tío que educara á su sobrino no podría adoptarle?

La ley quiere que el adoptado cuente con el consentimiento de su padre: ¿cómo podía cumplir con esta condición cuando el que le adopta es su padre? ¿Consentirá el adoptante en lo que él mismo hace? Sí, y he aquí una condición que viene por tierra cuando el padre natural adopta á su hijo. ¿Quiere decir esto que la adopción sea imposible? Casi siempre, pues, lo sería. ¿Quiénes son los hijos que deberían adoptarse, si se quisiera obedecer fielmente al espíritu de la ley? Hijos que carecen de padre: expósitos. Tan es así, que, al discutirse el Código, se quería limitar el beneficio de la adopción á los hijos que no tuviesen padre conocido. La ley prescribe condiciones generales, si bien no supone ciertamente que siempre hayan de cumplirse todas, lo que sería por todo extremo imposible y, por consiguiente, absurdo, ya que con una mano permitiría la ley la adopción y con la otra la negaría (1).

Si se pasan por alto las abstracciones para colocarse en el terreno de la realidad, al punto desaparecerán todas las dificultades. Al adoptar, el padre natural agrega un vín-

Corte de Casación, 28 de Abril de 1841 (Daloz, palabra *Adopción*, núm. 116, p. 303).

1 Riom, 30 de Mayo de 1838 (Daloz, palabra *Adopción*, núm. 116, p. 299).

culo civil al que la naturaleza ha formado, aunque la ley no ha reconocido. Por el sólo hecho de ser padre, ofrece garantías mucho mayores que un extraño, y es justísimo, por ende, que no se exijan literalmente las mismas condiciones. ¿Se irá á armar un pleito al adoptante sobre la naturaleza de los cuidados que hubiere prodigado al adoptado? ¿Se le hará ver que está viciado su consentimiento por ser él el padre? A esto contestaría: Lo que la ley quiere, es que haya un vínculo de afecto, entre el adoptante y el adoptado; ¿y puede haber uno más fuerte que el creado por la naturaleza? Aquí tropezamos con otra objeción. Si hay un vínculo de parentesco entre el adoptante y el adoptado, ¿á qué conduce la adopción? La gratitud del hijo natural ha producido casi todos los efectos que está llamada á producir la adopción; todavía más, ha producido efectos que la adopción no puede producir. ¿Tomará el hijo natural adoptado el nombre del adoptante? Le tiene ya. ¿Le deberá este alimentos, y podrá aquel reclamárselos? La obligación alimenticia existe ya. Además, el padre tiene la patria potestad, de que el adoptante carece. ¿De qué servirá, en suma la adopción?

207. Sólo un efecto hay que pueda ella producir, y es el de dar al hijo adoptado derechos hereditarios que no tendría como natural; pero este nuevo derecho es un argumento decisivo contra la adopción del hijo natural, porque implica una violación de la ley, ó, si se quiere, un fraude á la misma. El artículo 338 dice que los derechos de los hijos naturales se hallan arreglados en el título "De las Sucesiones;" y la ley no señala al hijo natural más que una escasa parte de los bienes que le habrían correspondido si hubiese sido legítimo (art. 757.) En seguida agrega (art. 908): "Los hijos naturales no podrán recibir, por donación entre vivos ó por testamento, nada más que lo que se les otorga en el título "De las Sucesiones." ¡Esta es una incapacidad de orden público! Exclama M. Demolombe, y no es lícito

to substraer de ella á los hijos naturales, ni directa, ni indirectamente. Contestaremos, con la Corte de Casación: Las limitaciones y prohibiciones que establecen los artículos 757 y 908 pueden dejar de existir, por efecto de las modificaciones que la ley permite dar al estado del hijo natural: modificaciones que resultan, ora de la legitimación, ora de la adopción. La legitimación asimila, para lo futuro, al hijo natural con el legítimo; en tanto que la adopción produce efectos menos extensos, pues solamente asimila al hijo adoptado, con el legítimo respecto del adoptante. Pero, dentro de estos límites, su estado, en lo que concierne al derecho de suceder, está cambiado por completo, pues aquél se presenta á la sucesión, no como hijo natural, sino como adoptivo. (1). En vano se dice que la adopción no borra la calidad ni el estado de hijo natural, puesto que no importa un cambio de familia, y que, consiguientemente el adoptado continúa siendo hijo natural, y así, sometido, como tal, á las prohibiciones del artículo 908. Esta objeción es una nueva sutileza. Vamos á volver al mundo real, asistiendo á las discusiones del Consejo de Estado (2).

208. Tronchet era uno de los adversarios de la adopción más obstinados y no cesó de combatir esa nueva institución. ¿Cuál es el argumento que sin cesar reproduce? El mismo que conocemos ya. Desde la primera sesión, clama contra el fraude. ¿Qué es la adopción, dice, examinada al descubierto, sin el prisma de las ilusiones? En un medio de eludir las prohibiciones que limitan la capacidad de los hijos naturales, para recibir. Pues, si tales prohibiciones no están justificadas por motivos atendibles, ¡que queden abolidas! Si, por el contrario, las acepta la justicia,

1 Sentencia de Riom, antes citada (Dalloz, palabra *Adopción*, p. 299 y 300), y sentencia de la Corte de Casación, de 1841, también citada (Dalloz, *ibid.*, p. 303).

2 Acerca de la discusión, véase á Dalloz, palabra *Adopción*, núm. 118, y la sentencia de Dijón, 30 de Marzo de 1844 (Dalloz, palabra *Adopción*, núm. 116, p. 304).

si las reclama el interés público, la ley, al proporcionar un medio de eludirlas, vulnera el interés y la justicia y se contradice á sí misma." (1) Esta es la incompatibilidad que M. Demolombe reproduce bajo mil formas.

La objeción, como obra de un eminente jurisconsulto, causó impresión, y en el segundo proyecto, la sección de Legislación insertó un artículo del tenor siguiente: "El que hubiera reconocido, con las formalidades legales, á un hijo nacido fuera de matrimonio, no puede adoptarle, ni conferirle otros derechos que los procedentes del reconocimiento; pero fuera de este caso, no es admisible acción alguna que tienda á probar que el adoptado es hijo natural del adoptante." Esto era tanto como decir que, aun cuando el reconocimiento impedía la adopción, el hijo no reconocido podía ser adoptado, que es lo que enseñan M. Demolombe y la mayor parte de los autores, pretendiendo que es doctrina del Código Civil. Pues bien, esta opinión fué desechada en toda forma. Oigamos la discusión.

Marmont comienza por objetar que el artículo comprometerá el estado de los hijos naturales, ya que efectivamente, podría suceder que, á fin de conservar el padre la facultad de adoptarlos, difiriese reconocerlos, y que en esto llegase á morir sin haberlos adoptado ni reconocido. Berlier, relator de la sección de Legislación, confiesa que es demasiado severa la disposición; y si la sección la propuso, fué para no entrar en pugna con el artículo 338, el cual no concede á los hijos naturales reconocidos más que un crédito á cargo de los bienes de su padre. Esta era la eterna objeción de Tronchet, objeción á la cual contesta Emmercy, como lo hace la Corte de Casación, que el crédito del hijo natural, es decir, el derecho que le otorga el artículo 757, es la regla, y que la adopción es el caso particular. Esto se reduce á decir que no hay, en el caso, opo-

1 Sesión del Consejo de Estado del 6 Frimario, año X, núm. 12 (Locré, t. III, p. 181 y sig.).

sición, que no hay contradicción, como no la hay entre una disposición que establece una regla y otra que le señala una excepción. Emmery pide que sea retirado el artículo, Regnaut apoya esa petición y el artículo queda suprimido (1).

¿Cómo se contesta á la voluntad del legislador, tan claramente expuesta? Que el artículo suprimido formaba parte de un proyecto que introducía una teoría completamente distinta de la que acabó por prevalecer, y que en este sistema, la adopción producía un cambio en la familia, mientras que en el del Código, el adoptado no entra en la del adoptante (2). Nueva sutileza. Cuando Tronchet rebatía la adopción porque facilitaba la manera de defraudar la ley sobre sucesiones, ¿había alguna distinción entre tal ó cual sistema de adopción? No; aquél no cesó de reproducir su objeción contra todos ellos. Y cuando la sección de Legislación propuso el artículo que prohibía adoptar al hijo natural, ¿lo hizo en razón del sistema de adopción que sometía al Consejo? No, una vez más. Finalmente, cuando Emmery impugnó el artículo, ¿hízolo poniéndole en parangón con el sistema que se discutía? No, y siempre no. Lo único que preocupaba á Tronchet era el fraude que la ley permitía se hiciese á sus propias prohibiciones, fraude que era el mismo en todas las teorías. Y ¿qué se le contestaba? Que aquella prohibición sufriría una excepción, no con motivo de tal ó cual sistema de adopción, sino porque la incapacidad con que se quería cargar al hijo natural parecía asáz severa, por confesión misma del relator de la sección de Legislación. Así, pues, nada de común tenía aquella discusión con la teoría relativa á la adopción, sino que era general: preocupábase del hijo natural, no de la adopción; queríase que el hijo pudiese recibir

1 Sesión del 16 Primario, año X, núm. 18 (Locré, t. III, p. 212).

2 Benech desarrolló este pensamiento en un folleto intitulado: *De la ilegalidad de la adopción de los hijos naturales*, lo mismo que Pont, en la *Revista de Legislación*, t. XVII, p. 750.

como adoptado lo que la ley le prohibía recibir como natural. Tal es la realidad, puesta en lugar de las suposiciones.

Tronchet volvió á la carga al discutirse el tercer proyecto, y siempre porque la adopción constituía un medio fraudulento de procurar ventajas á los bastardos, pero el primer Cónsul le contestó, y su contestación fué decisiva. "¿No sería fortuna, exclamó, que la injusticia del hombre que con sus desarreglos hizo nacer á un hijo en la ignominia, pudiera quedar reparada sin menoscabo de las costumbres?" "Precisamente, replicó Tronchet, los principios de la sana moral han hecho que los bastardos queden excluidos de las sucesiones; ¿y no sería inconsecuencia cargar sobre ellos la incapacidad, á la vez que poner junto á ella un medio de eludirla?" Napoleón convino en que sería ofender las buenas costumbres, dar á los bastardos capacidad para suceder; "pero ya no se ultrajará á las costumbres, agregó, si de una manera indirecta se les devuelve su capacidad por medio de la adopción" (1).

He allí el verdadero pensamiento del legislador, en perfecta armonía con la jurisprudencia. Contra estos testimonios abrumadores se invocan ciertas expresiones de Treilhard. "Si son reconocidos los hijos, dice, no pueden ser adoptados, y si no lo son, su origen es incierto." Estas palabras, se dice, quedaron sin contestación, *aun por parte de los adversarios* (2). ¡Naturalmente, los que participan de la opinión de Treilhard no podían combatirle! Por otra parte, fácil habría sido á sus adversarios contestarle, con sólo decir que, como nuevo en el Consejo, ignoraba que la Asamblea hubiese desechado la proposición que él sostenía. ¿Por qué no dieron esa contestación? Por una razón muy sencilla: porque no estaba á discusión ese punto,

1 Sesión del 4 Nivoso, año X, núm. 15 (Locré, t. III, p. 221 y sig.)

2 Demolombe, t. VI, p. 53, núm. 42. Sesión del Consejo de Estado del 27 Brumario, año X, núm. 11 (Locré, t. III, p. 238).

y sólo de una manera incidental vertió Treilhard las breves palabras que se oponen en un debate regular. ¿Valía la pena recoger una aserción que no tenía, ni podía tener alcance alguno? (1).

209. Queda una dificultad en esta ardua materia. Dícese que si los hijos naturales pueden ser adoptados, aun cuando hayan sido reconocidos, pueden serlo también los incestuosos y adulterinos. En esto, dice M. Dupin, está la grande y solemne objeción que se hace contra la opinión favorable á la adopción de los hijos naturales, opinión que sostuvo él como Procurador General ante la Corte de Casación, y contesta que es menester distinguir. Los hijos adulterinos ó incestuosos no pueden ser reconocidos, y de aquí que generalmente se ignoraría su estado, en cuyo caso, no hay impedimento para adoptarlos. Conviene agregar que si no han sido reconocidos, no podrá investigarse su filiación para demandar la nulidad de la adopción, por ser un principio universalmente admitido el de que está prohibida la investigación de la filiación incestuosa ó adulterina, así en favor como en contra del hijo. En este sentido hay una resolución judicial (2). Pero ¿qué debe decirse del caso en que son reconocidos los hijos adulterinos ó incestuosos, á pesar de la prohibición legal? Según la opinión general, ese reconocimiento es radicalmente nulo; y considerado como no hecho, no puede perjudicar á los hijos, cuando son adoptados, más que cuando reciben donaciones. Sin embargo de esto, la jurisprudencia no se muestra muy consecuente, pues se ha resuelto que si, en el acta misma de adopción aparece la filiación adulterina, la adopción resulta nula (3), y con mayor razón tendría que admitirse la nulidad, si resultara de una sentencia la filiación de

1 Puede verse en Dalloz (*Recopilación periódica*, 1861. 1. p. 336, en nota), la lista de los autores que se han ocupado en la cuestión. Los más de ellos opinan contra nosotros.

2 Sentencia de Grenoble, 7 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1851. 22. 240).

3 Sentencia de la Corte de Casación, 13 de julio de 1826 (Dalloz, palabra *Adopción*, núm. 59).

los hijos. Tal es también la opinión de M. Dupin. El Código, dice éste, no solamente limita a esta clase de hijos á los alimentos sino que prohíbe legitimarlos, aun reconocerlos, y les niega todo cambio de estado. De donde se sigue que tal estado no puede cambiarse por la adopción (1).

No nos parece lógica la consecuencia, porque de que la ley prohíba reconocer á los hijos adulterinos ó incestuosos, y, por consiguiente, legitimarlos, no se puede seguir que prohíba adoptarlos. ¿Por qué no prohíbe su reconocimiento y legitimación? Porque no quiere que los padres hagan alarde públicamente de su crimen ó infamia; no quiere que el hijo adulterino ó incestuoso reciba como tal más que los alimentos; y estos motivos nada tienen que ver con la adopción. Al adoptar á los hijos, fruto desdichado de la mala conducta de los padres, lejos de hacer éstos ostentación de su vergüenza, se proponen lavarla, reparar en lo posible el mal ocasionado; el hijo tomará su nombre, aunque con el carácter de adoptado, y recibirá sus bienes, pero siempre con igual carácter. ¿Dónde está la inmoralidad? Diremos con el primer Cónsul, que hay por que felicitarse de que, en cierto sentido, pueda quedar borrada la mancha de la ilegitimidad con la adopción. Y aunque confesamos que no se ha establecido cosa igual respecto de los hijos adulterinos é incestuosos, en todo el curso de la discusión sobre los naturales, sin cesar se dijo que el rigor de la ley podría templarse por medio de la adopción. El Código no permite reconocerlos durante el matrimonio, con perjuicio de los hijos y del otro cónyuge. Boulay y el Ministro de Justicia hicieron notar que la adopción constituiría un medio de suplir el reconocimiento posterior al matrimonio (2). Si se puede suavizar la severidad de la ley, tratándose de los hijos naturales, ¿por qué no se había de poder hacer lo

1 Dupin, Requisitoria, en Dalloz, palabra *Adopción*, núm. 116, p. 302.

2 Sesión del Consejo de Estado, del 24 Brumario, año X, núm. 4 (Locré, t. III, p. 43).

mismo en favor de los desdichados á quienes el Código trata con verdadera dureza? (1)