

ADICION.⁽¹⁾

TITULO OCTAVO DE LA ADOPCION.

Art. 258. El adoptante debe tener por lo menos diez y ocho años más que el adoptado.

Art. 259. Solo pueden adoptar las personas mayores de cincuenta años que no tengan descendientes legítimos.

Art. 260. El tutor no puede adoptar á su pupilo hasta que hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

(1) La necesidad de corresponder en la mayor amplitud posible al programa de comentar en todas sus partes y en sus diversas manifestaciones las leyes civiles mexicanas, nos impide pasar en silencio lo que se refiere á la *Adopción*, institución de origen romano y conservada por nuestra madre patria, aunque no con el prestigio ni con los efectos que en Roma tuviera. Si á esto se añade que tres de nuestros Códigos Civiles vigentes (los de Tlaxcala, Veracruz y Estado de México) aún hablan de aquella institución, se encontrará bastante motivado que nos ocupemos en su estudio, y á este efecto tomamos por base de nuestro comentario el texto del primero de esos Códigos, que es el que trata más extensamente la materia.

Art. 261. El cónyuge no puede adoptar sin el consentimiento de su consorte; pero pueden hacerlo ambos conjuntamente.

Art. 262. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, excepto el caso del artículo anterior.

Art. 263. Para la adopción de un mayor de edad, se necesita su expreso consentimiento; para la de un menor de edad, pero mayor de catorce años, su consentimiento y el de la persona que tendría que darlo si se casara, y para la de un menor de catorce años y de los incapacitados, el de las personas bajo cuya patria potestad están ó el de los tutores en su caso.

Art. 264. El adoptante tiene derecho á que le ministre alimentos el adoptado y á heredarlo en la forma que establece este Código.

Art. 265. El adoptado tiene derecho de usar el apellido de quien lo adopta, á ser alimentado por éste y á percibir la porción hereditaria que le señala el presente Código.

Art. 266. Por la adopción se adquiere la patria potestad sobre el adoptado que, siendo menor, no tiene ascendientes á quienes corresponda este derecho.

Art. 267. La adopción sólo puede hacerse ante los jueces de primera instancia; y la resolución de éstos, declarándola legítima, se remitirá al juez del registro civil respectivo, para que anote la partida de nacimiento del adoptado.

Art. 268. Cualquiera persona puede en todo tiempo contradecir la adopción; pero ésta no puede ser declarada nula más que en los casos siguientes:

I. Cuando el adoptante haya tenido descendientes legítimos al tiempo de verificarse la adopción.

II. Cuando el adoptado por una persona lo esté por otra y no se haya declarado nula la segunda adopción.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

70. Una razón estrechamente ligada con el viejo culto pagano ha sido el principio del derecho de adopción entre los anti-

gnos, quienes para escapar á sus dioses de la deserción de los honores tributados por la común credibilidad, habían encontrado oportuno y conveniente recurrir á aquel medio para evitar que, con la extinción de la familia natural, se interrumpiese la religión doméstica por falta de quien hiciese las ofrendas fúnebres á los manes de los antepasados. "Aquel á quien la naturaleza no ha dado hijos, puede adoptar uno, para que las ceremonias fúnebres no cesen:" así se expresa el viejo legislador de los Indus (1). La misma idea se revela en Grecia (2) y en casi todos los pueblos de la antigüedad, pudiéndose deducir de esto que la adopción sólo era permitida á los padres que no tenían hijos por la naturaleza. Ningún texto preciso nos demuestra que igual cosa sucediese en Roma, y sabemos por Gayo que un mismo hombre podía tener bajo su poder hijos por la naturaleza é hijos por la adopción (3). Una autoridad incontestable, empero, nos mueve á creer que la idea primitiva no llegó á perder su valor ni su prestigio: "¿Cuál es el derecho que rige la adopción? preguntaba el orador romano atacando la genealogía ficticia de Clodio; es necesario, decía, que el adoptante se halle en edad de no tener ya hijos, y que antes de adoptar, haya procurado tenerlos. *Adoptar es pedir á la religión y á la ley lo que no se ha podido obtener de la naturaleza* (4)." En tiempo de Justiniano el derecho antiguo había perdido mucho de su tradicional severidad, y el pensamiento enunciado por Gayo no se diferencia en nada del que expresa la Instituta de aquel Emperador (5).

La adopción revestía en Roma formas tan solemnes como la manumisión y el testamento. Eran las curias romanas las que autorizaban ese cambio de familia por efecto del cual uno de los miembros de la sociedad, tal vez un *paterfamilias* era tras-

(1) *Leyes de Manú* IX, 10.

(2) Iseo "*De Menelecs hereditate*" 10—46.

(3) Gaius.—*Inst.* cap. 1. § 97.

(4) Ciceron "*Pro domo*" 13, 14.—Aulo-Gelio, V, XIX.

(5) "*Inst. de Just.*" lib. I tit. 11.

portado de su origen natural á un centro donde no podía haber sino mediante una ficción. ¿Cómo no intervenir el pueblo, por otra parte, en que uno de sus ciudadanos sobreviva, después de su muerte, en la ciudad por la incorporación de otro? Pero si tal era el derecho primitivo, las fórmulas solemnes empezaron á ceder al imperio de medios ficticios y equivalentes, y las ceremonias tan gráficamente expresadas por las frases: *in sacra transiet* y *sacrorum detestatio* hicieron plaza á la *vindicta* y á la *in jure cessio* para la adopción sin el concurso del pueblo. "Era, nos dice Ortolan, el derecho privado que ganaba terreno sobre el público (1)."

71. Se conocían dos especies de adopción: la *arrogación*, que tenía por objeto á personas *sui juris* ó *paterfamilias* y la *adopción* propiamente dicha, que se aplicaba á las personas *alieni juris* ó hijos de familia. Si la especie de secularización en orden á las antiguas y solemnes formas, que se operó en la adopción romana, comprendió las dos clases que se señalan, ella no tuvo lugar sino muy posteriormente para la arrogación, que hasta la época de los Emperadores, en que se había desconocido toda sombra de representación popular, fué practicada por un rescripto imperial. Si primitivamente era la autoridad del pueblo la necesaria condición para que el arrogado pasara con todo lo que le pertenecía en el orden humano y sagrado á la familia del arrogante, y á este efecto se formulaba en los Comicios al uno y al otro y al pueblo mismo para su consentimiento en tan importante cambio una serie de preguntas solemnes, á todo eso vino á sustituirse un simple mandato del príncipe, quien con conocimiento de causa (*causa cognita*) y después de examinar si el arrogante no tenía menos de sesenta años, ni otros hijos naturales ó adoptivos, autorizaba el acto, que á pesar de todo resultaba no pocas veces el efecto de una gracia

(1) Ortolan, "Inst. Just." lib. 1, tit. 11.—Valerio Maximo, VII, 7.—Aulo Gelio, XV, 27.

otorgada por el Soberano, ó por motivo de una enfermedad, ó del mero deseo de adoptar un pariente (1). La otra especie de adopción, ó sea la propiamente dicha, habiendo empezado por poderse verificar por medio de la *in jure cessio*, tenía lugar en tiempo de Justiniano mediante una simple acta levantada delante del magistrado competente, en presencia de las partes, y haciéndose constar el consentimiento del padre natural, del adoptante y del adoptado, quien podía serlo aún hallándose en la edad de la infancia, pues bastaba que no contradijese la adopción (2).

La reforma del derecho primitivo en orden á la adopción se hizo también sentir en sus efectos más importantes. Si al principio todo lazo de parentesco quedaba roto entre el adoptado y su familia natural, volviéndose para ésta completamente extraño, al grado de que en caso de muerte su padre natural no tenía el derecho de encargarse de sus funerales, la ficción se redujo después á establecer un lazo de mera forma entre el adoptante y el adoptado, y á otorgar á este último un derecho de sucesión ab-intestato sobre la herencia de aquél. Una constitución imperial declaraba que, cuando el padre natural daba su hijo en adopción á una persona extraña, no perdía ninguno de sus derechos ni aún el de *patria potestas*, que absolutamente no era adquirido por el padre adoptante; pero que lo contrario sucedía cuando éste era el abuelo ó bisabuelo, paterno ó materno, pues entonces se unían en la misma persona los derechos de la naturaleza y los de la ley, quedando por consiguiente borrado por completo todo lazo natural originario.

72. Las condiciones para la adopción eran las siguientes: 1.^a El adoptante debía tener diez y ocho años más que el adoptado, y no ser castrado, pues la adopción debe imitar la naturaleza; 2.^a el adoptante no debía tener hijos legítimos ni por

(1) Gaius, *Inst.*, cap. 1, § 99—Ciceron, *Pro domo sua*, 20—Aulo Gelio, *Noct. att.* 5, 10—*Dig.* lib. 1, tit. 7, l. 15, § 2.

(2) *Cod.* lib. 8, tit. 48, l. 11.

la sangre ni por la adopción, salvo un motivo justo; 3ª el adoptante debía ser *sui juris*; 4ª el adoptado no debía ser hijo ilegítimo del adoptante, y 5ª la adopción debía ser hecha á perpetuidad (1).

73. Esta legislación pasó por completo á nuestras antiguas leyes, si se exceptúa el Fuero Juzgo que guarda absoluto silencio sobre la adopción, pues desde el Fuero Real se trasluce la tendencia á reproducir, en la materia que nos ocupa, los precedentes romanos (2).

DERECHO MODERNO.

74. Totalmente desconocida la adopción en el antiguo derecho francés, aunque lo contrario pudiera decirse, apoyándose en ciertos usos no poco semejantes en sus efectos á aquella institución, como las liberalidades contractuales ó testamentarias con facultad de llevar el nombre y de tomar las armas en favor del disponente, la adopción en los hospicios y otros (3), gozó de gran boga á raíz de estallar la revolución, que en más de un sentido tendió á reproducir las instituciones romanas y suscitó teorías filosóficas con las cuales mucho tenía que armonizar el espíritu fundamental de la adopción. Así vemos que por decreto de 18 de Enero de 1792 la Asamblea legislativa decidió que "su comité de legislación comprendería en su plan general de las leyes civiles, las relativas á la adopción." Desde este día y no obstante faltar un texto legal positivo que fijase la naturaleza, condiciones y efectos de la adopción, tuvieron muchas lugar con carácter solemne y político, hacién-

(1) *Inst. de Just.* lib. 1, tít. 11, §§ 4 y 9.—*Dig.* lib. 1, tít. 7. l. 17 § 3.—*id.*, lib. id., tít. id., l. 15, § 3.—*Novella*, 74, cap. 3.—*Dig.* lib. 1, tít. 7, l. 34.

(2) *Fuero Real*, lib. 4, tít. 22, ll. 1 á 7.—*Part.* 4, tít. 16, l. 1. 1 á 10.—Gutiérrez Fernández, *Códigos Españoles*, tom. 1, pág. 701.—*Sala mexicana*, tom. 1, pág. 355.—Antonio Javier Pérez y López, *Teatro de la legislación universal de España é Indias*, "adopciones y emancipaciones."—*Enciclopéd. de derecho y administración*, "Adopción."

(3) Boutaric *Inst.* lib. 1, tít. 2.—Merlin, *Rep.*, "Affranchissement."

dose en nombre de la patria y llegándose á conceder hasta los derechos de ciudadano francés á todo aquel que no tuviera otro mérito que haber adoptado un hijo (1). Son los redactores del Código de Napoleón los primeros á quienes se debe en Francia una ley formal y positiva sobre la adopción. En el proyecto primitivo nada se decía sobre ella; pero el Tribunal de casación reclamó contra tal silencio y la sección de legislación en el Consejo de Estado no fué sorda al llamamiento. Malleville y Tronchet combatían la adopción, mientras el primer Cónsul la defendía con entusiasmo. Se discutió si ella sería adoptada como una institución meramente política, ó de carácter privado y solo perteneciente al derecho común. Habiendo preponderado este segundo sistema, se preocupó el Consejo de Estado por la idea de que la adopción debía ser, como en el derecho romano clásico, una fiel imitación de la naturaleza, saliendo en virtud de ella el hijo adoptivo de su familia natural y enlazándose por completo y de una manera exclusiva con el adoptante y aun con sus colaterales. Fué después el mismo primer Cónsul quien operando una reacción sobre sus primeras ideas é inspirado por el Tribunado, reconoció en el Mensaje de 2 de Enero de 1802 que había ido demasiado lejos en las anteriores discusiones, y propuso no dar á la adopción otro carácter que el de una simple transmisión de nombres y de bienes. Tal es el espíritu que domina los capítulos 1 y 2 del título 8º, libro 1º del Código Civil francés, pudiéndose desde luego afirmar que dista mucho en ellos de haber alcanzado completa aplicación la tradicional máxima "*adoptio imitatur naturam*" (2).

75. En nuestra legislación nacional y despues del despres-

(1) Decreto de la Convención nacional, de 25 de Enero de 1793.—Constitución de 1793.

(2) Loaré, *Legislation de la France*, tom. 6, pág. 371.—Fuzier-Herman, Carpentier et Du Saint, *Rep. Gen. du droit français*, "Adoption."

tigio con que la adopción hubiera aparecido en el primer proyecto de un Código Civil mexicano, donde su autor, el respetable jurisconsulto Don Justo Sierra, la llama una institución enteramente inútil y del todo fuera de nuestras costumbres, son, como antes lo hemos indicado, los Códigos de Veracruz, Estado de México y Tlaxcala, los primeros y los únicos que de aquella tratan. Si la tercera de esas legislaciones dedica á la adopción el extenso articulado que antes hemos trascrito, los otros dos Códigos no la consideran sino en términos hasta concisos, quitándole todo carácter de acto privado, tanto en su forma como en sus efectos.

Estas legislaciones, sin dejar de referirse á las dos especies de adopción del derecho romano, declaran que sólo podrán tener lugar ambas en virtud de disposición legislativa (arts. 288 del Código del Estado de México, y 337 del de Veracruz). En cuanto á los efectos civiles de dichos actos, los mismos Códigos previenen que ellos se determinen también por la disposición legislativa en cada caso particular, y sin que en ninguno resulten perjudicados los herederos forzosos (arts. 289 del primero y 338 del segundo). Y como la adopción importa un necesario cambio en el estado civil, el art. 290 del uno y 339 del otro ordenan que el interesado haga inscribir en la Oficina respectiva del registro dicha disposición legislativa, insertándose en el acta de nacimiento conforme á los arts. 70 y 130 respectivamente. Hé ahí sin duda una forma de adopción muy simple, pero no menos rara, que, salva la legítima de los herederos forzosos, todo lo deja á la arbitrariedad del legislador, de donde no es imposible que resulten por causa de la adopción efectos muy extensos unas veces, limitadísimos y condicionales otras, hasta en el sentido de la duración. Por lo demás y ya que estos legisladores han empleado dos vocablos jurídicos consagrados por la tradición, el intérprete debe creerse autorizado para entenderlos en el sentido de que, según esta novísima legislación, aún pueden ser *adoptados* los hijos de

familia, como *arrogados los séres* que ya no dependen sino de sí mismos (1).

76. El Código de Tlaxcala, exponiendo la edad que debe tener el adoptante, expresa (art. 259) que ella es la que excede de los cincuenta años, con tal de que (art. 258) resulte siempre que dicha edad es cuando menos diez y ocho mayor que la del adoptado. Estos preceptos están modelados, con la sola diferencia del número de años para la edad del adoptante, y en cuanto al exceso sobre la edad del adoptado, en los arts. 133 del proyecto de un Código civil español de Goyena, que exige cuarenta y cinco y quince años, y en el 343 francés que previene, como nuestro Código, cincuenta años; pero sólo quince en orden al exceso de edad entre adoptante y adoptado. Se sigue de aquí que la mínima edad á que una persona puede adoptar, es la de cincuenta años, porque se ha considerado por el legislador que, debiendo ser la adopción un consuelo para los padres sin hijos, no es conveniente que tenga lugar sino después de una edad en que ya es poco probable el advenimiento de los mismos. Es así como Berlier explica los motivos del texto francés: "La adopción, dice, no es acordada sino como consuelo á aquellos que no tienen hijos ó que han tenido la desgracia de perderlos; no se debía, pues, autorizarla en una edad en que la naturaleza permite todavía tenerlos por el matrimonio" (2). Las limitaciones, pues, por razón de la edad son absolutas, á cuyo efecto la ley no consiente ninguna dispensa, á diferencia de lo que declara para el matrimonio (3).

77. ¿Pueden adoptar las mujeres? En el antiguo derecho romano y patrio les estaba prohibido, como incapaces de patria

(1) Posteriormente al comentario que sigue del Código de Tlaxcala, hemos tenido noticia del decreto de 14 de Octubre de 1876, que derogó los arts. 288, 289 y 290 del Código Civil del Estado de México, y tanto por esta razón, como porque esta legislación coincide en lo fundamental con la del Código de Tlaxcala, no hacemos de ella un comentario especial, limitándonos á copiarla al fin de esta sección.

(2) Berlier, *Exposé des motifs*, núm. 6.

(3) Véase el tomo 2 de esta obra, núm. 46.

potestad. Fué solamente una constitución de Diocleciano y Maximiano la que permitió la adopción á la madre que había perdido á todos sus hijos, sin por esto concederle patria potestad sobre el hijo adoptivo, con quien no la ligaban otros lazos que los existentes con sus propios hijos por la sangre: "*Et cum perinde atque ex te progenitum, ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus*" (1). Animada por el mismo espíritu la legislación Alfonsina, sólo permitía la adopción á las mujeres que hubiesen perdido sus hijos en batalla en servicio del Rey (2). El moderno derecho, más respetuoso que el antiguo al sexo femenino, después de haber concedido á la madre la patria potestad, no podía negarle la facultad de la adopción. En este sentido son manifestos los artículos citados del derecho francés y del Código de Tlaxcala (3). Veremos sin embargo adelante, cómo debe entenderse tal permisión en orden á la mujer casada.

78. Según una doctrina de Ulpiano, no se permitía al tutor ó curador de alguno adoptarle, por el temor de que al hacerlo, evadiese impunemente la obligación de rendir cuentas: "*ne forte eum ideo arroget, ne rationes reddat*" (4). La misma prohibición se encuentra repetida en nuestra antigua ley patria (5). En derecho francés es tratado este punto con muy diferente criterio, pues según el art. 345 del Código de Napoleón no sólo no es incompatible la tutela con la adopción, sino que aquella se considera como un preliminar casi necesario de ésta. "La facultad de adoptar, dice aquel texto, no podrá ser ejercida sino hacia el individuo á quien durante su menor edad y seis años á lo menos se hubieran prestado socorros y otorgado cuidados sin interrupción; ó hacia aquel que hubiera salvado la

(1) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 11, § 10.—*Cod.* lib. 8, tit. 48, l. 5.

(2) *Part.* 4^a tit. 16, l. 2.

(3) Demolombe, tom. 6, núm. 44.

(4) *Dig.* lib. 1, tit. 7, l. 17.

(5) *Part.* 4^a, tit. 16, l. 6.

vida al adoptante, sea en un combate, sea retirándole de las llamas ó de las olas." Se está de acuerdo entre los comentadores en que no sólo la tutela oficiosa á que se refiere el art. 345, pero aún la ordinaria, con tal de que hubiera sido ejercida durante seis años, puede servir de preliminar á la adopción del pupilo por el tutor, siendo éste un punto de hecho, completamente abandonado á la apreciación soberana del Juez, que es casi sin límites en materia de adopción (1). También se está de acuerdo, en que los casos para la adopción remuneratoria que cita la ley no importan sino ejemplos, por manera que pueden existir otros equivalentes y que signifiquen del mismo modo servicios prestados al adoptante en momentos de peligro para su vida (2).

Claramente se ve cuál ha sido el espíritu que ha presidido á la redacción del art. 345 francés: es la convicción de cierta semejanza entre el amor del padre adoptante y el del padre por la sangre. El discurso del tribuno Gary, sobre este punto, es un verdadero idilio del amor paterno. "La ley, decía este Jurisconsulto, debe asegurarse de que aquel que quiere obtener el título de padre, tiene ya los sentimientos de tal, y la prueba de esto no puede resultar sino de los cuidados otorgados durante largos años al hijo menor. En efecto, para un individuo llegando ya á la mayor edad, no se experimentan sentimientos de padre; pero sí se tienen desde luego respecto de la debilidad, de las gracias, de la ingenuidad y del candor de la infancia. Estos sentimientos se afirman y perpetúan en una edad más avanzada, siendo en la edad tierna cuando nacen. Entonces es cuando la habitud de los cuidados concedidos y recibidos forma verdaderamente una segunda naturaleza (3)."

Tales son los motivos que en el Código francés ni han per-

(1) Demolombe, tom. 6. núm. 25.—Delvincourt, tom. 1, pág. 95, not. 4.—Laurent, tom. 4. núm. 200:

(2) Marcadé, *sur l'art. 345*.—Duranton, tom. 3, núm. 284.—Laurent, tom. 4, núm. 210.

(3) *Discours* de Gary. núm. 9



INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

mitido siquiera que el legislador juzgase conveniente prevenir los mil abusos, que es capaz de producir la malicia humana en el ejercicio de la facultad concedida al tutor de adoptar á su pupilo, aun ántes de la rendición de cuentas de la tutela.

Más prudente y previsor el Código que comentamos, establece terminantemente, á semejanza del antiguo derecho, que el tutor no puede adoptar á su pupilo hasta que hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela (art. 260).

79. ¿Muchas personas pueden adoptar á un mismo hijo? Para la respuesta negativa á esta cuestión, basta considerar que la adopción debe de ser en lo posible una imitación de la naturaleza, la cual no permite que un mismo hijo deba su paternidad ó maternidad á diferentes padres. Como lo nota el Sr. Goyena, siendo la adopción una ficción y debiendo toda ficción aplicarse siempre en términos hábiles, aquella no puede tener lugar contra lo que es naturalmente imposible (1). Fuera de esto, no es de prescindirse de los lamentables conflictos á que daría lugar la pluralidad de padres frente de un mismo hijo. ¿Quién de entre ellos tendría la patria potestad? Una persona, completamente extraña á otra, adopta un hijo, que después resulta también adoptado por la segunda. Sucediendo así las cosas, tendríamos un hijo común y legítimo de dos padres, sin que entre éstos nada hiciese necesaria la unidad de miras, que debe existir en orden á la vigilancia y educación del hijo. El Código francés es terminante en este punto (art. 344), y en el mismo sentido se expresa nuestro Código de Tlaxcala (art. 262), obedeciendo ambos al antiguo derecho que, por lo que toca á esta materia, nos ha trasmitido un principio de innegable evidencia: *Adoptio enim his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere* (2). Este texto y las precedentes consideraciones que lo apoyan, no pierden su fuerza ni

(1) Goyena, *Proyecto de un Código Civil español*, art. 137.

(2) *Dig.*, lib. 1, tit. 7, l. 16.—Demolombe, tom. 6, núm. 39.

aun en el supuesto de que el primer adoptante hubiera ya fallecido, al tratarse de hacer la nueva adopción; pues, como fácilmente se comprenderá, los lazos de familia creados anteriormente, son por su naturaleza de carácter perpétuo, no estando por lo mismo subordinados á la condición de supervivencia del adoptante, como no lo están los criados por la naturaleza, de la cual, no necesitamos repetirlo, ha querido el legislador que el acto que nos ocupa, sea una imitación. Los términos de los arts. 344 francés y 262 de Tlaxcala son demasiado terminantes, para consentir la menor duda á este respecto.

80. Tiene sin embargo el anterior principio una excepción, que bien considerada, lo confirma y justifica. La razón fundada en la misma naturaleza de las cosas, que ha impedido la adopción por muchas personas, tiene que convertirse en favor de la que tiene lugar por las que se hallan ligadas entre sí por el vínculo del matrimonio, con tal de que ambas consientan en la adopción. ¿Cuál es el motivo para esa necesidad de mútuo consentimiento de ambos esposos en la adopción? Al tratarse de este punto en el Consejo de Estado en Francia, Berlier se manifestó resueltamente en contra de tal necesidad. Uno de los esposos, decía, puede tener para adoptar, razones que el otro no tiene: el uno tiene parientes lejanos que apenas conoce ó para quienes siente escaso ó ningún cariño; mientras que el otro puede tener parientes allegados á quienes ama. Forzar á ambos esposos á adoptar, sería introducir en la familia un principio de desunión. Mientras el uno tratase de imponer sus ideas al otro, éste no cedería sino á la violencia moral, lamentando después su debilidad y odiando al hijo, víctima inocente de la discordia. Nos parece que el notable juriconsulto francés, por huir de disturbios domésticos, en verdad poco frecuentes desde el momento en que el consentimiento de ambos cónyuges precediera á la adopción, va á caer con su teoría en otros mayores y de seguro más desastrosos después de que el nuevo ser introducido en la familia, solo lo hubiera sido por deter-

minación de uno solo de los esposos. Por otra parte, nada más conforme, no sólo á los recíprocos respetos á que están obligados entre sí los cónyuges, sino también á la naturaleza propia de los efectos de la adopción, no menos que á las mismas conveniencias del hijo adoptivo, que debe llevar un apellido en la vida social y que se halla, á no dudarlo, interesado, en que una vida común no lo separe del adoptante para la bondad y firmeza de la educación suya. Los Códigos modernos han respondido, sin vacilar, á estos motivos, como es constante en el derecho francés (art. 344) y en nuestro Código de Tlaxcala (art. 261). La primera de estas legislaciones guarda, sin embargo, á lo menos en la doctrina de los intérpretes, alguna diferencia en nuestro sentir con la segunda. Esa diferencia consiste en que, según el Código francés, no es necesaria la simultaneidad de ambos consentimientos, bastando que el uno venga después del otro, lo cual nos parece contrario, no sólo al texto expreso del Código de Tlaxcala, sino también á la naturaleza y efectos de la adopción (1). En efecto, nuestro Código dice que ambos esposos deben adoptar *conjuntamente*, y por nuestra parte creemos que, establecida la necesidad del consentimiento recíproco para la adopción por uno de los cónyuges, resultaría, en caso de renuencia á consentir por el otro, ó que la adopción tenía una existencia efímera, con grave daño del hijo, ó que se llevaba á cabo meramente en lo exterior con indefectible pérdida de los beneficios por los cuales el legislador ha aceptado la institución. Y ¿acaso la necesidad del mútuo consentimiento á que nos referimos, existirá aún en el caso de divorcio ó separación de cuerpos? Creemos que, so pena de descharacterizar lo que este estado excepcional en el matrimonio significa, y de traicionar las miras que el legislador tiene en orden á él, de perfecto acuerdo con el interés social, y que no

(1) Aubry et Rau, tom. 6, pág. 118, § 556.—Demolombe, tom. 6, núm. 39.—Laurent, tom. 4, núm. 230.—La jurisprudencia está en el mismo sentido.

son otras que la subsistencia de la vida común de los esposos y la esperanza de su reconciliación, si han tenido la desgracia de separarse, aún en esta hipótesis es necesario el requisito del mutuo consentimiento de los cónyuges, porque es fuera de duda que aún entonces éstos permanecen obligados por los principales deberes del matrimonio, no menos que dueños de los mismos derechos que ántes de su separación. ¿No se temerá, por otra parte, que la adopción por un esposo sin la aprobación del otro, haga mas difícil la reconciliación, que, como hemos dicho, entra en el más ardiente deseo del legislador? Nos parece que es así como los legisladores modernos han procedido, pues del mismo modo que el art. 344 francés no hace ninguna distinción á este respecto, el 261 de nuestro Código de Tlaxcala expresa en términos absolutos la necesidad del mutuo y conjunto consentimiento (1).

81. ¿Puede el incapacitado adoptar? Por de contado que esta cuestión no se refiere á la incapacidad por razón de edad, de la cual nos hemos ocupado antes, sino á aquella que consiste en la privación de inteligencia por locura, idiotismo, sordera, mudez ó imbecilidad, en el sentido de los incisos 2 y 3 del art. 301 del Código de Tlaxcala. Y así propuesta, nos parece indudable la respuesta negativa, supuesto que conforme al art. 328 del mismo Código son nulos todos los actos de administración ejecutados y todos los contratos celebrados por los sujetos á interdicción, aún antes del nombramiento de tutor, si la causa de la interdicción era patente y notoria en la época en que se celebró el contrato. La razon legal es manifiesta, pues siendo la adopción el efecto necesario de una voluntad libre é inteligente, y debiendo producir obligaciones, en orden al adoptado, que requieren la plenitud de la razón,

(1) Demolombe, tom. 6, núm 26 bis—Riffé, *De l'adoption*, pág. 49.

claro es que el legislador no podía permitir aquel acto fuera de tales condiciones (1).

82. ¿Las personas morales pueden adoptar? En otra parte hemos hablado de los dos sistemas corrientes en orden á la personalidad jurídica de ciertas entidades representadas en la vida social por la agrupación permanente ó pasajera de varios individuos. Según uno, las personas morales no han menester, para existir, de la creación de la ley, la cual se limita á reconocerlas, como un hecho fundado en la misma naturaleza humana. Según el otro, las personas morales derivan su existencia exclusivamente de la ley, que no sólo puede rehusarse á que surjan en el orden social, sino que, una vez existentes, puede reglamentarlas, extendiendo ó menoscabando soberanamente sus derechos y obligaciones. Aunque de seguro es anti-jurídico el segundo sistema (2), no puede negarse que, aun admitiendo á las personas morales, reconocidas por la ley, una aptitud general para el ejercicio de los derechos civiles, ella no podría extenderse á los que son incompatibles con la naturaleza misma de los seres jurídicos á que nos referimos, y que así tiene que suceder con respecto á los derechos de familia. Las adopciones, pues, semejantes á las que hemos aludido al tratar de este punto en la primera época de la revolución francesa, no pudieron ni podían tener otro carácter que el de compromisos públicos y solemnes para subvenir, en nombre del Estado, á las necesidades y educación del descendiente de un hombre célebre por su patriotismo, sin que importe que se hubiera decorado el acto con la denominación más noble y análoga al fin propuesto.

83. ¿Puede un sacerdote católico adoptar? En favor de la resolución contraria se invocan las consideraciones siguientes: 1º La adopción es una imitación de la paternidad legítima;

(1) Fuzier-Herman, Carpentier et Du Saint, *Repert du droit français*, núms. 26 y siguientes.

(2) Véase el tomo I de esta obra, núms. 259 y siguientes.

luego solo pueden adoptar aquéllos á quienes no está prohibido casarse; ahora bien, el Sacerdote debe, de acuerdo con la esencia misma de sus funciones, renunciar á los goces de la familia, que le desviarían de su misión de sacrificio. "El debe, dice Domat (1), desprenderse de toda mezcla de embarazo y de solicitud por lo temporal" (2). En favor de la resolución afirmativa, se cita el texto de una carta de Monseñor Affre, que dice: "Ninguna decisión del Derecho Canónico puede hacer declarar nula una acta de adopción otorgada por un sacerdote; pero un tal acto es ciertamente contrario al espíritu de la Iglesia (3)." No conocemos, en efecto, el cánón prohibitivo de la adopción sacerdotal, y desde luego nos apresuramos á declarar que no creemos rigurosamente exacta la aserción de que el sacerdocio sea inconciliable con la paternidad, puesto que la ley canónica admite al sacerdocio al viudo que tiene hijos (4). En nuestro derecho positivo no existe ninguna declaración á este respecto; pero es lógico deducir que la segunda opinión es la legal, sobre todo atenta la absoluta independencia proclamada por nuestras leyes políticas entre la Iglesia y el Estado.

84. Establecido quiénes pueden adoptar, ocupémonos en el estudio acerca de quiénes pueden ser adoptados. Si en orden á los que pueden adoptar, hemos asentado algunas excepciones, ya por razón de la edad, ya á causa de las relaciones con el adoptado, el principio parece recobrar su mayor generalidad cuando se trata de los que pueden ser objeto de la adopción. En este punto, pues, podemos decir que la capacidad es la regla, y la incapacidad la excepción. Si en el antiguo derecho, como en otra parte lo hicimos notar (núm. 71), podían ser adoptadas aún las personas *sui juris*, este antecedente no

(1) Domat, *Droit publique*, tom. 1.º, § 2.

(2) Delvincourt, tom. 1, pág. 95.—Duranton, tom. 2, núm. 286.—Marcadé, *sur l'art.* 346.—Cormenin, *Gazette des Tribunaux*, 24 Juin, 1844.

(3) Lettre de Mgr. Affre, 2 Juin, 1841.

(4) Demolombe, tom. 6, núm. 54.—Laurent, tom. 4, núm. 202.

ha dejado de ser seguido por el moderno derecho, según vamos á manifestarlo. El art. 346 del Código de Napoleón establece en principio, que sólo pueden ser adoptados los mayores de edad de uno y otro sexo, ó sea los que hayan tocado la edad de veintiún años en el sentido del art. 488. Hé ahí, sin duda alguna, metamorfoseada por completo la idea primitiva de la adopción, cuyo fin siempre ha sido el consuelo para los padres á quienes la naturaleza ó la muerte ha privado de las alegrías de la paternidad. ¿A qué quedan reducidas, después de esta declaración, aquellas frases sentimentales y poéticas del tribuno Gary (núm. 78)? La verdad es que así la adopción carece de base jurídica, pues si sus condiciones, como lo reconoce Laurent, suponen una especie de paternidad, sus aplicaciones lanzan un mentís á esta idea (1). El Código francés, en consecuencia, no reconoce sino una de las especies de la adopción antigua, la *arrogación*, y esto sin todas las consecuencias que esta institución era capaz de producir en el derecho romano, como un halago al orgullo patricio, tanto más satisfecho, cuanto mayor era el número de las personas obligadas á rendirle homenaje. El mismo Código, no conforme con el anterior requisito, exige que, si el adoptado no ha cumplido veinticinco años y tiene padres, estará obligado á recabar el consentimiento de ambos ó por lo ménos el del supérstite; y que si es mayor de esa edad, requiera su consejo. De manera que, á falta de ambos padres, el mayor de edad puede ser adoptado sin necesidad del consentimiento, ni del consejo del ascendiente de un grado superior (2). Siendo necesario el requisito de la mayor edad para ser adoptado, claro es que esta circunstancia tiene que ser justificada en la forma que cualquier hecho del estado civil; sin embargo, se conviene generalmente en que basta para tal fin un acta de notoriedad en el sentido

(1). Laurent, tom. 4, núm. 204.

(2). Demolombe, tom. 6, núm. 34.—Aubry et Rau, tom. 6, pág. 118, § 556, nota 12.—Laurent, tom. 4, núm. 204.

de los arts. 70 á 72 (1). A pesar de lo dicho, debemos declarar que, aunque sin el nombre de adopción, existe en el derecho francés una institución equivalente y exclusivamente suya con el nombre de *tutela oficiosa*, cuyo objeto ha sido precisamente poner remedio á lo que tenía de funesto y aun de contrario á la naturaleza de la adopción el principio de que ésta sólo podía tener lugar en favor de los mayores de veintiún años. Mas como este punto pertenece al comentario sobre la *tutela*, nos reservamos ocuparnos de su estudio, cuando hiciéremos aquel.

Nuestro Código de Tlaxcala, siguiendo al antiguo derecho, reconoce las dos especies de adopción consagradas por la tradición, es á saber: la arrogación y la adopción propiamente dicha. Para la primera, que sólo tiene lugar respecto de los mayores de edad, se necesita el consentimiento *expreso* del adoptado, lo cual importa la aplicación de la costumbre romana de que hemos hablado en otra parte (núm. 71). La razón de esto no puede ser más clara, pues produciendo la adopción, como lo veremos más adelante, entre el adoptante y el adoptado, derechos y obligaciones recíprocos, es natural que ella no pueda verificarse por solo la voluntad del primero, sino que se requiera además la prueba de la del segundo. En cuanto á la adopción de los menores de edad, el mismo Código establece que si el adoptado es mayor de catorce años, es necesario su consentimiento y el de la persona que tendría que darlo para que se casara. Si es menor de esa edad ó incapacitado, será necesario el consentimiento de las personas bajo cuya patria potestad está, ó el de los tutores en su caso (art. 263).

85. Profundas diferencias separan, independientemente de la edad necesaria para ser adoptado, esta legislación de la francesa. Desde luego, ¿quién debe consentir, entre los ascendientes, en el matrimonio del menor de edad? Hemos visto en otra parte,

(1) Demolombe, tom. 6, núm. 32.

que según el Código francés (arts. 148, 149 y 150), los hijos menores de veinticinco años y las hijas menores de veintiuno, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres, y á falta de éstos, sin el de los abuelos, bastando, en caso de disenso, el del ascendiente varón. Podría creerse que estos mismos preceptos se aplican en orden á la adopción; pero no es así, porque el legislador ha visto el matrimonio con más favor que la adopción, la cual no puede tener lugar, en caso de disenso del padre ó de la madre, con solo la aprobación del primero. Tampoco tiene lugar la distinción que rige entre el hijo y la hija en orden al matrimonio, según que el primero haya cumplido la edad de veinticinco años, y la segunda, la de veintiuno, pues en la materia que nos ocupa, tanto una como otra son considerados menores de edad hasta la de veinticinco años. Finalmente, como lo hemos hecho notar poco ha, jamás en la adopción reemplazan, á diferencia de lo que sucede en el matrimonio, los ascendientes de un grado superior á los padres inmediatos, cuando faltan. Dos razones se invocan para esta y otras diferencias: la de que la ley es, con justicia, más favorable al matrimonio que á la adopción, y la de que ésta interesa menos que aquel á los demás ascendientes del adoptado, fuera de sus padres inmediatos (1). Al contrario, vemos que el Código de Tlaxcala asimila completamente la adopción al matrimonio del menor de edad, remitiendo dicho art. 263 á los preceptos que tratan del consentimiento de los ascendientes y de los tutores en el segundo de esos actos. En consecuencia, tiene aplicación aquí el art. 114, inciso 4 del mismo código, según el cual es requisito necesario para el matrimonio, que hayan dado su consentimiento las personas en cuya patria potestad estén uno ó ambos de los contrayentes, ó los que los sustituyan conforme á la ley. Aquel mismo texto

(1: Véase tomo 2, de esta obra, núms. 55 y 67—Proudhon, tom. 2, pág. 195.—Delvincourt, tom. 1, pág. 412, not. 10.—Duranton, tom. 3, núm. 289.—Demolombe, tom. 6, núm. 33.—Laurent, tom. 4, núm. 204.

nos remite también en orden á la adopción de los incapacitados al capítulo 6º, tít. 11, que trata de la *tutela legítima*.

86. ¿Puede una persona casada darse en adopción? Aunque este caso no está expresamente previsto en el Código francés ni en el de Tlaxcala, creemos que puede ocurrir en la práctica y que no es difícil resolverlo conforme á los principios antes asentados. Delvincourt, sin distinguir entre el hombre y la mujer, resuelve que el esposo que se dá en adopción, debe obtener el consentimiento de su cónyuge. "La mujer, dice este jurisconsulto, debiendo llevar el nombre de su marido y el adoptado unir el suyo al del adoptante, parece conveniente que el marido no pueda forzar á su esposa á llevar otro nombre que el que ha usado desde su matrimonio (1)." Si esta interpretación, que es también la seguida por Goyena, aunque en un proyecto de legislación (2), fuese la estrictamente basada sobre el texto positivo de la ley, nada tendríamos que objetar cuando, como sin duda alguna sucede, la abonan las mismas consideraciones que hemos hecho valer en orden á la necesidad del consentimiento de ambos esposos para la adopción por uno de ellos. En efecto, la misma razón de mutuo respeto entre el marido y la mujer se impone en los dos casos. Empero debemos reconocer que ningún texto en el Código francés ni en el de Tlaxcala autoriza la doctrina de Delvincourt, que por otra parte no deja de hallarse en abierta pugna con los textos legales que tratan de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio. En efecto, hemos dicho en otra parte (3), comentando los arts. 159 y 160 del Código de Tlaxcala, que la mujer casada no puede celebrar contratos ni comparecer en juicio sin licencia de su marido. Ahora bien, y como quiera que la adopción es en esencia un contrato para cuya celebración se requiere, según después veremos, la comparecencia

(1) Delvincourt, tom. 1, pág. 95, not. 10.

(2) Goyena. *Proyecto de un código civil español*, art. 136.

(3) Véase el tomo 2º de esta obra, núms. 347 y 353.

ante los jueces, claro es que ella no puede ser aceptada por la mujer casada, sin la autorización marital. La filosofía del derecho impone fuertemente esta resolución en orden á la esposa, cuya sujeción al marido sería incompatible con los mútuos derechos y obligaciones que la adopción hace nacer entre el adoptante y el adoptado, toda vez que aquél no otorgase su consentimiento para el acto. Y como esa sujeción no existe para el marido respecto de la esposa, no es menos claro también que lo contrario de lo que decimos, debe de tener lugar tratándose de la adopción de aquél, cuya personalidad jurídica es plena ante la ley y en orden á los derechos de la persona. Si á esto se agrega que la adopción del esposo no ofrece los mismos peligros que la libertad concedida á la mujer para el mismo fin, resulta de la mayor evidencia y de no escasa justicia la solución que proponemos (1).

87. Mas ¿qué decidir en esta materia cuando se trata de la esposa separada de su marido? Creemos que debe aplicarse el mismo principio anterior, no obstante las profundas modificaciones que el divorcio es capaz de producir en las relaciones de los cónyuges entre sí, pues en la composición de la familia debe verse algo más que los intereses pecuniarios, es á saber, el lado moral que importa la asociación de las personas, la cual persiste y es el voto del legislador estrecharla más y más á pesar del divorcio, de acuerdo con el influjo de las ideas cristianas (2).

88. ¿Vamos, con todo, á aplicar en la materia que nos ocupa, los mismos principios que rigen la incapacidad de la mujer casada en orden á la autorización judicial en caso de falta de la del marido, ya porque no estuviere presente, ya por renuncia

(1) Duranton, tom. 3, núm. 293.—Demante, tom. 2, núm. 80.—Demolombe, tom. 6, núm. 38.

(2) Fuzier-Herman, Carpentier et du Saint, *Rep. de droit français, 'adoption'* núm. 122.—Véase, como instrucción sobre esta materia, lo que hemos dicho en otra parte; tome 1 de esta obra, núms. 187, 188 y 189.

infundada, ora por impedimento ó menor edad? Si el rigor de los principios, literalmente tomados, nos obliga á dar en este punto una solución afirmativa, el estudio de lo que es el matrimonio, de lo que importa la adopción y de la naturaleza de sus efectos, nos retrae de hacerlo, pues no se concibe con qué derecho pueda la autoridad judicial intervenir, á falta del marido, en un acto en que éste tiene que ser el soberano exclusivo, como jefe único de la familia. (1).

89. ¿Pueden ser adoptados los hijos naturales? Puede asegurarse que es ésta una de las cuestiones más vivamente controvertidas desde el antiguo derecho. En efecto, sin hablar del primitivo, cuando todo dependía en la composición de la familia de la voluntad soberana del jefe de ella, se observa que Justino y Justiniano son los primeros que de una manera formal prohibieron la adopción de los hijos naturales. Pero, como lo nota Godofredo, la Novela 89 en que se proclama tal prohibición, aparece contradicha por la 117 en la cual se vuelve al antiguo derecho. Las mismas vacilaciones pueden señalarse en nuestro derecho pátrio, pues si el Fuero Real expresamente parece solo permitir el reconocimiento del hijo habido "sin bendición" (2), el Código de las Partidas, sin la menor duda, proclama la posibilidad del "prohijamiento" de los hijos *magüer non lo sean naturalmente* (3).

En derecho francés, la jurisprudencia y la doctrina están igualmente divididas. Muchos tratadistas, proponiéndose resolver la cuestión, han contribuido á oscurecerla, rodeándola de nuevas dificultades. Entre éstos puede citarse á Merlin, que ha cambiado dos veces de opinión (4). ¿Cuáles son los principales argumentos en pró y en contra de esta cuestión? Los se-

(1) L. L. 55, 56, 57, 58 y 59 de Toro, ó sean 11, 12, 13, 14 y 15, tít. 10 de la Nov. Recop.

(2) *Fuero Real*, tít. 22, l. 7.

(3) *Part.* 4, tít. 16, l. 1.

(4) Merlin, *Rep.* "adopción" § § 3 y 4

gundos pueden reducirse á los siguientes: 1º Hay, se dice, incompatibilidad entre la cualidad de hijo natural y la de hijo adoptivo en el mismo individuo, pues la adopción tiene por objeto crear, entre dos personas, las relaciones jurídicas de paternidad y de filiación. Esto supuesto, y también que tales relaciones existen ya por efecto del reconocimiento, resulta inútil la adopción, que no es sino una imitación de la naturaleza. ¿Para qué, en efecto, emplear una ficción de lo que ya existe? 2º La adopción del hijo natural no tendría otro objeto que modificar las relaciones de paternidad y de filiación anteriormente establecidas por el reconocimiento; equivaldría á una legitimación; pero ésta no puede tener lugar sino por medio del matrimonio. 3º Las reglas sobre sucesiones no son menos hostiles á la adopción que nos ocupa. Porque ó el padre no deja otro pariente en grado sucesible, y teniendo entónces el hijo natural derecho á la totalidad de la sucesión, la adopción no produce ningún efecto jurídico, ó el padre deja parientes capaces para suceder, y entonces dando la adopción al hijo derechos más extensos que los fijados por los arts. 757 y 758, importa un fraude contra el 908, que prohíbe á los hijos naturales recibir una porción hereditaria mayor que la concedida por aquellos (1). Las razones que se invocan en pró, son las que siguen: 1º No es exacto decir que la adopción del hijo natural por la persona que la ha reconocido, importe una verdadera legitimación: el hijo queda extraño á la familia del padre que lo adopta, y además no se hace legítimo sino respecto de uno solo de sus autores. Por otra parte, si el interés de las buenas costumbres reprueba la legitimación fuera de matrimonio, exige también la reparación de los extravíos que se han

(1) Maleville, *Analyse raisonnée du Cód. civil.* tom. 1, pág. 346.—Delvincourt; tom. 1, pág. 407.—Delaporte, *Pandectes françaises*, tom. 2, pág. 150.—Odilon Barrot, *Encyclop. de droit* "Adoption," núms. 32 y siguientes.—Demolombe, tom. 6, núm. 60.—Massé et Vérgé sur *Zacharié*, tom. 1 § 175, nót. 10.—Marcadé, *sur l' art.* 343, núm. 4.—Arret: Cass. 16 mars 1843 (Sirey et Palais Chron).

cometido. Y ¿qué mejor medio de reparar el vicio del nacimiento del hijo cuya madre ha muerto, que adoptarlo? 2º Nada es menos convincente que la objeción sacada del art. 908. El día en que el hijo adquiriere por la adopción un título que le dé derechos más extensos que los concedidos al hijo natural, esta última cualidad desaparecerá, no habiendo entónces ni violación de la ley, ni oposición entre dos cualidades incompatibles. 3º Ningún precepto del Código expresa, ni siquiera en términos vagos, la incapacidad del hijo natural reconocido para ser adoptado. Cabe, pues, invocar aquí la máxima: "La capacidad es la regla, la incapacidad es la excepción." 4º No es exacto que la adopción de un hijo natural sea un acto inútil, pues ella no produce los mismos efectos que el reconocimiento, una vez que entre éste y aquella hay sustanciales diferencias. El adoptado permanecerá en su familia natural, continuará dando el nombre de padre al que lo es realmente; y sólo se limitará á añadir al suyo el nombre del adoptante. Le suministrará alimentos, recogerá los bienes del adoptante, y sobre todo esto será elevado de su condición ordinaria, porque se le tratará casi como si fuera hijo legítimo (1).

¿Qué decidir sobre esta importante controversia en orden al Código de Tlaxcala? Enfrente nosotros también de la falta absoluta de un precepto legal que resuelva la cuestión, no vacilamos sin embargo en manifestar que la adopción del hijo natural reconocido, es sobre inútil, contraria al espíritu que guió al legislador, al reconocer esta institución. No puede negarse que la adopción es esencialmente un acto por el que una persona da á otra, que naturalmente le es extraño, el título y los derechos de hijo. Este concepto ha sido expresado por to-

(1) Locré, tom. 5, pág. 426.—Duranton, tom. 3, núm. 293.—Duvergier, *sur Toullier*, tom. 1, núm. 988, not. B.—Laurent, tom. 4, núms. 205 y siguientes.—Baudry Lacantinerie tom. 1, núm. 784.—Arrets: Cass, 28 avr. 1841 Id. 1 avr. 1846, (Dalo, *Rep. "Adoption"* núm. 116); Id. 13 juin 1882. (Fuzier-Herman, Carpentier et Du Saint, *Rep. de droit français* "Adoption" núm. 59.)

dos los tratadistas, los cuales siempre han dicho como Vinnio y como Cuyacio: *Adoptio est actus legitimus, quo in jus et locum filiarum adsciscimus eos qui nobis extranei sunt, in solatium eorum que liberos non habent inventus.*—*Adoptio est legis actio qua qui mihi filius non est, ad vicem filii redigitus.* Tal ha sido el derecho tradicional, habiendo pasado, sin la menor modificación expresa, á las leyes modernas. Cualquiera derogación, pues, en ellas, tiene que ser en buena hermenéutica legal, el resultado, no de interpretaciones, sino de explícitas declaraciones por parte del legislador. Vemos, sin embargo, todo lo contrario. Aun las mismas leyes de nuestro derecho pátrio, que pudieran citarse en otro sentido, quizá no se refieran á la adopción, sino al reconocimiento del hijo natural; pues en todos los autores que de la materia tratan, campea siempre el mismo pensamiento. “La adopción es un acto legal por el cual se supone hijo al que no lo es naturalmente (1).” Si venimos á las leyes modernas, encontramos la expresión de la misma idea: unas veces, como lo haremos notar después, la necesidad de que consienta en la adopción del menor de edad la persona que le tiene *bajo su patria potestad*; otras, el derecho adquirido por el adoptado de usar *el apellido* del adoptante; aquí se nos dice que por la adopción se adquiere la *patria potestad*; allá, que el adoptado no pierde sus derechos por razón de su familia natural. ¿Cómo, después de estas indicaciones, dudar siquiera sobre que jamás entró en el espíritu de nuestro legislador autorizar la adopción del que ya era hijo por la sangre? Fuera de esto, la adopción, según el Código de Tlaxcala, confiere menos derechos que el reconocimiento, sobre todo, en materia de sucesiones (art. 3,113, inciso II). ¿Para qué entonces hablar de adopción en orden al hijo natural reconocido?

90. Como en todos los hechos jurídicos, no basta para que

(1) Dublan y Mendez, *Novísimo Sala Mexicano*, tom. 1, tít. 6, núm. 14.—Galván Rivera, *Nuevo Febrero Mexicano*, tom. 1, tít. 8, núm. 1.

la adopción se verifique que haya adoptante y adoptado, sino que se requiere además el cumplimiento de ciertas condiciones preceptuadas por el legislador con el fin de asegurar, tanto la libertad de los otorgantes de este acto, cuanto su autenticidad y los saludables efectos que está destinado á producir. Ya en los números anteriores nos hemos visto precisados á exponer algunas de esas condiciones: la edad del adoptante; la necesidad de que estén ya aprobadas las cuentas de la tutela, si el tutor quiere adoptar; la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para la adopción, y la del mayor de edad para ser adoptado, etc., etc. ¿Qué otras condiciones se exigen para este acto? Hemos visto en otra parte (núm. 71) cómo según el antiguo derecho no podía adoptar el que tuviera hijos ó descendientes, y que sólo por excepción, previo conocimiento de causa, se concedía lo contrario. Las leyes modernas no han sido infieles á este antecedente, según se deduce del art. 343 francés, conforme al cual la adopción no es permitida sino á las personas que no tengan, en la época de la adopción, ni hijos ni descendientes legítimos. En el mismo sentido se expresa el art. 259 del de Tlaxcala. La razón es la misma que en la antigüedad: la adopción no ha sido admitida sino como consuelo y á falta de posteridad legítima. *In solatium eorum que liberos non habent inventa.*

91. Esto que es tan claro, dá margen sin embargo á algunas dificultades. Desde luego se ofrece la siguiente: ¿los descendientes legítimos que hacen obstáculo á la adopción, han de ser ya nacidos en la época de verificarse aquella, ó bastará que estén simplemente concebidas? La cuestión es controvertida entre los tratadistas franceses, pues los unos enseñan que se necesita la vida exterior del hijo legítimo para impedir la adopción (1), y áun entre los que profesan la doctrina contraria, no faltan quienes sostienen que no deben aplicarse aquí

(1) Vallet sur Proudhon, tom. 2, pág. 192.—Aubry et Rau, tom. 6, § 556.

las presunciones establecidas por la ley en orden al máximo y mínimo de la duración de la preñez (1). En nuestro derecho ninguna de esas opiniones nos parece bastante á conmovér, en lo más mínimo, aquel principio que desde la legislación romana viene repitiéndose, como una conquista de los derechos de la naturaleza sobre las fórmulas estrictas por las cuales se expresaba la ley primitiva. *Is qui nosci speratur, cum se ipsius jure quaeritur, pro superstite est* (2).

92. No hablando ni el Código francés ni el de Tlaxcala sino de descendientes legítimos, fuerza es convenir en que la existencia de hijos naturales reconocidos no pone obstáculo á la adopción. La razón única que se ocurre á este respecto, es que los legisladores no han querido mostrarse tan favorables á la descendencia natural como á la legítima (3). No sucede, pues, lo mismo con los hijos legitimados ya por subsecuente matrimonio, porque teniendo éstos los mismos derechos que los legítimos, deben como éstos hacer imposible la adopción. Y como este precepto, por sus términos prohibitivos debe ser entendido limitativamente, lo que decimos de los hijos naturales, debe igualmente aplicarse á los hijos adoptivos por identidad de razón. Lo contrario pretendió el Tribunado que se pusiera en el Código francés; pero esta idea fué justamente rechazada, porque á nada se opone que hermanos y hermanas, por ejemplo, sean adoptados por un mismo individuo (4).

93. Pero la legitimación del hijo natural por el subsecuente matrimonio de los padres, verificado después de la adopción, produciría el efecto de destruir ésta? La respuesta negativa á esta cuestión se impone fuertemente al espíritu, pues lo con-

(1) Laurent, tom. 4, núm. 198.—Duranton, tom. 3, núm. 278.—Véase el tomo 4 de esta obra, núms. 23, 25 y siguientes.

(2) Dig. tit. de *Verborum significat.* L. 231.—Véase el tom. 1 de esta obra, núms. 94 y siguientes.

(3) Demolombe, tom. 6, núm. 18.—Laurent, tom. 4, núm. 197.—Baudry Lacantinerie, tom. 1, núm. 780.

(4) Locré, tom. 6, pág. 375.—Merlin, *Questions de droit*. "Adoption," § 9.

trario equivaldría á poner á merced del adoptante la subsistencia ó revocación de la adopción, lo cual no podría menos que ser contrario á los fines de esta institución. No sucede, en consecuencia, en este punto lo que pasa con las donaciones, las cuales según el art. 2,367 del Código de Tlaxcala, quedan revocadas por el hecho de sobrevenir al donante hijos legítimos ó *legitimados*, ó naturales reconocidos. Sin embargo de que no puede negarse la analogía entre la adopción y la donación, pues ambas constituyen una liberalidad en favor de extraña persona, se ve que el espíritu del legislador en esta materia ha sido dictar una disposición eminentemente favorable para los hijos, á fin de que éstos no queden perjudicados por causa de un acto que, como la donación, y á diferencia de la adopción, constituye una mera gracia sin graves obligaciones á cargo del donatario. Esta se manifiesta hasta en lo que á primera vista parece una injusticia, el efecto retroactivo concedido por la ley á la superveniencia de hijos (1).

94. En cuanto á las formas con que puede verificarse la adopción, debemos decir que son bien sencillas según el Código que comentamos. Sin hacer mención en este punto del derecho francés, que establece una organización judicial muy diferente de la nuestra, por lo cual no pueden sernos de ninguna utilidad los arts. 353 á 359 del Código de Napoleón, basta á nuestro propósito consignar que el Código de Tlaxcala ha seguido la misma sencillez de formas que establecía la antigua legislación española (2). Este Código (art. 267) previene que la adopción sólo puede hacerse ante los jueces de primera instancia; y que su resolución, declarando aquella legítima, sea remitida al juez del registro civil respectivo, para que anote la partida de nacimiento del adoptado. De aquí se sigue: 1º que es indiferente para autorizar la adopción cualquier juez de primera instancia, aunque no sea el del domicilio de ningun-

(1) Demolombe, tom. 6, núm. 19.—Aubry et Rau, tom. 6, § 546.

(2) Part. 4, tít. 16, L. L. 1 y 7.

no de los otorgantes, y 2^a que la adopción debe ser anotada por el Juez del Registro Civil á cuyo cargo esté el archivo donde se encuentre la partida de nacimiento del adoptado. Fácilmente se justifica la intervención de este segundo funcionario, pues la adopción crea relaciones de paternidad y de filiación entre el adoptante y el adoptado, quienes necesariamente experimentan un cambio en su estado civil.

95. ¿Cuáles son los efectos de la adopción? Hemos hecho notar en otra parte cuánto se modificó desde el derecho imperial romano la primitiva adopción que hacía desaparecer todo lazo entre el adoptado y su familia natural, á la cual se sustituía por completo la familia del adoptante. El derecho moderno, inspirado también en las leyes de la naturaleza, más que en las fórmulas convencionales, que sólo deben su fuerza al hombre, no ha aceptado tampoco la adopción con aquel exagerado carácter que la hacía prevalecer sobre la realidad y la justicia. Por esta razón el acto que nos ocupa ya no importa, como no importaba tampoco en nuestra legislación pátria, en orden á la adopción propiamente dicha, la adquisición completa de la pátria potestad sobre el adoptado, y en daño del padre natural. Para percibir, sin embargo, con toda claridad las diferencias entre las leyes antiguas y las modernas sobre este punto, conviene, en nuestro concepto, marcarlas primero en orden á la arrogación, y después respecto de la adopción de los menores de edad. El Código de las Partidas, siguiendo casi fielmente en toda esta materia la legislación Justiniana, establecía que por la arrogación de un hombre que tuviese hijos, no sólo pasaba á poder del arrogante el arrogado, sino también sus hijos y todos sus bienes, no pudiendo ser emancipado ni desheredado, sino por justa causa, es á saber: por injuria grave hecha al arrogador, ó si hubiera sido nombrado heredero bajo la condición de salir del poder del arrogante (1). Si el arro-

(1) Instit. Just., lib. 1, tít. 11, § 8.—Part. 4, tít. 16, L. L. 7 y 8.

gante obraba de otro modo, no solo estaba obligado á restituir al arrogado todos los bienes que había traído con sus frutos. deber que pesaba sobre él aún en el caso de emancipación ó desheredación motivados, con deducción del usufructo que le correspondía sobre el peculio adventicio de éste, sino además la cuarta parte de los bienes propios, que se reducía á la quinta, si el arrogante tenía descendientes legítimos (1). En cuanto á los derechos hereditarios, el arrogado era heredero forzoso del arrogador, hubiera ó no testamento, con tal de que éste no tuviese ascendientes ni descendientes legítimos ó naturales; en caso contrario, el arrogado solo tenía derecho al quinto de los bienes del arrogador (2). La adopción propiamente dicha, sólo confería la patria potestad al adoptante sobre el adoptado, cuando aquél era ascendiente de éste, como abuelo ó bisabuelo, paterno ó materno, y entonces era llamada adopción *plena y perfecta*. La *imperfecta ó semiplena* era la otorgada por un extraño. En el primer caso el adoptado adquiría todos los derechos de hijo en los bienes del adoptante, no volviendo á poder del padre natural sino en caso de que el adoptante lo sacase de la patria potestad. Podía éste, sin embargo, disolver la adopción por solo su voluntad, y además desheredarlo con razón ó sin ella, sin que éste por solo la adopción pudiera reclamar cosa alguna. En el segundo caso, el adoptado sólo era heredero ab-intestato del adoptante, si éste moría sin dejar descendientes ó ascendientes legítimos ó naturales (3).

El derecho moderno no ha cambiado radicalmente en quan-

(1) Ortotan, *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 11, § 3, pág. 229.—Álvarez, *Inst. de Derecho Real de España e Indias*, tom. 1, tit. 11, pág. 165.—Gregorio López, *los 2 y 5 á la L. 8, tit. 16, Part. 4.*—Sala Mexicano, tom. 1, tit. 6, núm. 15.

(2) *L. L. cit.*

(3) Part. 4, tit. 16, L. L. 8, 9 y 10.—Fuero Real, lib. 3, tit. 6, L. 5.—Id., lib. 4, tit. 22, L. 1.—Nov. Recop., lib. 10, tit. 20, L. L. 1 y 7.

to á los efectos de la adopción. Sin hacerse ya ninguna clasificación por razón de la condición civil del adoptado, ó sea entre la arrogación y la adopción propiamente dicha, se establece que el adoptado permanece en su familia natural, conservando allí todos sus derechos (art. 348 del Código francés). Por consiguiente, el adoptado continuará llevando el nombre de familia que llevaba antes, sin que haya que distinguir á este respecto, si se trata del padre legítimo ó del natural. También continúa subsistente entre los mismos la obligación alimenticia, y, para decirlo de una vez, se conservan todos los demás derechos y obligaciones vinculados en la generación natural. ¿Cuáles son, pues, los efectos de la adopción moderna? Todo se comprende con solo declarar que ellos se reducen á agregarse á los efectos producidos por la naturaleza, sin destruirlos y más bien confirmándolos y reconociéndolos. En esta virtud, el adoptado no entra en la familia del adoptante, pues el lazo puramente civil que engendra la adopción liga sólo al uno y al otro, pero no se extiende á los parientes respectivos de ambos. De aquí se sigue que respecto de éstos no existe ninguna deuda alimenticia, ni derecho alguno de sucesibilidad. La ficción, pues, de la paternidad reconocida por la ley, se detiene en estos límites expresos, marcados por un acto para el cual no han consentido sino el adoptante y el adoptado. Sin embargo, según el art. 348 es prohibido el matrimonio entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes; entre los hijos adoptivos del mismo individuo; entre el adoptado y los hijos que podrían sobrevenir al adoptante; entre el adoptado y el cónyuge del adoptante; y recíprocamente entre el adoptante y el cónyuge del adoptado. Esto que pudiera parecer una excepción de lo que anteriormente hemos dicho, no lo es en realidad, si se atiende á que la razón de tales prohibiciones no estriba en el reconocimiento de un parentesco con personas con quienes no existe, en efecto, sino en la consideración de que no es conveniente permitir el matrimonio entre personas que vi-

ven bajo un mismo techo (1). En cuanto á los efectos de la adopción en orden á los bienes, y establecido por de contado, que el adoptante está obligado á dar alimentos al adoptado y viceversa (art. 349), debemos decir que según el art. 350, el adoptado sucede al adoptante de la misma manera que si fuese hijo de matrimonio; no extendiéndose este derecho, como queda dicho, á los parientes de éste. Pero ¿el adoptante sucede al adoptado? Ningún texto del Código francés lo declara, pues el art. 351 solamente dice que el adoptante y sus descendientes recobrarán de la sucesión del adoptado, muerto sin posteridad legítima, los bienes que aquel le hubiera dado, previo pago de las deudas del difunto, y sin perjuicio de los derechos de los parientes propios del adoptado. El art. 352 declara que este mismo derecho del adoptante se extiende sobre los hijos ó descendientes del adoptado, muertos también sin posteridad; pero entendiéndose que es inherente á la persona del adoptante é intrasmisible á sus herederos ni aún en línea descendente. Es una prueba más de que el legislador no ha querido asimilar de una manera completa la adopción con la paternidad natural.

Nuestro Código de Tlaxcala, no se separa en lo fundamental de estos principios; salvo las diferencias que pasamos á indicar. Los arts. 264 y 265 establecen que el adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos y son herederos el uno del otro en los términos que declara el mismo Código, ó sea sólo en caso de sucesión intestada. El primero de esos preceptos, á diferencia del art. 347 francés, declara que el adoptado tiene derecho de usar el apellido del adoptante. Es, pues, una facultad y no una obligación, como en aquel Código, la que reconoce el nuestro (2). De la misma manera que en el Código francés, la adopción no produce, según el de Tlaxcala,

(1) Laurent, tom. 4, núm. 252.

(2) Aubry et Rau, tom. 6, § 560.—Demolombe, tom. 6, núm. 145.

obligación alimenticia ni derecho de sucesión, sino entre el adoptante y el adoptado, únicas personas entre quienes la ley reconoce el lazo de parentesco creado por aquel acto. De este principio es, sin embargo, excepción también el matrimonio entre el adoptante y el adoptado; entre los ascendientes y descendientes del padre adoptivo y el adoptado. En el primer caso, se trata de un impedimento dirimente que hace nulo el matrimonio contraído á pesar de él (arts. 114, inciso XI y 128, inciso X); y en el segundo, hay un impedimento meramente impediendo y dispensable que hace ilícito solamente el acto (arts. 126, inciso V y 148, inciso VII). Como en el antiguo derecho, este Código (art. 266) proclama que el adoptante sólo adquiere la patria potestad sobre el adoptado menor de edad, que no tenga ascendientes naturales á quienes corresponda ese derecho. Véase así, como la ficción de la ley oído á la realidad de las cosas, y esto se confirma también en orden á la licencia para que el hijo adoptivo contraiga matrimonio antes de cierta edad, pues como el francés, el Código que comentamos establece que es causa de nulidad de aquél acto, que se celebre sin el consentimiento de los padres ó abuelos naturales ó adoptivos, en los casos en que deben prestarlo (art. 128, inciso IV). Tal solución no debe, en consecuencia, aplicarse, sino en el caso, como lo declara el art. 266 citado, de que falte el ascendiente á quien correspondería la patria potestad (núms. 8 y 43), ya sea por muerte, interdicción, ausencia ó renuncia de éste (1).

96. ¿Cuál es la sanción de los diversos preceptos legales que hemos recorrido en orden á la adopción? Cuestión es ésta que, para ser debidamente estudiada, requiere algo más que los simples textos de la ley, es á saber: el recuerdo de ciertos principios fundamentales que dominan la ciencia del derecho,

(1) Merlin, *Quest.* "Adopción," § 3.—Demolombe, tom. 6, núm. 130.—Baudry Lacantinerie, tom. 4, núm. 783.

y que el legislador ha obrado bien al entregarlos, por la imposibilidad de ser reducidos á fórmulas precisas, á los esfuerzos y esclarecimientos de la doctrina. Decimos ésto porque sin duda alguna sería una obra de incommensurables proporciones, la que pretendiendo en forma de ley prever todos los casos en que hay que aplicar ciertas teorías, por ejemplo la de clasificación de los actos jurídicos contrarios á la primera en *inexistentes, nulos y anulables*, se propusiera expresarlos todos con grave riesgo de omitir alguno y de caer siempre en difusas y prolijas enumeraciones (1).

Y como la materia que hemos venido estudiando, no podía sustraerse al imperio de aquellos principios cardinales de la ciencia, fuerza es estudiarla á su luz, siquiera el lenguaje del legislador parezca no presentarnos en este punto, como en otros, campo donde hagamos aplicación de aquellos. Vano sería que buscásemos en el antiguo derecho señales siquiera de un sistema semejante, cuando una regla casi universal prescribía que todas las violaciones de ley estaban sometidas á la misma é invariable sanción de la nulidad más absoluta. Son, pues, los comentadores los únicos que abren la brecha para este estudio, y á fé que señalando una faz de la jurisprudencia, que extraña no se haya conocido desde la más remota antigüedad, porque ella se impone *prima facie* y con fuerza incontestable. El Código de Napoleón no pronuncia expresamente sino en un sólo caso la nulidad de la adopción: cuando (art. 359) no se hubiere inscrito en el Registro del Estado civil y en el plazo de tres meses la sentencia de la corte de apelación que admitiere la adopción. ¿Querrá ésta decir que fuera de tal caso, sea improcedente la nulidad? Ni la jurisprudencia ni la doctrina se manifiestan conformes con esta solución. Así se conviene generalmente, en que es nula la adop-

(1) Véase el tomo 3 de esta obra, núms. 205 y siguientes y tomo 4.º, núms. 194 y siguientes.

ción hecha por quien tenía ya, al adoptar, descendientes legítimos (1). Otros ejemplos pueden citarse en confirmación también de que, á pesar de la falta de textos precisos, es aceptada en Francia la teoría que exponemos en orden á la adopción.

Nuestro Código de Tlaxcala no contiene sino un artículo, el 268, sobre nulidad de la adopción. A atenernos á su texto habría que declarar que sólo dos motivos de nulidad reconoce esta legislación: la que acabamos de señalar en el Código francés, ó sea la de que el adoptante tuviera ya descendientes legítimos, al verificarse la adopción, y la de que el adoptado lo estuviera ya por otra persona, sin que se hubiera declarado nula la primera adopción. Si á esto se agrega que el mismo art. 268 proclama que ambas nulidades son absolutas, lo cual en la terminología científica quiere decir que ambas pueden ser deducidas por cualquiera persona, tendremos una legislación bien imperfecta sobre materia de tanta trascendencia. Si á solos estos preceptos hubieran de sujetarse los tribunales, quedarían sin sanción todas las otras prevenciones que hemos expuesto, y para las cuales de seguro fué también inspirado el legislador por el convencimiento de su necesidad y justicia.

Nosotros creemos interpretar perfectamente su silencio en este punto, diciendo que la infracción de todos los otros preceptos sobre adopción, ameritan la inexistencia del acto. Así debe considerarse que nunca ha existido la adopción hecha por un menor de cincuenta años; por un menor de un mayor que él; por un cónyuge sin el consentimiento de su consorte; de un mayor de edad sin su expreso consentimiento; de un menor de edad, pero mayor de catorce años, sin que consientan él y la persona que tendría que consentir para que se casara, ni la de un menor de catorce años ó de un incapacitado, sin el consentimiento de sus padres, abuelos ó tutores. Del mismo modo sería inexistente la adopción hecha ante otro que un

(1) Demolombe, tom. 6, núm. 16.

CIVIL MEXICANO.

187

Juez de primera instancia, lo mismo que la no trascrita á los Registros del Estado Civil, conforme al art. 267 citado. El artículo, pues, 268, único que, como lo hemos dicho, se ocupa expresamente de las causas de nulidad de la adopción, se refiere á la anulabilidad de ésta, lo cual se infiere del lenguaje mismo usado por el legislador, quien emplea las frases bien significativas de: "contradecir la adopción," "ésta no puede ser declarada nula," frases que nos indican la necesidad de un juicio previo. Al contrario, las otras nulidades de que el legislador no ha hablado en términos formales y que quedan por lo mismo bajo el imperio de la doctrina y la jurisprudencia, son verdaderos motivos de inexistencia del acto, incapaces aún de producir la existencia de un juicio, y sólo propios para ser invocados como un no ser por vía de excepción. Caen en consecuencia, bajo el golpe mortal del art. 4 del Código de Tlaxcala, según el cual los actos efectuados contra el tenor de las leyes prohibitivas ó imperativas, son absolutamente nulos (1).

(1) Laurent, tom. 4, núms. 224 y siguientes.—Demolombe, tom. 6, núm. 267.—Aubry et Rau, tom. 6, § 558.

deben prestar su consentimiento. Una vez aprobado el contrato por el Juzgado, se consignará en escritura pública, y el acto se registrará en los libros del Estado Civil.

Art. 7º El adoptado podrá usar, con el apellido de su familia, el del que lo adopte, con tal de que esto lo exprese la escritura de adopción.

Art. 8º El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos; pero no adquieren derecho alguno á heredarse sin testamento: el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural.

Art. 9º Se derogan los artículos 288, 289 y 290 del Código Civil del Estado.