

lo mismo con los hijos legitimados, ellos se vuelven legítimos por una ficción, y la ficción se basa en el matrimonio; se tienen por nacidos del matrimonio que los legitima; de aquí se sigue que la ficción no puede remontarse á la época de su concepción ó de su nacimiento. Es cierto que en la doctrina del derecho canónico se suponía que los padres habían tenido la intención de casarse en el momento de la concepción del hijo; pero esta ficción sólo servía para justificar la legitimación; la suposición no podrá llegar hasta fingir que los padres estuviesen casados cuando no lo estaban. Los autores del código han seguido la antigua doctrina en cuanto al principio de la legitimación, supuesto que exigen que el padre y la madre hayan podido casarse en el momento de la concepción del hijo; pero los efectos de la ficción no comienzan sino con el matrimonio, que es la causa legal de la legitimación. Tal es el sentido del artículo 333. El principio es, pues, que la legitimación no tiene efecto retroactivo, no existe sino contando desde el matrimonio.

188. Siguese de aquí que el hijo legitimado no puede tomar parte en las sucesiones que se han abierto antes del matrimonio por el cual ha sido legitimado. Para suceder, se necesita ser capaz de recoger la herencia en el momento en que se abre. Ahora bien, en el momento en que se ha abierto la sucesión, el hijo legitimado era todavía natural; como tal no podía suceder más que á su padre y madre; no podía suceder á los demás miembros de la familia, supuesto que el hijo natural no entra en la familia de los que lo reconocen. En vano se diría que tiene los mismos derechos que los hijos legítimos en virtud del art. 333; este mismo artículo es el que lo excluye de la herencia, asentando el principio de que la legitimación no tiene efecto retroactivo. La aplicación del principio es evidente cuando el

hijo natural nace posteriormente á la apertura de la sucesión y antes de la celebración del matrimonio. Hay cierta duda cuando el hijo concebido, cuando se abre la sucesión, pero antes del matrimonio de sus padres, nace durante el matrimonio. ¿No se podrá decir que, en este caso, no hay legitimación propiamente dicha? Esta es la opinión que nosotros hemos enseñado. El hijo nace, pues, legítimo, y ¿no puede invocar el principio de que el hijo concebido se tiene por nacido cuando se trata de su interés, principio escrito en el art. 723? Esta argumentación dominó á la corte de Orleans, pero su sentencia fué casada por las conclusiones de Merlin. Sin duda que el hijo nace legítimo, según nuestra opinión, pero no es suficiente nacer legítimo para recoger una sucesión abierta antes del nacimiento; es preciso existir cuando se verificó la apertura de la herencia, el hijo existía, es cierto, supuesto que estaba concebido, pero era natural cuando fué concebido; por lo tanto, no puede invocar el adagio. Como muy bien lo dice la corte de casación si se quiere referir el nacimiento á la época de la concepción, y éste es el sentido del adagio, el hijo habrá nacido natural, y por lo tanto incapaz de suceder si se quiere referir la concepción á la época de su nacimiento, será legítimo á la verdad, pero no podrá pretender ningún derecho á una sucesión abierta antes de su nacimiento. Esta es la opinión unánime de los autores (1).

189. ¿Se puede transigir sobre la legitimación? Vuelve á aparecer aquí la asimilación de la legitimación con la legitimidad. Determinando la legitimación el estado de las personas tanto como la filiación legítima, se debe aplicar el principio de que el estado de las personas no se halla en el

1 Sentencia de casación, de 11 de Mayo de 1811, y sentencia conforme de la corte de París de 21 de Diciembre de 1812 (Daloz, en la palabra *Paternidad*, núm. 81).

comercio. Luego ninguna convención, ninguna transacción tendrá validez si fuere su sustancia el estado de los hijos legítimos. Antes que si padres legítimos reconociesen la legitimidad de hijos adulterinos legitimados por el matrimonio subsecuente de padre y madre, la convención ó transacción sería nula. Pero pueden existir convenciones sobre los derechos pecuniarios legados con la filiación legítima. Otro tanto debe decirse de los derechos pecuniarios que resultan de la legitimación. La corte de casación así lo ha resuelto. Unos hijos legítimos estaban en presencia de hijos legitimados; estos eran adulterinos, y por lo mismo habrían podido ser separados de la partición de la herencia del padre. No les opusieron el vicio de su nacimiento, ni la nulidad de la legitimación, las partes interesadas transaron en los derechos resultantes de las dos comunidades que se habían confundido. En las actas que hacían constar las convenciones, los hijos adulterinos fueron calificados de herederos, lo mismo que sus hermanos y hermanas legítimas. Estos se apoderaron de esta palabra y sostuvieron que la transacción tenía por objeto y por efecto, reconocer la calidad de heredero á hijos adulterinos, que así, pues, estribaba sobre el estado civil, y que, por lo tanto, era nula. La corte de París rechazó tales pretensiones y su sentencia la confirmó la corte de casación. No había, en el caso, transacción sobre el estado de las personas; lo que lo probaba hasta la evidencia, es que no se suscitó el menor debate acerca del vicio de adulterinidad, bien que tal vicio estuviese perfectamente conocido de los padres legítimos; si se diese á los hijos legitimados el título de herederos, esto era, como lo dice la corte, para la facilidad del lenguaje y de una manera enunciativa. Luego la convención era puramente pecuniaria y válida por este título (1).

1 Sentencia de París de 6 de Febrero de 1851, y de la corte de casación, 29 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1854, 1, 392).

## TITULO VIII

### DE LA ADOPCION Y DE LA TUTELA OFICIOSA (1)

190. En nuestro antiguo derecho se desconocía la adopción, aun en los países de derecho escrito. Había costumbres que formalmente la proscribían; tal era la de la Lille (tit XVI, art. 4): *adoption n'a lieu*, dice ella. La misma disposición se encuentra en la costumbre d'Audenarde (rubr. XX, art. 3) (2). El derecho romano la admitía, y era de uso frecuente. Esto se debía al carácter artificial de la familia romana. Todos los parientes paternos y una parte de los maternos estaban excluidos de la clase de los agnados, y por consiguiente no podían ni heredar ni ser tutores. Así es que á menudo acontecía que se quedaban sin parientes civiles, teniéndolos naturales. De aquí la utilidad, y aun la necesidad de la adopción, que creaba por un beneficio de la ley, un parentesco ficticio, pero que producía todos los efectos del parentesco verdadero. La religión era otro motivo que había hecho que se introdujese la adop-

1 Riffé, *Tratado de la adopción*, un vol. in 8°, París, 1813.

2 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *adopción*, pfo. I, núm. 2 (t. I, p. 215).

ción; cada familia tenía su culto particular, que lo tenía en mucho; la adopción ofrecía un medio de perpetuarlo. Por último, ella permitía al adoptar transmitir el nombre de allá se sirvieron los emperadores para crearse sucesores que les negaba la naturaleza (1). La comparación del derecho romano y de nuestras antiguas costumbres es muy significativa. Ella habla en contra de la adopción. Es una ficción legal, y una ficción introducida en relaciones que reposan en lo que hay de más natural, los vínculos de la sangre. ¿Concibese que se pueda crear la sangre por beneficio de la ley? Los germanos ignoraban las ficciones romanas, seguían ellos las leyes de la naturaleza, y por esto es que escribieron en su derecho consuetudinario: *adoption n'a lieu*. La revolución francesa lo estableció como principio (18 de Enero de 1792). Sin duda alguna que el prestigio que la república romana ejercía en los ánimos de aquella época, fué lo que indujo al legislador á imitar de Roma una institución que la monarquía no había conocido. Nadie se apercibía de que la adopción tenía sus raíces en ideas y costumbres absolutamente extrañas á la Francia nueva. Pero en vano el legislador pretendió hacerse romano, la nación no lo siguió en esta metamorfosis. Los ardientes republicanos se conformaron con tomar nombres que se habían hecho célebres en la historia del pueblo rey. En cuanto á la adopción, casi no sirvió más que para dar una especie de legitimación á los hijos naturales. Tan poquisimo eco halló en los ánimos, que la comisión instituida por el primer cónsul para preparar un proyecto de código civil, la pasó en silencio, ó por mejor decir, se pronunció unánimemente contra tal innovación de préstamo (2). La sección

1 Namur, "Curso de Instituto y de historia del derecho romano," t. 1º p. 97.

2 Tronchet lo dice en la sesión del consejo de Estado, de 6 frumario, año X, núm. 12 (Loché, t. 3º, p. 181).

del egislación del consejo de Estado la restableció, dominada sin duda por la autoridad de las leyes revolucionarias. En definitiva, nada ó casi nada quedó de la adopción romana. La adopción, tal como la consagra el código civil, está tomada del código prusiano (1). El objeto y el efecto de la adopción romana era que el adoptado entrase en la familia del adoptante, mientras que la adopción del código Napoleon no opera cambio de familia.

191. Portalis, dice que, propiamente hablando, no se hacen los códigos, sino que se van formando con el tiempo. Cuando el legislador quiere introducir una institución enteramente nueva, que la nación no reclama, que es extraña á sus costumbres, fracasa. En el momento en que se discutió el proyecto de código civil, los ánimos estaban todavía imbuidos de una falsa idea que la revolución había igualmente imitado de las repúblicas de la antigüedad; se creía en la omnipotencia del legislador. «Los hombres tienen los sentimientos que se les inculcan,» dijo Napoleón. Se lee en la Exposición de motivos de Berlier: «Que la ley consagre la adopción, y las costumbres aplaudirán. Y ¿cómo, sin hacer una injuria al pueblo francés, se podría imaginar que su índole repugne una institución que debe ser á la vez un consuelo para el que adopta y un acto de beneficencia para el adoptado?» (2).

Desde luego hágase á un lado la beneficencia, porque tiene miles de medios para ejercitarse sin tener que recurrir á la adopción. Berlier dice que la beneficencia libre no da ningún derecho, no crea ningún deber, que no tiene, ni para el que la ejerce, ni para el que recoge el beneficio, ese carácter sagrado que liga á un padre con su hijo (3). En es-

1 Toullier, *Derecho civil francés*, t. 2º, núm. 983, p. 158.

2 Berlier, Exposición de motivos, núm. 4 (Loché, t. 3º, p. 263).

3 Sesión del consejo de estado, de 6 frumario año 10, núm. 3 (Loché, t. 3º, p. 178).

tas palabras hay una singular confusión de ideas y una ilusión igualmente extraña. ¿Acaso, por su esencia, no es libre la caridad? ¿puede todavía tratarse de caridad cuando la ley interviene para imponer obligaciones y para establecer derechos? Si ha de decirse la verdad, no es la beneficencia lo que preside á la adopción, sino el afecto del adoptante por el adoptado, y la esperanza de que el adoptado tenga para con éste el mismo afecto.

En esto consiste el consuelo de que hablan todos los autores; pero ese afecto que debe hacer las veces de los vínculos de la sangre ¿qué cosa es si no una ilusión? Maleville dijo muy bien en el consejo de Estado. «¿Puede creerse que el título de padre por la ley otorgado, pero siempre tácitamente desechado por la naturaleza, sea suficiente para transmitir los sentimientos de la paternidad? Un hombre puede decir al ver á su hijo adoptivo: ¡Esta es la sangre de mi sangre y los huesos de mis huesos! ¿Y esta misericordia inagotable que me hace olvidar todos sus extravíos á la primera apariencia de arrepentimiento, la tendré hacia un hijo adoptivo cuya conducta me probará cruelmente mi error y burlará todas mis esperanzas? (1).

El primer cónsul, gran partidario de la adopción, hizo la más viva crítica del sistema que el código consagra. El quería que la adopción fuese una imitación completa de la naturaleza, ¿qué digo? que superase á la naturaleza. «Sí, dijo él, adopción no debe hacer nacer entre el adoptante y el adoptado los sentimientos y afectos de padre y de hijo y hacerse una imitación perfecta de la naturaleza, es inútil establecerla. Ella no es ya, en efecto, más que una simple institución de herederos.» Napoleón quería que se la organizara de modo que obtuviese en el corazón del

1 Sesión, del consejo de Estado, de 6 frimario año X, núm. 10 (Lo cre, t. 3º, p. 180).

hijo adoptado la preferencia sobre el padre natural.» Que se la erija en sacramento político, del cual sea ministro la más eminente autoridad. Ella funcionará, por derecho así, como Sumo Pontífice de la Francia, en nombre del soberano cuya potestad es en la tierra una viva imagen de la omnipotencia de Dios (1).

Napoleón era un hombre de la antigüedad, un verdadero César, la encarnación de la soberanía nacional. ¡Librenos Dios del retorno de esa omnipotencia! Hay que verla en viva lucha con los más indestructibles sentimientos de la naturaleza, para convencerse de que en vez de imitar la fuerza divina en cuyo hombre pretende funcionar, ella viola las leyes que Dios ha dado al hombre. Réal contestó al primer cónsul que la adopción, tal como él la concebía, era una hermosa ficción; pero que jamás podría rivalizar con la realidad esa institución legal, que jamás impondría silencio á los afectos de la naturaleza. «La ley, dijo Réal, jamás podrá crear más que herederos; la naturaleza sola puede formar esos lazos indisolubles que ligan al hijo con el padre, y á éste con aquél. La ley que quisiera obtener más, la ley que sobre todo quisiera borrar, dislocar los afectos sagrados de la naturaleza, jamás sería ejecutada. Siempre en el corazón de un hijo el padre natural tendrá la preferencia sobre el padre adoptivo; y si el padre dado por la ley se hallase á un tiempo mismo en igual riesgo que el padre natural, en vano la ley, la razón, la justicia, el deber me gritarian que volase en auxilio del padre adoptivo, la naturaleza, más fuerte que la ley, que la razón, que la justicia, me arrastraría hacia el padre que la naturaleza me hubiese dado.» A esta viva reivindicación de los derechos de la natu-

1 Sesión del consejo de Estado de 14 frimario año X, núm. 18. (Lo cre t. 3º, p. 202).

raleza fué á lo que el primer cónsul contestó con las palabras que hemos citado: «Los hombres tienen los sentimientos que se les inculcan: Luego si á buen tiempo se forman los del adoptado, preferirá su padre adoptivo al natural (1).»

192. ¿Cuál es la conclusión de este debate? La adopción es inútil, dice el primer cónsul, si no da un hijo al padre adoptivo. Esto es imposible, contesta Réal. Y los autores del código han sido de este dictámen supuesto que la adopción deja al adoptado en el seno de su familia. El toma el nombre del adoptante y le sucede: esto es todo lo que constituye la adopción. Luego es, como decía Napoleón, una institución de herederos. ¿Y entónces para qué sirve? Ella no ha entrado en nuestras costumbres, y esta es la opinión unánime de los autores. Las escasas adopciones que se hacen no son, como lo suponían los autores del código, una obra de beneficencia, ó un testimonio de afecto que el adoptante da á un hijo que le es extraño; es un padre que adopta á su hijo natural. La legalidad de estas adopciones está vivamente controvertida; nosotros creemos que son legales; de todos modos, es la verdad que el legislador francés no tenía en la mente á los hijos naturales, porque la mayor parte de las condiciones que él establece suponen que el adoptado no está ligado al adoptante por un vínculo de parentesco. La experiencia es decisiva: nuestras costumbres repugnan la ficción de la adopción, y podemos todavía decir con nuestro viejo derecho consuetudinario: *adoption à lieu*. No se aplica sino para dar á los hijos naturales los derechos de hijos legítimos. Nosotros no la rechazamos en este sentido; pero por lo ménos debería organizarse de manera que la ley estuviese en armonía con la realidad de las cosas.

1 Sesión del consejo de Estado, de 14 frimario, año X, núm. 19, Locré, t. 3º, p. 202, 203.

193. La adopción puede hacerse entre vivos ó por testamento; las condiciones son esencialmente diferentes. Cuando se hace por acto entre vivos, la ley exige condiciones más rigurosas. Pero á veces cesa y es cuando la adopción se confiere para recompensar un servicio eminente que el adoptante ha recibido del adoptado. Se le llama entónces adopción remuneratoria. La adopción que se verifica conforme al derecho común, se llama adopción *ordinaria*; hay autores que la llaman *graciosa*, porque es un beneficio del adoptante.

Los efectos de la adopción son los mismos, que sea graciosa ó remunerativa, que se haga por acto entre vivos ó por testamento. Se la puede definir: un acto solemne que crea entre dos personas relaciones análogas á las que resultan de la filiación legítima, sin que el adoptado cambie de familia. Nosotros decimos que la adopción es un acto *solemne*; en efecto, de cualquiera manera que se haga, la ley exige ciertas formas que deben llenarse para que la adopción exista. No decimos nosotros que la adopción cree un parentesco civil; como el adoptado no cambia de familia, la adopción no es ya, como lo era en el derecho romano, una imitación de la naturaleza. No obstante, esta idea, que era la del proyecto primitivo, ha dejado huellas en las disposiciones del código que norman las condiciones y los efectos de la adopción.

## CAPITULO I.

### DE LA ADOPCION INTER-VIVOS.

#### SECCION I.—De la adopción ordinaria.

##### § I.—CONDICIONES DE LA ADOPCION.

194. La ley prescribe condiciones para el adoptante y para el adoptado. Guarda silencio respecto á una condición que les es común. La jurisprudencia y la doctrina están concordes en exigir que el adoptante y el adoptado gocen de los derechos civiles. ¿Puede el intérprete prescribir una condición requerida para la validez de un acto, cuando la ley no la establece? Ciertamente que nó. Es fuerza, pues, que la condición que acabamos de mencionar sea obra del legislador. Si, en el título de la *adopción*, la ley no habla de ella, es porque era inútil repetir lo que estaba ya dicho en el art. 11. Esto es lo que Merlin ha demostrado con su lógica habitual. En el título VIII, el legislador nada más se ocupa de las condiciones particulares del contrato de adopción: se refiere á las reglas generales trazadas en

otra parte acerca de la capacidad de las personas. Así es que no dice que el adoptante y el adoptado deban tener la capacidad de consentir; esto no necesitaba decirlo. supuesto que la adopción entre-vivos es un contrato, lo que implica que las partes contrayentes deben ser capaces de consentir. Por la misma razón, el código Napoleón no dice que el adoptante y el adoptado deban tener el goce de los derechos civiles. El art. 11 lo dice al disponer que «el extranjero gozará en Francia de los mismos derechos que los que se conceden ó sean concedidos á los franceses por los tratados de la nación á la cual pertenezca dicho extranjero.» 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. Queda por saber si la adopción es una institución de puro derecho civil. Plantear la cuestión, equivale á 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 esto es que el acta debe transcribirse en los registros del estado civil; por esto es que la mayoría de edad ordinaria no es suficiente para que el adoptado pueda consentir en el contrato de adopción, sino que se necesita que tenga la mayoría especial que la ley exige para el matrimonio; por esto es que el acta la recibe, no un notario, sino el juez de paz; por esto es que el poder judicial interviene para homologarla. ¿Hay que preguntar todavía si la adopción es un acto que no existe sino por la ley? Luego el derecho de formulada constituye uno de esos derechos civiles de que están excluidos los extranjeros por el art. 11 (1).

Hay una sentencia contraria de la corte de Colmar. Esta

1 Merlin, *Cuestiones de Derecho*, en la palabra *Adopción*, pfo. 2º, (t. 1º, ps. 140 y siguientes).