

distingue entre el adoptante y el adoptado; el primero, dice ella, debe ser francés, el segundo puede ser extranjera. La distinción es poco jurídica. Ni para uno ni para otro existe un texto. Luego la cuestión debe resolverse por el art. 11. Ahora bien, siendo el contrato de adopción de derecho civil, todos los que en él figuran como partes contrayentes deben tener, no la calidad de franceses, como lo dice la corte, del adoptante, sino el goce de los derechos civiles. A recurso interpuesto, la sentencia fué casada; la corte de casación resolvió que el art. 11 concebido en términos generales y absolutos, comprendía todos los derechos civiles sin excepción; que en consecuencia, fuera de los casos previstos por las leyes ó por los tratados, el extranjero ya no es capaz de gozar pasivamente de esos derechos como de ejercitarlos de una manera activa. La consecuencia es evidente: «La adopción es un contrato de derecho civil, porque establece entre el adoptante y el adoptado relaciones de paternidad y de filiación que civilmente los constituye el uno para el otro en un estado personal, permanente é irrevocable, cuyos efectos están determinados por la ley.» La corte de Dijon, á la que se pasó el negocio, adoptó este parecer, y á este nuevo recurso recayó una sentencia de denegada apelación. Siendo constante la jurisprudencia y estando en armonía con la interpretación del art. 11 que hemos admitido, é inútil es insistir (1).

*Núm. 1. Condiciones especiales concernientes al adoptante.*

195. El art. 343 establece que no se permite sino á las personas de uno ú otro sexo, mayores de cincuenta años.

1 Las sentencias están citadas en Dalioz, en la palabra *adopción*, núm. 112. La jurisprudencia belga está conforme. Véanse las sentencias de Bruselas, de 20 de Febrero de 1847 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 137).

Berlier explica los motivos de esta primera condición. La adopción no se otorga sino como consuelo á los que no tienen hijos ó que han tenido la desgracia de perderlos: luego no se debía autorizarla para una edad en que la naturaleza permite tenerlos todavía por el matrimonio. Si el adoptante es casado, ya no puede esperar que á los cincuenta años una unión que ha permanecido estéril hasta allí cese de serlo, la misma naturaleza le veda tal esperanza. Para la mujer, este limite existe, aun cuando no sea casada. Respecto á los hombres, pocos hay que después de cincuenta años piensen en el matrimonio; y aun hay más, dice el orador del Gobierno, casi no está en el interés social que piensen en ello (1).

Se ve que la ley permite la adopción á los célibes, pero únicamente á la edad de cincuenta años. La cuestión fué vivamente agitada cuando se discutió el proyecto de código civil. Concediendo la adopción á los que jamás han sido casados, temíase apartar á los hombres del matrimonio. Berlier tiene razón al decir que estos son vanos recelos. No se permanece célibe por el gusto de adoptar, á la edad de cincuenta años, á un hijo extraño: los hombres no hacen semejantes cálculos. Unos no se casan porque no pueden hacerlo; á éstos ciertamente que no hay motivo para rehusarles el consuelo de la adopción, si es que sea consuelo. En cuanto á los que prefieren los placeres fáciles del célibe á la ventura seria del matrimonio, ni siquiera piensan en la adopción. Que si, habiendo pasado el dintel de la ancianidad, quieren corregirse ¿por qué la ley no había de permitirselos? Dejemos obrar á la naturaleza: Montesquieu así lo juzgó al escribir estas palabras: «En todas partes en

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 6 (Loché, t. 3º, p. 263).

donde se encuentre un sitio para que dos personas puedan vivir cómodamente, se verifica un matrimonio» (1).

196. Hay una segunda condición, que se refiere á la edad. El adoptante debe, por lo menos, tener quince años más que el adoptado (art. 343). Esta condición débese al sistema que en un principio habia prevalecido en el consejo de Estado, y por el cual la adopción debia ser una imagen lo más perfecta posible de la paternidad natural; preciso era que hubiese entre el adoptante y el adoptado la distancia que existe entre el padre y su hijo (2). Este sistema se ha abandonado: la adopción ya no es más que una paternidad ficticia: el código nunca da al adoptante el nombre de padre. Sin duda que sería ridiculo que el adoptado fuese de la misma edad que el adoptante, supuesto que hay siempre una cierta imagen de paternidad en la adopción. Pero basta exigir, como se ha hecho para la adopción remuneratoria, que el adoptante fuese mayor que el adoptado (art. 345).

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

El que tiene hijos naturales puede adoptar. Se ha sostenido vivamente la opinión contraria en la corte de casación, pretendiendo que la palabra *legítimos*, en el artículo 343, se refería á los *descendientes* y no á los *hijos*.

1 Berlier, Exposición de motivos núm. 7 (Loché, t. 3º, ps. 263, 264). Discurso de Gary, orador del Tribunalado, núm. 14 (Loché, t. 3º, ps. 285 y siguientes). Montesquieu, "Del espíritu de las leyes, XXIII, 10.

2 Berlier, en la sesión del consejo de Estado, del 6 frimario, año X, núm. 3. Loché, t. 3º, p. 188.

Quien tiene un hijo, por más que sea natural ¿puede decir que está sin hijos? ¿Hay razón para permitirle una paternidad puramente ficticia, cuando tiene él hijos que son de sangre de su sangre? ¿No depende de él legitimarlos? Estas razones para dudar no podrán prevalecer contra el texto que es formal (1). El espíritu de la ley, por más que se diga, tampoco deja lugar á duda. Vamos á ver que el hijo natural puede ser adoptado, lo que prueba hasta la evidencia que un hijo natural no puede asimilarse á un hijo legítimo; el hijo natural, lejos de procurar á su padre las dulces satisfacciones de la paternidad, es un reproche vivo de su mala conducta, una mancha en su vida; las más de las veces permanece extraña al padre, y respecto á la madre es el testimonio de su deshonra. Se concibe, pues, que el legislador haya permitido al que tiene un hijo natural que busque un consuelo á sus horas negras en una paternidad que, si es ficticia, por lo menos es honorable.

¿Puede el que tiene un hijo adoptivo hacer una nueva adopción? El texto del código la supone; en efecto, se dice en el art. 348, que está prohibido el matrimonio entre los hijos adoptivos del mismo individuo. En el Tribunalado, se habia propuesto agregar un artículo por cuyos términos nadie podía tener mas de un hijo adoptivo; después de una fuerte discusión, la sección de legislación se pronunció en favor del principio contrario. Si la adopción es una imagen de la naturaleza ¿por qué no habia de haber varios hijos adoptivos en una familia, así como hay varios hijos por el beneficio de la naturaleza? ¿Podrá decirse que las nuevas adopciones vulnerarían los derechos del que fué adoptado primeramente? Ya no puede tratarse de fraude á la ley cuando la ley permite (2).

1 Sentencia de la corte de casación, de 3 de Junio de 1861, Dalloz, 1861, 1, 336.

2 Observaciones de la sección de legislación del Tribunalado, nú-

198. Luego sólo la existencia de un hijo legítimo puede impedir la adopción. ¿Basta con que el hijo sea concebido? Hay algún motivo para dudar. En general, el hijo no se reputa existente sino cuando ha nacido. Por una mera ficción, se tiene por nacido luego que está concebido, pero esto supone que él tiene un derecho que ejercitar. Ahora bien, en el caso al debate, se invoca la concepción del hijo para impedir al padre que ejercite un derecho. No obstante, la opinión general, salvo el disensimiento de Valette, admite que el hijo es un obstáculo para la adopción (1).

Esto es una extensión del adagio de que el hijo concebido se reputa como nacido, pero me parece muy lógico. ¿Qué importa que el hijo no tenga todavía derecho que ejercitar? ¿No está muy interesado en que un hijo adoptivo no venga á quitarle el afecto de su padre, y á la vez una parte de su patrimonio?

El art. 343 dice: *en la época de la adopción*. ¿Qué época es esta? La cuestión es contravertida, la solución depende de saber si la adopción se forma cuando el juez de paz recibe el contrato de adopción, ó si no existe sino después de la homologación dada por el poder judicial, ó aún si data de la trascripción que debe hacerse del acta de adopción en los registros del estado civil. Más adelante examinaremos la cuestión. Sea cual fuera la época que adopte, queda por fijar el momento de la concepción. ¿Deben aplicarse las presunciones que la ley establece sobre la duración de la preñez, en los arts. 312 315? En varias ocasiones hemos emitido la opinión de que las presunciones legales no se extienden. Quizás el legislador

mero 9, Loaré, t. 3º, p. 257. Bourges, 21 frimario, año XII, Dalloz en la palabra *adopción*, núm. 86.

1 Véanse los autores citados en Dalloz, en la palabra *adopción*, núm. 81. Hay que agregar, Demante, *curso analítico*, t. 2º, p. 141, núm. 76; bis, III y Demante, t. 4º, p. 12, núm. 16.

hubiera debido establecer presunciones generales, absolutas, para todas las hipótesis que pudieran presentarse. Pero no lo ha hecho. Esto decide la cuestión, si quiera uno ajustarse al rigor de los principios. Los autores están divididos: unos aplican las presunciones tales como la ley las establece en el título de la *filiación* (1): otros distinguen y no admiten más sobre las presunciones, sobre la más corta duración y la más larga de la preñez, y se atienen á la apreciación del juez cuando el hijo nace en el intervalo del día ciento ochenta al trescientos (2). Esta distinción es arbitraria, hay que admitir ó que rechazar las presunciones.

199. La cuarta condición es especial al adoptante que es casado. Ningún esposo, dice el artículo 344, puede adoptar sino con el consentimiento del otro. La adopción hecha á pesar del cónyuge sería una causa de disturbio y de discordia, y además lastimaría los intereses del que rehusa en concurso. Napoleón insistió mucho en el consejo de Estado para que la adopción se hiciese siempre por los dos cónyuges. La adopción, dijo él, cesaría de imitar á la naturaleza, si fuese permitido á uno de los cónyuges darse un hijo que no pertenece al otro. Berlier contestó que uno de los cónyuges podía tener, para adoptar, razones que el otro no tiene: uno tiene parientes lejanos que á penas conoce ó á quienes ama poco, mientras que el otro tiene parientes próximos á quienes ama. Por otra parte, forzar á los dos esposos á que adopten, sería realmente sembrar en la familia un principio de desunión: uno de ellos tratando de imponer sus deseos á su cónyuge, el otro no cediendo sino á esta violencia moral, lamentando en seguida su debilidad y aborreciendo al hijo, víctima inocente de tal dis-

1 Durantón, *curso de derecho francés*, t. 3º, p. 270, núm. 278.

2 Demolombe, t. 4º, p. 13, núm. 17. Demantue, *curso analítico* t. 2º, p. 142, núm. 76 bis, 3º.

cordia. Ciertamente que valía más dejar á cada uno su libertad (1).

Si los dos esposos tienen el mismo deseo y los mismos intereses, pueden adoptar al mismo hijo, y es lo que el artículo 344 dice en estos términos: «Nadie puede ser adoptado por varios, si no es por dos cónyuges.» Por débil que sea la ficción de la paternidad adoptiva, la ley no podía admitir que, aun fingidamente, un hijo tuviese varios padres. Que si había permitido la adopción á un hombre y á una mujer no casados, habría podido desviarlos del matrimonio, cuando, como acontece lo más á menudo, el hijo adoptado es un hijo natural; el padre y la madre tienen un medio más sencillo, en este caso, y más eficaz para ligar al hijo con un vínculo legítimo, y es legitimarlo casándose.

200. El art. 345 prescribe una quinta condición: es necesario que el adoptante haya durante seis años por lo menos, procurado al adoptado menor socorros y dádole cuidados no interrumpidos. Gary explica muy bien, en su discurso, los motivos por los cuales la ley exige estas prolongadas relaciones de beneficencia entre el adoptante y el adoptado, y la razón por la cual deben verificarse en la minoría del hijo. «La ley debe tener la seguridad de que el que desea obtener el título de padre tiene ya los sentimientos de tal, y la prueba de estos sentimientos sólo puede resultar de los cuidados prodigados al menor durante largos años. En efecto, no es á un individuo mayor de edad al que se le manifiestan los sentimientos de padre. Concedéñeles desde luego á la debilidad, á las gracias, al candor de la niñez. Estos sentimientos se afirman y se perpetúan en una edad más avanzada; pero en la tierna edad es cuando nacen. Entonces es cuando el hábito de los cui-

1 Sesión del consejo de Estado, de 4 nivoso, año X, núm. 4 (Lo-crè, t. 3º, ps. 219, 220).

dados prodigados y recibidos forman verdaderamente una segunda naturaleza. El amor paternal se forma con los beneficios, la piedad filial con la gratitud» (1). No continuemos este cuadro ideal. Esta es la teoría de la ley, pero la ley ha permanecido en el estado de teoría.

201. La ley, al trazar las formas de la adopción, prescribe una sexta condición. Quiere que el tribunal verifique, si la persona que se propone adoptar goza de una buena reputación (art. 355). No debe ser que la adopción encubra relaciones vergonzosas. Esto poco probable, porque los que buscan esos placeres ilícitos casi no piensan en dar la legitimación á vínculos que la moral rechaza; piden ellos placeres fáciles, sin ninguna obligación ulterior.

202. Se pregunta si un sacerdote católico puede adoptar. La cuestión ha sido vivamente agitada en Francia. Ha sido afirmativamente resuelta por la corte de casación, por la sencillísima razón de que no existe ninguna disposición que prohíba la adopción al sacerdote católico (2); y para establecer una incapacidad se necesita un texto de ley, lo mismo que para prescribir una condición. Ahora bien, el código civil no hace ciertamente del sacerdocio una condición de incapacidad. ¿Se irán á invocar los cánones de la Iglesia? Objétase el espíritu de la religión católica, que exige al sacerdote una íntegra abdicación de los intereses mundanos; pero ¿cómo va á fundarse en el espíritu de una religión una incapacidad civil? No insistimos nosotros. En derecho francés, la cuestión está resuelta para todo jurisculto por la sentencia de la corte de casación. En Bélgica ni siquiera puede plantearse la cuestión. Nothomb ha

1 Discursos de Gary, orador del Tribunalado, núm. 9 (Lo-crè, t. 3º, p. 284).

2 Sentencia de 26 de Noviembre de 1844 (Daloz, en la palabra *adopcion*, núm. 99). La cuestión está muy bien discutida en el *Repertorio* de Daloz.

declarado, al discutir la Constitución belga, que los sacerdotes, sea cual fuere su religión, sólo eran individuos á los ojos de la ley, es decir, ciudadanos. Para nada, pues, tenemos que preocuparnos con el espíritu de la Iglesia católica, ni con sus cánones. El juez los ignora y no tiene derecho para tenerlos en cuenta.

*Núm. 2. De las condiciones concernientes al adoptado.*

203. El art. 346 establece que la adopción en ningún caso podía tener lugar antes de la mayoría del adoptado. Se vé, por los términos en los cuales la ley formula esa condición, que le atribuye grande importancia. Como la adopción entre vivos es un contrato, no hay para qué expresar que el adoptado debe consentir. Si es menor no puede consentir. Es verdad que la ley permite al menor contraer matrimonio con el consentimiento de sus ascendientes ó del consejo de familia. Esta es una excepción que el legislador ha admitido en favor del matrimonio y que tal vez no debiera haber admitido. De todos modos no había lugar á extenderla á la adopción. Una paternidad que á penas es una ficción no merece el favor que al matrimonio se le da. Sin embargo, de esto resulta un inconveniente: si el que se propone adoptar muriese durante la minoría del hijo, la adopción vendrá á ser imposible. El legislador ha previsto la dificultad, y teniendo en la mente tal eventualidad, es por lo que ha organizado la adopción testamentaria por el tutor oficioso.

204. El adoptado, aunque mayor, debé tener el consentimiento de sus padres ó del que de ellos sobreviva, si aquél no ha cumplido veinticinco años; si es mayor de esa edad, está obligado á requerir el consejo de sus padres (artículo 346). Esta condición simula la adopción con el ma-

trimonio; supone que la adopción acarrea un cambio de estado, lo que no es en realidad, supuesto que el adoptado se queda en la familia. Así, pues, la condición no tiene razón de ser en el sistema consagrado por el código. O si así se quiere, queda siempre en el ánimo del legislador, una imagen de la paternidad y de la filiación. Hemos oído el discurso de Gary, el orador del Tribunado; habla él de los sentimientos del padre, de la gratitud del hijo, aunque la ley no pronuncie estas palabras sagradas. En definitiva, la adopción no tiene base fija, lógica; las condiciones suponen una especie de paternidad, mientras que los efectos dan un mentis á semejante idea.

Por otra parte, existen diferencias considerables entre el consentimiento que la ley exige para el matrimonio y el consentimiento que para la adopción prescribe. El hijo que se casa necesita del consentimiento de sus ascendientes, á falta del de los padres directos (art 150); el adoptado debe únicamente tener el consentimiento del padre y madre ó del que sobreviva de los dos. La hija mayor de veintiún años puede casarse sin el consentimiento de sus progenitores (art. 348); la ley no hace esa distinción para la adopción, las hijas como los hijos se consideran como menores hasta que hayan llegado á la edad de veinticinco años. Cuando hay disenso entre el padre y la madre, el consentimiento del padre es suficiente para el matrimonio (artículo 148); la ley no reproduce esta disposición de favor cuando se trata de la adopción, y como no remite al título del Matrimonio, hay que ajustarse al texto del art. 346 que exige el consentimiento de los progenitores. Por último, los hijos, aunque mayores para el matrimonio, deben requerir el consejo de sus ascendientes por medio de tres actas respetuosas (art. 152); mientras que el art. 346 se limita á una sola requisición. Estas diferencias se explican;