

éste, sin que se verifique entonces que el expúreo sea de mejor condicion que los legítimos, porque es mejor no haber menester socorros que tener necesidad de ellos.

En el lugar correspondiente hablaremos de los derechos hereditarios que á los hijos ilegítimos conceden nuestras leyes, completando así la teoría que sobre los mismos constituye la doctrina vigente.

Al examinar las leyes que llevamos consignadas, hemos expresado nuestra opinion desfa-

vorable á los principios que en nuestros cuerpos legales se contienen y la necesidad de una reforma que complete la iniciativa en las leyes de Toro, que son un progreso en relacion á las anteriores en este punto.

Los problemas que nacen de la ilegitimidad, son de los más complejos dentro del derecho. Esperamos, sin embargo, que el progreso realice, si bien lentamente, grandes modificaciones, cuyo influjo sobre las costumbres ha de ser poderoso.

# TÍTULO VI

## DE LA ADOPCION

### CAPÍTULO PRIMERO

#### DE LOS QUE PUEDEN ADOPTAR Y SER ADOPTADOS

Artículo 195.—Pueden adoptar los varones que se hallen emancipados.

El adoptante ha de tener 18 años más que el adoptado.

#### ORÍGENES

Ley 2.<sup>a</sup> tit. XVI, Partida 4.<sup>a</sup>

#### COMENTARIO

«Adoptio, en latin, tanto quiere decir en romance como porfijamiento: et este porfijamiento es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes seer fijos de otros magüer no lo sean naturalmente:» tal es la definicion consignada en nuestra leyes de Partida. Algun autor la define diciendo *un acto por el que se recibe como hijo al que no lo es naturalmente.*

El objeto de la adopcion es dar consuelo á las personas á quienes la naturaleza les ha negado tener hijos. Así fué conocida de los hebreos, asirios, egipcios, griegos y sobre todo de los romanos, á causa de que la ley Julia y Papia Popea concedieron varios privilegios á los padres que tuviesen tres hijos varones, pues por medio de la adopcion se colocaban los ciudadanos romanos en situacion de disfrutar de tales privilegios.

La adopcion llegó á ser tan frecuente é importante en Roma, que los hijos adoptivos fueron muchas veces preferidos á los legítimos. Así observa Goyena que Augusto adoptó á Tiberio y Agripa, aunque tenía hijos de su hija Julia: el mismo Tiberio lo repitió adoptando á Germánico *super propriam stirpem*: y por último, el emperador Claudio adoptó y designó

por sucesor á su hijastro Neron, anteponiéndole á Británico, hijo natural y legítimo suyo, aunque sólo tenía dos años menos que Neron: *Tácito, lib. XII de los Anales*, número 25.

La adopcion entre nosotros carece de importancia, pues casi nunca tiene lugar. Por esta razon son muchos los autores que estiman necesaria la abolicion de las leyes que tratan de esta materia, como ha sucedido en Luisiana, en Holanda, en Portugal, en Vaud, en Inglaterra, en Méjico, en los Estados-Unidos, en Noruega, en Suecia, etc.

Nuestro Proyecto de Código civil dedica á algunos artículos á esta materia, sin embargo de haber acordado la comision pasarla en silencio como institucion extraña á nuestras costumbres. A nuestro entender, por desusada que esté la adopcion, debe conservarse por si alguna vez puede por este medio llevarse consuelo al que se ve completamente desprovisto de afecciones de familia.

La adopcion, como se ve, es una ficcion de derecho; necesita por consiguiente para que pueda tener lugar, que haya términos hábiles. Por eso la ley exige que el adoptante tenga 18 años más que el adoptado, porque si se permitiera que fuesen de una misma edad sería imposible la ficcion de que uno es hijo del otro. Por idéntico motivo están privados de adoptar los que padecen de impotencia física, porque siendo inhábiles para la procreacion no es posible suponer que tengan hijos.

Idéntico fundamento tiene la prohibicion del art. 197 en cuanto se refiere á los eclesiásticos.

*Adoptio est æmula naturæ, seu naturæ imago*, este es el motivo de todas las limitaciones que nuestras leyes consignan para adoptar.

El que una vez ha sido adoptado por una persona, no puede ya serlo por otra, ni aún despues de la muerte del primer adoptante, porque,—dice Escriche,—ni natural, ni ficticiamente puede uno tener muchos padres ó muchas madres de una misma clase.

Sin embargo, dos cónyuges que carezcan de hijos, bien pueden adoptar á uno mismo por hijo.

Una sola persona puede adoptar á muchos, bien sean hermanos, bien no lo sean, y aún cuando sean de sexos diferentes. Así podrán ser adoptados dos esposos, pues que la fraternidad que nace de la adopción no es obstáculo para el matrimonio.

¿Podrá una mujer casada ser adoptada sin el consentimiento de su marido? Refiriéndonos en un todo á lo que dejamos expuesto al hablar de los efectos del matrimonio, y por consiguiente de la capacidad legal de la mujer casada, entendemos que también para la adopción es preciso impetrar el consentimiento marital.

¿Necesitará el marido para ser adoptado el consentimiento de su mujer? Escriche entiende que siendo la adopción fuente de obligaciones para el adoptado, parece más conforme y puesto en razón, que ni el marido mismo pueda ser adoptado sin que la mujer preste su consentimiento. Opinamos lo contrario, pues todos los contratos que son fuente de obligaciones los contrae el marido sin necesidad del consentimiento de su mujer, aún cuando las obligaciones que adquiriera no sean únicamente personales, sino que pesen sobre la familia.

Las leyes romanas y las nuestras de Partida que contienen toda la doctrina vigente en esta materia, dividen la adopción en dos partes: 1.ª, adopción propiamente dicha por cuya virtud entra en la patria potestad del adoptante uno que vive sujeto á la de su padre ó madre legítimos; 2.ª, la arrogación, que es la misma adopción cuando se trata de personas que están libres de la potestad paterna, que son *sui juris*.

Sus efectos y sus solemnidades varían, como tendremos ocasión de examinar en los artículos siguientes. Mas como no es preciso designarlas con sus nombres para explicar sus diferencias, hemos comprendido ambas instituciones bajo la palabra *adopción*, estableciendo las diferencias que son consiguientes cuando se trata de un *sui juris* ó de una persona sometida á la paternidad natural. Creemos, por tanto, que la sujeción de nombres no ha de alterar en nada la

claridad de la doctrina contenida en los siguientes artículos.

También se hallan en nuestras leyes reminiscencias de la división de la adopción en *plena y ménos plena*: es plena, siempre que el adoptante sea un ascendiente del adoptado: es ménos plena cuando el adoptante es un extraño. Sus efectos también son diversos, como veremos despues.

Artículo 196.—Se prohíbe la adopción á los que adolezcan de impotencia física para la procreación, salvo el caso en que ésta sea producida por accidente ó enfermedad.

## ORÍGENES

Leyes 2.ª y 3.ª, tít. XVI, Partida 4.ª

Artículo 197.—Tampoco podrán adoptar los eclesiásticos y los que tengan descendientes legítimos.

## ORÍGENES

Leyes 2.ª, 3.ª y 4.ª, tít. XVI, Partida 4.ª

Leyes 1.ª y 3.ª, tít. XXI, lib. IV, Fuero Real

## CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 345 Cód. Francia.—188 Cerdeña.—Ley 17, párr. 3.º, tít. VII, lib. I, Digesto.

## COMENTARIO

Hemos dicho que la adopción (y la arrogación) suponen términos hábiles por lo mismo que son una ficción admitida por el derecho.

La impotencia física, á ménos que esté producida por accidente ó enfermedad, coloca al hombre fuera de las condiciones ordinarias de la paternidad; por eso la ficción es inadmisibles entónces. Pero sí podrán adoptar los castrados ó los que por cualquier accidente se han hecho impotentes; al contrario de lo que decía la ley romana, *castrati non possunt*.

En cuanto á los ordenados *in sacris*, el voto solemne de castidad que hicieron les coloca en absoluta imposibilidad de ser considerados como padres, y por consiguiente no pueden concedérseles ni aún ficticiamente, los derechos de paternidad que supondrían una violación de sus juramentos.

Por último, la ley del Fuero Real solamente concede la facultad de adoptar al *home varon que no hobiere hijos o nietos legítimos*; y la ley de Partida dispone, que no se otorgue la licen-

cia que se pida para adoptar, sin que primero se examine si el adoptante tiene hijos que le sucedan. Si, como ya dejamos repetido, la adopción es un consuelo para los que carecen de hijos, cesa el motivo que la sirve de fundamento desde el momento en que existen hijos legítimos. El interés de éstos lo exige también así.

¿Podrá adoptar el que no tenga hijos legítimos, pero esté en edad de poder tenerlos? La ley de Partida (4.ª del título citado) dice que el Rey antes de conceder licencia para adoptar, «debe catar todas estas cosas... e si ha hijos que hereden lo suyo, o si ha tantos dias, que los pueda aun auer». Escriche dice á este propósito: «la ley debe formentar los matrimonios y ha de evitar, por consiguiente, la facilidad de darse hijos ficticios por un acto civil, cual es, la adopción, miéntras puedan tenerse verdaderos por legítimo enlace.»

Nosotros creemos que la ley citada no establece una prohibición, sino que indica la necesidad de hacer una información sobre lo que sea de utilidad mayor para el adoptado.

Artículo 198.—El tutor no puede adoptar al menor sino cuando éste haya cumplido 25 años y previa la licencia del Rey.

## ORÍGENES

Ley 6.ª, tít. XVI, Partida 4.ª

## CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 193 Cód. Cerdeña.—Ley 17, tít. I, lib. I, Digesto.

## COMENTARIO

Esta prohibición tiene su fundamento en las mismas palabras de la ley: «Este atal non puede porfijar a tal moço como este: porque podrían sospechar contra el, que lo fazia con mala intención, porque no le diesse cuenta de sus bienes, que auia tenido en guarda, o si gela diesse que non lo faria tan lealmente nin tan bien como deuia. Pero desde que el moço ouiesse edad de veynte e cinco annos puedelo y aporfijar con otorgamiento del Rey, e non de otra guisa. E esto porque el Rey lo guarde, que non resciba engaño en tal porfijamiento como este que sobredicho auemos.»

Artículo 199.—La mujer no puede adoptar sino con licencia del Rey y solamente en el caso de que hubiera perdido un hijo en defensa del Estado.

## ORÍGENES

Ley 2.ª, tít. XVI, Partida 4.ª

## COMENTARIO

Por las leyes de Partida, las mujeres no podrían ejercer los derechos de patria potestad ni aún sobre sus hijos legítimos cuyo padre hubiere fallecido. La ley que esto disponía no podía conceder á la mujer que ejerciese los mismos derechos sobre un adoptivo. Además de esta razón, da otra la ley: «Ca si ellas por si mesmas lo pudiessen facer podrie seer que las enganarrien los omes, o ellas a ellos de manera que nascerie ende mucho mal.» A lo cual dice Escriche con mucha oportunidad: «Pero por esta razón se les podría negar también la facultad de celebrar otros contratos y aún el de matrimonio. Parece, pues, muy justo que se permita la adopción á las mujeres, del mismo modo que á los hombres, como sucede en otros países:» como el Código francés en su art. 343, el italiano en el 202 y otros Códigos.

Artículo 200.—El huérfano menor de siete años no puede ser adoptado.

Para la adopción de un *sui juris* se necesita la licencia del Rey, si fuere aquél menor de catorce años, ó la judicial siendo mayor, y en todo caso el consentimiento, expreso del adoptado.

Para la de un menor sujeto á la patria potestad se necesita su consentimiento aunque sea tácito, el del padre natural y la autorización judicial.

## ORÍGENES

Leyes 1.ª y 4.ª, tít. XVI, Partida 4.ª

Ley 7.ª, tít. VII, Partida 4.ª

## COMENTARIO

Hemos hablado anteriormente de la división admitida generalmente en adopción propiamente dicha y arrogación. En este artículo comienzan á notarse las diferencias entre una y otra. El segundo párrafo del artículo se refiere á la arrogación; el tercero á la adopción.

El huérfano menor de 7 años no puede ser arrogado; ¿podrá adoptarse un menor de 7 años que tenga padre? Entendemos que no, porque exigiendo la ley su consentimiento, si quiera sea tácito, es imposible que lo preste ni aún tácitamente en semejante edad: solamente puede

admitirse consentimiento presunto en época en que sea posible el expreso.

Cuando se trata de adoptar á un *sui juris*, pueden presentarse dos casos: ó el doptado es menor de 14 años, ó es mayor de esta edad. Si lo primero, es necesaria la licencia del Rey; si lo segundo, habrá de preceder la autorizacion judicial. Pero ya sea el adoptado menor ó mayor de 14 años, se necesita su consentimiento expreso.

Tratándose de la adopcion de uno sometido á la autoridad de su padre natural, ya sea mayor, ya menor de 14 años, se necesita la autorizacion judicial, el consentimiento del padre y la aquiescencia ó no oposicion del adoptado.

¿Puede el hijo natural ser adoptado por su padre ó madre? Entre los romanos fué permitido hasta el tiempo de Justiniano que lo prohibió. En Francia durante mucho tiempo la duda parecia estar resuelta en sentido negativo en virtud de un fallo de la *Cour de cassation* de 1848; pero al poco tiempo se modificó la jurisprudencia en sentido afirmativo. M. Dupin, fiscal del mismo tribunal, ha hecho constar que en cuatro años (de 1837 á 1841) de setenta adopciones, treinta y siete habian sido en favor de hijos naturales.

Se dice contra esta adopcion que se burlan de este modo las leyes sobre hijos naturales, dándoles derechos que no debe tener: que es inmoral un medio de que los hijos naturales adquieran la consideracion de legítimos. A nosotros nos parece que no hay inconveniente de ningun género para lo primero, y en cuanto á lo segundo, diremos con Escriche, que nadie dirá que es mejor para la sociedad dejar á un hijo en el abandono, que hacer uso de un medio que se presenta para mejorar su estado.

Mas, aparte de esto, la ley 7.<sup>a</sup>, tit. XXII del Fuero Real la permite expresa y taxativamente, y la ley de Partida, que define el porfijamiento, dice: «que los hombres pueden ser hijos de otro por este medio, *maguer non lo sean naturalmente*», es decir, *aunque no lo sean*... luego pueden serlo los naturales.

Escriché y Gutierrez entienden la ley de esta manera, y nosotros por nuestra parte tenemos idéntica opinion.

Respecto á la forma de llevar á cabo las adopciones, solamente diremos que cuando sea necesaria la licencia del Monarca, se tendrán presentes los trámites marcados en los artículos 1335 al 1349 de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre informaciones para dispensas de ley. Mas

cuando sólo sea necesario el consentimiento y autorizacion judiciales, se tramitará como un expediente de jurisdiccion voluntaria, ateniéndose á las reglas que señala la Ley de Enjuiciamiento para los actos de que en la misma no se hace especial mencion.

Artículo 201.—Cuando aquel á quien se trate de adoptar fuere menor de 14 años y carezca de padres, habrá de justificarse previamente la utilidad de la adopcion.

Asimismo deberá el adoptante otorgar obligacion de restituir los bienes del adoptado á sus legítimos herederos si muriese ántes de la pubertad.

## ORÍGENES

Ley 4.<sup>a</sup>, tit. XVI, Partida 4.<sup>a</sup>

## COMENTARIO

El acto por el que uno se constituye en la condicion de padre y otro en la de hijo, adquiriendo cada uno de ellos los derechos y obligaciones que consigo lleva la paternidad y la filiacion, es de suma gravedad, sobre todo para el adoptado. Por esta razon, la ley ha creído que debía tomar ciertas precauciones que sirvieran de amparo á éste.

Es la primera de ellas la justificacion de utilidad; así es que la ley dice: «empero el Rey ante que otorgue poder de porfijar a tal moço como este deue catar todas estas cosas: que ome es aquel que le quiere porfijar: si es rico o si es pobre: o si es su pariente o non: e si ha hijos que hereden lo suyo o si ha tantos dias que los pueda aun auer: e de que vida es, e de que fama... si entendiere que aquel que lo quiere porfijar, se mueve con buena intencion para hacerlo, e que sea a pro del moço...»

Exígese ademas una garantía contra una posible malversacion del caudal del adoptado; ¿qué garantía es ésta? La ley la expresa así: «Pero el Rey ante que otorgue el porfijamiento de los moços, debe catar que non se menoscaben los bienes dellos. E la guarda es esta: que debe hacer tomar tal recabdo del porfijador, que si muriese el moço ante de los catorze años, que entregue todos sus bienes aquel o aquellos que los ovieren de auer de derecho. Esto se debe entender de aquellos que los deben eredar o auer por razon de mandas, si el moço non oviese seydo porfijado. E tal recabdo como este debe ser dado por carta que sea fecha por mano

de algun escriuano publico. E maguer el Rey non mandase facer tal carta, entiendese que de derecho es obligado el porfijador de lo cumplir, así como sobre dicho es.»

Esta caucion deberá prestarse siempre, mas

si no se presta, no por eso dejará de tener obligacion de entregar los bienes á los herederos del menor, en la misma forma que si hubiere otorgado dicha caucion (Ley 92, tit. XVIII, Partida 3.<sup>a</sup>).

## CAPÍTULO II

## DE LOS EFECTOS DE LA ADOPCION

Artículo 202.—La adopcion de un *sui juris* produce el efecto de someter el adoptado á la patria potestad del adoptante.

El mismo efecto se produce por la adopcion de aquel que está sometido á la potestad de su padre natural, cuando el adoptante sea ascendiente del adoptado.

## ORÍGENES

Leyes 7.<sup>a</sup>, 9.<sup>a</sup> y 10, tit. XVI, Partida 4.<sup>a</sup>

## COMENTARIO

La arrogacion produce el efecto de someter al arrogado á la patria potestad del arrogador, es decir, que aquél adquiere la consideracion de hijo legítimo. Tambien sus bienes sufren los efectos de la nueva potestad, y quedan sometidos á las reglas que expondremos en el art. 209 y siguientes acerca de los bienes de los hijos que lo son por naturaleza, mientras están bajo el poder paterno.

El arrogado se hace heredero forzoso del arrogador, no sólo abintestato, sino tambien por testamento, cuando éste no tiene ascendientes ni descendientes legítimos ó naturales, en los términos de que nos ocuparemos al hablar de las herencias.

Las demas obligaciones que nacen de la patria potestad ó les son inherentes, tambien nacen por la arrogacion, como la obligacion del respeto y obediencia por parte del hijo, la educacion y manutencion por parte del padre, etcétera, etc.

Tambien nace de la arrogacion, lo mismo que de la adopcion, un impedimento para el matrimonio, como hemos dicho en el lugar correspondiente.

La adopcion plena, esto es, la verificada por un ascendiente del adoptado, produce asimis-

mo los efectos que llevamos indicados respecto á la arrogacion, y crea, por consiguiente, la patria potestad á favor del abuelo ó abuela del adoptante.

La adopcion verificada con caracteres especiales por el abuelo ú otro ascendiente cualquiera, era perfectamente comprensible dentro del Derecho romano, en el que el abuelo podia querer conservar bajo su poder á los nietos, emancipando, sin embargo, á su hijo, ó bien poder alcanzar esta potestad los abuelos maternos; pero en nuestros dias carece de fundamento el que esta adopcion sea distinta de la verificada por un extraño, puesto que ya no existe la autoridad del *pater familias*, que se extiende sobre todos los descendientes, y de cuya autoridad es reflejo esta adopcion plena.

La potestad adquirida por virtud de la arrogacion y de la adopcion plena terminan por los mismos medios y en los mismos casos en que tiene lugar cuando se trata de la patria potestad natural, y de los cuales nos ocuparemos en el cap. III, tit. VII de este mismo libro.

Artículo 203.—El adoptado por un extraño continuará bajo la potestad de su padre natural.

## ORÍGENES

Ley 7.<sup>a</sup>, tit. VII, Partida 4.<sup>a</sup>

Ley 9.<sup>a</sup>, tit. XVI, Partida 4.<sup>a</sup>

## COMENTARIO

«Si alguno diesse a su fijo a porfijar a tal ome que non fuesse abuelo del moço o bisabuelo de parte de su padre nin de su madre, el que es porfijado de esta manera no pasa a poderio de aquel que le porfija...»

La ley ha considerado violento traspasar la potestad del padre á un extraño; así que los la-