

17.—Por analogía debe procederse de una manera semejante en el matrimonio de un loco para asegurar su validez, no debiendo excusarse el reconocimiento de dos facultativos autorizados por el Juez, que debiera ser el del Estado civil, ante quien por la ley de 28 de Julio de 1859 deben celebrarse los matrimonios; pero como por desgracia no es lo general que se nombren para tales y tan importantes empleos personas de conocimientos jurídicos tan indispensables para el buen desempeño del puesto [como lo acreditan algunos nombramientos hechos en el Distrito federal desde 1867 á 1869 conculcándose la ley por el Gobernador D. Juan José Baz], creo que para mayor garantía podría acudirse para las diligencias previas del reconocimiento al Juez de primera Instancia, procediéndose en seguida ante el del Estado civil para las diligencias relativas á la celebracion del matrimonio con arreglo á las disposiciones del caso.—Véanse adelante en este mismo párrafo las doctrinas de Elizondo y las declaraciones del Código español sobre la locura y enfermedad contagiosa consideradas como causas de divorcio.

Impedimento por enfermedad contagiosa.

Comprende tambien la palabra *CONDITIO* la enfermedad de alguno de los casados. La mayor parte de los canonistas reconocen como causal para el divorcio *quoad torum et cohabitationem*, esto es, en cuanto á tener *lecho y casa comun*, la *enfermedad contagiosa* que padezca alguno de los consortes, así como tambien el *furor* de cualquiera de los mismos, que nazca de enfermedad y pueda dañar gravemente al otro; sin embargo no faltan otros Autores citados por el Jesuita Tomas Sanchez en la *Disputa 24, Lib. 9.º* de su extenso *Trat. De Sanct. matrim.*, que afirman, que el consorte sano está en la precisa obligacion de cohabitar con el expresado enfermo, apoyando tal sentir, entre otras razones de poco momento, en que la Iglesia por los *Capítulos, 1 y 2 de Conjug. lepr.*, aconseja y manda que el *cónyuge leproso ó gravemente enfermo* no sea separado del *cónyuge sano*.—Con efecto el *cit. cap. 1.* dice: "*Mandamus quatenus ut uxores viros, et viri uxores qui LEPRAE morbum incurrunt, SEQUANTUR, et eis conjugali affectione ministrent, SOLICITIS EXHORTATIONIBUS INDUCERE NON POSTPONAS, si véro ad hoc induci non potuerunt EIS ARCTIUS INJUNGAS ut uterque altero vivente continentiam servent.*"—El *cap. 2* se expresa así: "*Quoniam nemini licet EXCEPTA CAUSA FORNICATIONIS uxorem dimittere, constat quod sive mulier LEPRO percutsa fuerit, seu ALIA GRAVE INFIRMITATE detenta NON EST A VIRO SEPARANDA AUT ETIAM DIMITTENDA.*"—De la lectura de los preinsertos textos, del 1 aparece duro el consejo, *EXHORTATIONIBUS*, y del 2 el *precepto NON EST A VIRO SEPARANDA* de continuar la cohabitacion, á pesar de la lepra ó enfermedad; pero á esto contesta Sanchez con numerosos Canonistas, que ambos capítulos se contrajeron al caso en que la lepra ó enfermedad no tenga *peligro cierto ó indudable* de contagio, en cuyo evento, el Juez deberá iniciar sus procedimientos para reintegrar el tálamo ó para conservarlo, haciendo primeramente uso de las *amonestaciones* ó prudentes *exhortaciones* para que continúe la cohabitacion (*cap. 1*); y que solo en el caso de que, la *exhortacion* sea despreciada, entonces podrá usar del apremio para reunir á los casados [*C. 2*]

—Yo no encuentro muy clara la interpretacion de Sanchez, y por mas que diga, hay verdadera contradiccion entre los dos capítulos, pues es inconcuso que por el 1.º se deja á entera libertad de los cónyuges sanos conformarse ó nó con las *SOLICITAS EXHORTACIONES*, sin conceder al exhortante facultad de apremiarlos, supuesto que se le dice que *SI NO LOGRA INDUCIROS ó persuadirlos, les PREVENGA SEVERAMENTE, QUE MIENTRAS VIVAN, ó subsista el matrimonio, GUARDEN CONTINENCIA*. Luego observando ésta, queda consentida la separacion mientras de que por el *Cap. 2.º* se declara terminantemente, que la muger leprosa ó enferma grave, *NO DEBE SEPARARSE del hombre sano*, quitándose de tal modo á este la libertad que por el anterior capítulo se le concedió sobre cohabitar ó nó con su consorte leprosa, con tal que durante su vida, le fuese fiel.—En el Derecho Canónico no es la única contradiccion que se registra; pero es el hecho, que, como antes he dicho, la doctrina mas recibida es la de que la enfermedad contagiosa dá causa al divorcio; así como tambien es motivo suficiente para que el cónyuge sano se excepcione de la obligacion de *pagar el débito matrimonial*, siempre que conforme al dictámen de los Médicos haya peligro de infeccion por la cópula con el consorte leproso, *gálico*, ó que padezca de otro cualquiera mal de contagio, segun enseña Santo Tomas con el comun de los Teólogos interpretando el citado *Cap. 2. de Conjug. lepr.*—Todavía mas: Sanchez con apoyo de numerosos Autores, en la *cit. Disp. 24*, opina: que aunque no haya peligro de contagio, si la enfermedad es de tal clase que cause tanto horror ó asco al cónyuge sano, que no pueda dominarlo, hasta punto tal, de que si se trata del hombre, no le sea posible conseguir la ereccion necesaria del *penis* para el *coito*, y si es la muger la de buena salud, le sobrevengan náuseas peligrosas ú otros graves accidentes al verificar la *cópula*; en casos tales el consorte sano no tiene obligacion de satisfacer el *débito*; concluyendo sin embargo con decir: que no cesa la predicha obligacion, cuando la lepra, *gálico* ó cualquiera otro mal, es anterior al matrimonio y fué conocido por el cónyuge de buena salud; supuesto que si con plena ciencia y paciencia se casó, sabiendo que el primer deber del casado es el de prestarse para el comercio carnal; quedó obligado á este, así como lo queda á las consecuencias de cualquier contrato de cosa viciosa cuyo vicio no se encubre, el que contrató sobre ella.—Elizondo. *Pract. univ.* tomo 7.º, cap. 13, núm. 19, dice: "La enfermedad contagiosa de uno de los cónyuges, de la cual amenace peligro de vida al otro, como sucede al morbo *gálico*, á la fiebre *ética*, á la lepra, y otras causas igualmente graves, es suficiente motivo para el divorcio, probándose aquellas, no por la sola *fé* de los testigos, y sí por la deposicion de los peritos que han de reconocer al paciente y deponer de su insanabilidad; pues en otros términos cualquiera separacion debe ser por el tiempo que necesite el enfermo para su perfecta curacion y *no mas.*"—El art. 76 del Código civil español no autoriza el divorcio por demencia, enfermedad contagiosa ú otra calamidad, pero faculta al Juez para que con conocimiento de causa y á instancia del cónyuge sano suspenda breve y sumariamente en cualquiera de dichos casos la obligacion de cohabitar quedando subsis-

tentes las demas obligaciones conyugales, (auxilio, consuelos, atenciones, etc.) para con el esposo desgraciado, á fin de no aumentar aflcción al afligido; y estas consideraciones las aceptaron los comisionados para formar el *Proyecto del Código civil* del Distrito y California, como veremos al tratar del divorcio.

§ 6.º Como comprendidas en la palabra *CONDITIO* hablaré de las condiciones puestas para casarse.—Las deshonestas, ó que se oponen á las buenas costumbres, se tienen por no puestas tanto en los testamentos como en los matrimonios, á no ser que sean contrarias á su esencia, pues en este caso los anulan; pero en los demas contratos de todos modos los anulan, pues se supone que el que así contrae, no procede sino de burlas. La condicion contraria á la naturaleza ó fin del matrimonio, como si alguno desposándose, ó casándose con alguna dixesse: *Yo te recibo por mi muger de aquí á un año ó fasta otro tiempo cierto, é non mas; ó fasta que falle otra mas rica, ó mas honrada; ó dixesse: Yo me desposo ó me caso contigo, si guisares con yerbas, ó de otra guisa que non puedas aver hijos; ó si dixesse que se desposaba ó casaba con ella, si yeguiessse con los omes porquel diessen algo; si alguna destas condiciones fuere puesta, non vale nada el desposorio, nin el casamiento en que la pusieres; Ley 5, tit. 4, P. 4.º —Art. 162 del Código civil trascrito en la anterior nota 9.º* —Las condiciones que no pugnan con la naturaleza y fin del matrimonio y las imposibles de hecho se tienen por no puestas y no vician el contrato, lo mismo que sucede con las torpes, como si alguna muger dixesse, á algun ome: *Yo me caso contigo ó prometo que casaré, si furtares tal cosa, ó matares tal ome. Otras condiciones y a que son llamadis en latin, imposibles, que quiere tanto dezir que non se pueden cumplir. Como si dixesse algun ome á alguna muger: Casaré contigo, si me dieres un monte de oro, ó si alcanzares con la mano al cielo. A tales condiciones como estas de suso dichas en esta ley, ó otras semejantes, non valen nada maguer las pongan, nin se destorban por ellas las desposajas, nin los casamientos maguer non se puedan cumplir, Ley 6, tit. 5, P. 4.º* —Esto mismo deciden los católicos fundados en el *Cap. fin. de Cond. apposit.*

Condicion de virginidad para el matrimonio. Se cuestiona si conforme á las reglas asentadas en los dos anteriores párrafos, deberá ó no tenerse por no puesta la condicion para casarse, si la muger es virgen.—Esta condicion no es imposible por su naturaleza, sino al contrario muy posible, tampoco es deshonestá ó torpe pues que no se dice en ella si acaso te encuentras virgen, quando tenga comercio, concurso ó coito contigo, en cuyo caso, tal vez seria deshonestá, sino *in terminis*: “Si eres virgen”, lo que puede ser que quede acreditado por informaciones fehacientes ú otros medios legales, sin que intervenga la cópula carnal. Tampoco se opone la condicion explicada en este sentido á los fines del matrimonio ó á su esencia, únicos casos en que segun las disposiciones de que queda hecho mérito, debería proscribirse. Es pues admisible tal condicion, y segun que se verifique ó no, valdrá ó se anulará el matrimonio. Esto es conforme á la razon y al Derecho, y así lo enseña el célebre Jesuita Cordovés Tomás Sanchez, en su *Tratado del Matrimonio, Lib. 5, Disputat. 4, números 15 y 16*.

—En la *Disputa 26* del mismo Libro se encarga de las condiciones: *si te encuentras virgen: si tienes acto carnal ó te dejas poseer por mí: si en la primera cópula me agradas, me caso contigo.* —Declara, que en el último caso la condicion es torpe, porque se refiere á un acto deshonesto no permitido por la ley, supuesto que debé anteceder al matrimonio:—Que en el caso anterior, si te dejas poseer por mí, tratándose de un coito anterior al casamiento, y por lo mismo ilegal, debe desecharse como torpe la condicion, quedando subsistentes como puros y simples los esponsales; y si el acto de posesion se refiere al tiempo posterior al matrimonio, debe subsistir, porque estando obligada la muger á pagar el débito á su marido, una vez casada con él, el coito es legal, y hasta que lo haya, quedará perfeccionado el matrimonio;—Y que respecto á la condicion *Si te encuentras virgen*, debe distinguirse si el hallazgo ó comprobacion se refiere al juicio paricial de matronas, ó á otra indagacion justa, ó al hecho simple de justificacion de la calidad virginal mediante la fornicacion, siendo evidente, por lo dicho, que en el último caso la condicion es torpe y no en el primero, que no repugna con la moral, ni con las leyes.—Si alguno casasse con muger, que dixese que era virgen, valdria el casamiento, maguer non lo fuisse; dice la ley 10, tit. 2 P. 4.º, que estima tal circunstancia como error de calidad que no vicia el contrato; disposicion atendible, pues que parece que pugna con la anterior doctrina asentada, á no ser que se diga que la ley no se ocupa del caso en que expresamente se haya puesto por condicion la de la virginidad, de la que solo haya hablado la muger para hacerse mas recomendable.

Voto solemne de castidad.—No impide el matrimonio.

§ 7.º *VOTUM*; el voto solemne de guardar castidad hecho antes del matrimonio mediante la profesion monástica ó religiosa en alguno de los institutos aprobados por el Papa; ley 11, tit. 2, P. 4.º —*Conc. Trid. Ses. 24 De Sacram. matr., Can. 9.*—Como en la República fueron suprimidas las comunidades monásticas por las leyes de 12 de Junio de 1859 y 26 de Febrero de 1863, no cabe el impedimento del voto, pero como de hecho hay reuniones de personas que hacen vida comun, es preciso que los católicos tengan presente la declaracion del citado Concilio, especialmente en su *Can. 6*, en donde dice que tal voto es impedimento dirimente para el matrimonio contraido, con tal que no se haya consumado.

Parentesco de Consanguinidad.—Línea de parentesco.—Grado de parentesco: se definen.—Computacion de grados

§ 8.º *COGNATIO*, esto es, el parentesco de consanguinidad legítima ó natural.—*Consanguinistas*, en latin (dice la ley 1.º, tit. 6, P. 4.º) tanto quiere dezir, en romance como “parentesco; que es atencion ó ligamiento de personas departidas que descienden de una raiz.... E aquel es llamado *rayz*, donde descendieron los otros omes; así como Adán de que vinieron Cayn ó Abel sus hijos, é de sí “todos los otros”.—Conforme al Derecho español y al Canónico el parentesco ó consanguinidad es de cuatro maneras: *Meramente natural*, que es el que resulta de un comercio ilícito, y este es el que tienen todos los nacidos fuera del matrimonio.—*Meramente civil*, que es el que resulta de la adopcion.—*Mixto de*

natural y civil, que es el que proviene de legítimo matrimonio, pues á él concurren la naturaleza y la ley; y—*Espiritual*, que es el que se contrae por el bautismo y la confirmación.—Para la computacion del *parentesco*, hay que tener presentes las líneas y grados.—*Línea de parentesco*, (dice la ley 2, tit. 6.º P. 4.ª) es, ayuntamiento ordenado de personas, que se tienen unas de otras, como cadena, descendiendo de una raíz." La misma ley declara que hay tres clases de líneas. *Recta de ascendientes*, QUE SUBE ARRIBA, esto es, entre personas que una viene de la otra, y se cuenta subiendo como padre, ó abuelo, ó visabuelo, ó trasabuelo, ó dende arriba.—*Recta de descendientes*, QUE DESCIEDE, *assi como fijo ó nieto ó visnieto ó trasnieto, é dende ayuso*; y—*Oblicua, ó lateral ó trasversal*, QUE VIENE DE TRAVIESO, en la que entran las personas que no descienden unas de otras. *E esta comienza en los hermanos, é de sí descende, por grado, en los fijos é en los nietos dellos, é en los otros que vienen de aquel linaje, y se llama trasversal, porque los que son en los grados dello, non nascen uno de otro*, aunque descienden de un mismo tronco.—Esta línea trasversal, es dividida por los autores en *Trasversal igual*, cuando por ambos lados se cuenta igual número de personas; y *Trasversal desigual*, cuando por un lado hay mayor número que por el otro.—Los mismos autores, por fin, dividen la línea en general, en *paterna y materna*, la primera es la que abraza solo los parientes por parte del padre; y la segunda, la que únicamente contiene á los parientes de parte de la madre.—*Grado*, es "el escalon ó paso de distancia que hay de un pariente á otro", ó bien "cada una de las generaciones que hay desde el tronco ó raíz comun de una familia hasta cada una de las personas que pertenecen á ella". Cada generacion es pues un grado, y una série ó encadenamiento de grados forma una *línea*, á la manera que una série de gradas ó escalones forma una escalera; Ley 3, tit. 6 P. 4.ª.—La computacion de grados en la línea recta de ascendientes ó descendientes, es la misma que sigue el Derecho canónico, pues el civil, cuenta tantos grados cuantas son las generaciones, ó bien cuantas son las personas, quitada la del tronco; y esta misma regla sigue el propio Derecho en todas las demas líneas, así en la colateral ú oblicua, sea igual ó desigual; á cuyo efecto en las líneas colaterales, se sube al tronco comun desde el pariente de un lado y luego se baja hasta el pariente del otro lado, Ley 3, tit. 6, P. 4.ª; así es que dos hermanos están en segundo grado, el tío y el sobrino en tercero, los primos hermanos en cuarto, los primos segundos en sexto, los primos terceros en octavo, y así sucesivamente.—No computa así el derecho Canónico los grados en la línea colateral, pues que asentó estas dos reglas:—1.ª Siempre que los colaterales se hallan á igual distancia del tronco comun, distan entre si los mismos grados, que cualquiera de ellos dista del tronco.—2.ª Cuando los colaterales se hallan á distancia desigual del tronco comun, distan entre si tantos grados, cuantos el mas remoto dista del tronco; así es que por derecho canónico los hermanos están en grado 1.º, el tío y el sobrino en 2.º, los primos hermanos en 2.º, los primos segundos en 3.º y los primos terceros en 4.º—Esta esplicacion sobre igual computacion en la línea recta, y di-

versa en la colateral lo dan las leyes 3 y 4, tit. 6. P. 4.ª, diciendo que la computacion del Derecho civil tiene lugar en las *herencias* y la del Derecho Canónico en los *casamientos*.—Véase sinembargo el art. 72 de la ley de 10 de Agosto de 1857.—La ley 4.ª tit. 6. P. 4.ª antes citada comienza por adoptar la computacion de la Iglesia, expresando: que *en la línea derecha que sube arriba, son el primer grado, PADRE E MADRE. E en el segundo, ABUELO E ABUELA. En el tercero VISABUELO E VISABUELA. En el cuarto TRASABUELO E TRASABUELA. E en la línea que descende derecha ayuso, son el primero grado ELIO, E FIJA. E el segundo NIETO E NIETA. E en tercero VISNIETO E VISNIETA. E en el cuarto TRASNIETO E TRASNIETA. E en la línea de travieso, son en el primer grado, HERMANO E HERMANA. En el segundo FIJOS DE HERMANO E HERMANA. En el tercero, NIETOS E NIETAS DE HERMANOS. En el cuarto, VISNIETOS, E VISNIETAS DE HERMANO E DE HERMANA*; y concluyendo con declarar que: *En los grados de las líneas que suben ó descienden derechamente NUNCA PUEDEN CASAR, quanto quier que sean alongados unos de otros. mas en las líneas que son de travieso, pueden casar los de una parte con los de otra, QUARTOGRADO PASADO EN ADELANTE*. Este impedimento de consanguinidad hasta el cuarto grado inclusive; *vervi gratia*, los *hermanos*, como queda dicho, en *primer grado, tios con sobrinos en primero con segundo; primos hermanos en segundo grado; primos segundos en tercer grado; y primos terceros en cuarto grado*, fué tomada como tambien se ha expuesto, del Derecho Canónico, que restringió la antigua prohibicion del Derecho civil, que la extendia hasta el 14.º grado de su propia computacion. Tal restriccion la hizo Inocencio III [Cap. 8, ex. de *Consang. et affinit.*], alegando para ello la ridícula razon de que *en el cuerpo hay cuatro humores, que constan de cuatro elementos*; y como no hay duda en que semejante causal no puede fundar el impedimento, no tuvo reparo en desatenderla la ley que se anota, [á pesar del *Conc. mex. III, lib. 4, tit. 1, § 3*, que adoptó aquel], limitando la prohibicion de casarse *hasta los tios y sobrinas ó al contrario, siempre que estén en el tercer grado de la computacion civil de la línea colateral igual*, ó sea en el segundo grado de la computacion canónica; cabiendo dispensa en la *línea colateral desigual en el propio tercer grado*, segun expresan el art. que se está anotando, y el 2.º de la ley de 2 de Mayo de 1861, que se insertará adelante.—Véase la frac. IV del art. 163 del *Proyecto del Código* inserto en la anterior nota 9.ª; y el Decreto de 5 de Julio de 1863, art. 2.º (corriente en la nota 11.ª) que declara que el parentesco en línea colateral desigual no es impedimento para los matrimonios que se contraen *in extremis*.

* Una vez aprobado el *Proyecto de Código civil* para el Distrito federal y Baja-California, nada es mas natural que insertar aquí las declaraciones que hace al caso de esta nota en el Libro I, tit. V y siguiente.

"CAP. II.—DEL PARENTESCO, SUS LINEAS Y GRADOS.

"Art. 190. La ley no reconoce mas parentescos que los de consanguinidad y afinidad.

"Art. 191. Consanguinidad es el parentesco entre personas que descienden de una misma raíz ó tronco.

“Art. 192. Afinidad es el parentesco que se contrae por matrimonio consumado ó por cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la muger, y entre la muger y los parientes del varón.

“Art. 193. Cada generacion forma un grado, y la serie de los grados constituye lo que se llama línea de parentesco.

“Art. 194. La línea es recta ó transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras: la transversal se compone de la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, bien que proceden de un progenitor ó tronco común.

“Art. 195. La línea recta es descendente ó ascendente: ascendente es la que liga á cualquiera á su progenitor ó tronco de que procede: descendente es la que liga al progenitor á los que de él proceden. La misma línea, es pues, ascendente ó descendente, segun el punto de partida y la relacion á que se atiende.

“Art. 196. En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones ó por el de las personas, excluyendo al progenitor.

“Art. 197. En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, ó por el número de personas que hay de uno á otro de los extremos que se consideran, exceptuando la del progenitor ó tronco común.”

Aunque ni la ley de 23 de Julio de 1859, que se anota ni el preinserto art. 190 del Código permiten reconocer ya como parentesco el de la *adopcion* y *arrogacion*, ni el del *compadrazgo* en el bautismo ó confirmacion; habiéndome propuesto tratar aquí tambien del matrimonio conforme al derecho eclesiástico romano, que en a voz *COGNATIO* comprende como impedimento el *parentesco civil* contraido por la *adopcion* y el *parentesco espiritual* emanado del *compadrazgo*, creo conveniente ocuparme de ambos, así por esto, como porque en la ley de 28 de Julio de 1859, será preciso tratar de la *adopcion*.

Adopcion y arrogacion se definen y notan sus diferencias. **ADOPCION** ó **PERFIJAMIENTO**, como dice la ley 1.^a, tit. 16 Part. 4.^a, es una manera que establecieron las leyes, por la qual pueden los omnes ser hijos de otro, aunque non lo sean naturalmente.—Esta se divide en *arrogacion* y *adopcion* en especie ó sentido estricto.—**ARROGACION**, segun la ley 5, tit. 16, Part. 4.^a es, *perfijsamiento de ome que es por sí*, [esto es su *juris*, ó persona que no está bajo la potestad patria de otro] *é non há padre carnal; é si lo há, es salido de su poder é cae nuevamente en poder de aquel que lo perfijsa*.—**ADOPCION** en especie, es segun la ley 7 tit. 16 Part. 4.^a, *perfijsamiento de ome que ha padre carnal é es en su poder*.

Personas á quienes se permite ó niega adoptar ó arrogar. Siendo la *adopcion* en general una imitacion de la naturaleza, se sigue de aquí que no puede adoptar ó arrogar, sino aquel que por su edad y aptitud puede tener hijos; así es que las leyes 2 y 3, tit. 16 Part. 4.^a autorizan á todo hombre libre, que se halle fuera de la patria potestad para adoptar á otra persona, con tal que tenga cuando menos diez y ocho años mas

que el adoptado, y que no sea impotente por naturaleza, aunque lo sea por enfermedad, fuerza ó daño que hubiera sufrido.—La muger no puede adoptar, sino en el caso de haber perdido algun hijo en la guerra, sirviendo al Gobierno ó á la patria, y aun entonces quiere la citada ley 2, que solo lo haga con la licencia del mismo Gobierno; porque dice la ley que de otro modo *podria ser que las engañaran los omnes ó ellus á ellos, de manera que nasceria enle mucho mal*; pero como esto mismo podrá suceder en todo contrato, y á ese pesar se les permite celebrarlo, en algunos países se autoriza á la muger para adoptar.—La ley 3, tit. 22, lib. 4 del *Fuero Real* prohibió la *adopcion* á los ordenados *in sacris* y á los que habian hecho *voto solemne de castidad*, porque no podian tener legalmente hijos; pero como la ley de 23 de Julio de 1859 no considera como impedimentos para el matrimonio ni las *órdenes religiosas* ni el referido *voto*, es claro que ya no subsiste tal prohibicion.—La ley 1, tit. 22, lib. 4 del mismo *Fuero* niega la *adopcion* á los que tengan hijos, nietos ó descendientes legítimos.—La ley 4, tit. 16, Part. 4.^a manda que no se otorgue licencia para la *adopcion*, sin que precisamente se averigüe si el adoptante tiene hijos que le sucedan, ó si por razon á su edad se halla todavía en estado de tenerlos, bien que no dice terminantemente que en estos casos se niegue el permiso, sino que se atiende siempre á la utilidad del adoptante; pero como la *adopcion* se ha introducido para consuelo de los que no tienen hijos, parece que no debería concederse en caso de haberlos ó de existir esperanza de procurarlos.—Por fin, la misma ley, consultando á la educacion de los adoptados, no permite la *adopcion*, sino al que goce de buena reputacion. D. Juan Esericha, encargándose del caso en que el adoptante es casado, dice en su Diccionario, que no debe hacer la *adopcion* sin consentimiento de su consorte; pues aunque no hay ley que así lo establezca, lo dicta la razon y el interes de las familias; porque la *adopcion* impone al adoptante cargos y condiciones, que podrán ser perjudiciales en algun modo á su cónyuge, y conviene ademas que el adoptado no llegue á ser un motivo de discordia en la familia que le recibe.—El art. 156, del Código español, exige al casado el consentimiento de su cónyuge.

Calidades del adoptado. El adoptado por una persona, no puede serlo por otra ni aun despues de muerto el primer adoptante; porque ninguno puede tener muchos padres ó madres de una misma clase; pero bien puede una persona ser adoptada por marido y mujer, sea en un mismo acto ó en actos separados, á un mismo tiempo ó en épocas diversas, con tal que en la muger concurran las circunstancias que debe tener para poder adoptar.—Una sola persona no puede ser adoptada por personas diversas, si no es por marido y mujer; pero bien puede adoptar á muchos, como supone la ley 7, tit. 7, P. 4, cuando dice, que si alguno prohijase á muchos de ambos sexos, podrian casarse unos con otros; de lo que se sigue que pueden adoptarse dos esposos.—El art. 137 del Código español, declara lo mismo que expresa la anterior doctrina.—Siendo casada la persona que otra se propone adoptar, si se trata del marido, no tiene necesidad de la anuencia de su mujer, pues por regla general puede celebrar sin ella contratos; pero si se trata de la casada, ésta necesitará de la licen-

cia del marido ó en su defecto de la del juez, pues solo así puede contraer, según las leyes 55 á 59 de Toro; sin embargo, como la adopción produce cierta mudanza en el estado de la persona adoptada, y aun le impone gravámenes y cargas, v. gr. la de suministrar alimentos al adoptante reducido á la indigencia; pudiendo suceder que la mujer sufriera directa ó indirectamente perjuicio en sus intereses por la adopción del marido, parece mas conforme y racional, que ni el marido mismo puede ser adoptado sin que la mujer preste su consentimiento.—El tutor que tiene en guarda la persona y bienes de un menor de catorce años, no puede arrogar á su pupilo, sino despues que éste haya cumplido la edad de veinticinco años, y aun entonces necesita de licencia de la autoridad por la sospecha que hay de que el tutor arrojando á su menor podría fácilmente perjudicarlo en sus intereses, ora no dándole cuenta de la administración de sus bienes, ora no dándoselos con la debida exactitud. Tal doctrina asientan sin observaciones y con fundamento de la ley 6, tit. 16 P. 4.ª D. Manuel Dublan y D. Luis Mendez en la p. 150 del tomo 1.º de su reducido *Novísimo Sala Mexicano*; pero es de tenerse presente, que comenzando la mayoría de edad en el Distrito federal y en el territorio de la Baja California no á los 25 años como antes, sino á los 21 cumplidos, conforme al decreto de 5 de Enero de 1863, inconcusamente en esta última edad podrá verificarse la adopción por el que fué tutor.—El art. 135 del Código español exige que el tutor tenga rendidas y aprobadas las cuentas de su tutela para que pueda adoptar á su pupilo.—La ley 7, tit. 22, lib. 4 del *Fuero Real* dispone: que el que quiera recibir por su hijo al natural habido en mujer no legítima, debe acudir con el mismo ante el rey ú hombres buenos, diciendo que aquel es su hijo, nombrando la mujer en quien le hubo, y expresando que le recibe por hijo; y en tal disposición se apoyan algunos autores que opinan por la adopción del hijo natural; pero como hace notar Escribche, esto parece mas bien un acto de reconocimiento que un acto de arrogación, agregando: que la ley 1, tit. 16, P. 4, parece que permite la arrogación del hijo natural por el hecho de decir que los hombres pueden ser hijos de otros por prohijamiento, *maguer non lo sean naturalmente*, por lo que supone que los que lo son por naturaleza, pueden serlo tambien por prohijamiento: que mientras no haya ley que prohiba tal adopción, debe permitirse, y que no hay inconveniente en que tengan como adoptivos ó arrojados derechos de que carecían como naturales, siendo menos malo mejorar así su estado, que dejarlos en abandono.

Efectos de la adopción ó arrogación.

La adopción ó arrogación produce los efectos siguientes:

- 1.º El adoptado ó arrojado suele tomar el apellido del adoptante ó arrojador, agregándolo al suyo.—El art. 140 del Código español dice: "El adoptado podrá usar con el apellido de su familia, el del que le adopte, con tal que esto se exprese en la escritura de adopción."
- 2.º El adoptado especialmente, cuando su adoptante es su ascendiente, v. gr. abuelo, ó bisabuelo paterno ó materno, adquiere sobre el adoptado la *patria potestad*, y de aquí es que esta adopción de los ascendientes se denomina por los doctores *adopción plena y perfecta*; pero si el adoptante es un extraño, contados como

tales los abuelos, tíos y demás parientes, no se le transfiere la *patria potestad*, la cual queda entoces en manos del padre natural, y por esto esta adopción de los extraños se dice *adopción imperfecta* ó *semiplena*; leyes 9 y 10, tit. 16 P. 4.ª—El art. 170 del Código español dice: "Los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad, están bajo la *patria potestad* del padre ó madre que los adopta; pero no tendrán estos el usufructo de sus bienes. Tampoco tendrán su administración, si previamente no aseguraron sus resultas con hipoteca á satisfacción del juez del domicilio del hijo reconocido, ó de las personas que deben concurrir á la adopción como se dispone en el art. 138—Este dice: "Para la adopción de un mayor de edad se necesita su expreso consentimiento: para la de un menor de edad el de las personas que respectivamente deben presentarlo para que pueda casarse; y para la del demente el de su curador."—La razón que dá Goyena comentando el preinserto art. 170, es: la de que quitado el usufructo, la adopción y reconocimiento no sean el producto de cálculos sórdidos ó interesados.

El arrojado pasa á la *patria potestad* del arrojador como si fuese su hijo legítimo, no solo con su persona sino tambien con sus bienes, pues pasando la persona que es la principal, deben pasar los bienes como accesorios, de manera que el arrojador goza en ellos el derecho de usufructo, mientras tiene al arrojado en su poder: leyes 7 y 8, tit. 16, pag. 4.ª Como así por el Código español como por el del Distrito y California la mayoría de edad exime de la *patria potestad*, la anterior doctrina no subsiste.—No se crea por lo dicho que el adoptado ó arrojado pierde sus derechos y obligaciones respecto á sus parientes ó familia natural, pues la ficción no debe llevarse al extremo de destruir la realidad, ni por formar vínculos civiles, pueden romperse los que ha formado la naturaleza. Lo mismo declara el art. 141 del Código español en todo caso.

3.º Entre el adoptante y adoptado y arrojador y arrojado hay la obligación recíproca de darse *alimentos* en caso de que el uno los necesite y el otro se halle en estado de dárselos, pues esto es una consecuencia necesaria de las relaciones de fraternidad y filiación que se establecen entre ambos; pero esta obligación no destruye la que ya existía entre el adoptado y sus padres verdaderos, según queda dicho.—Lo mismo dice el citado art. 141.

4.º El adoptante con razón ó sin razón puede sacar de su poder al porfijado; ley 8, tit. 16, P. 4.ª; pero el arrojador no puede sacar de su poder al arrojado, sino por justa causa que pueda probar ante el juez, esto es, por hacer el arrojado tal tuerto ó tal cosa porque se ha de mover á muy grant saña el arrojador, ó por haber instituido un tercero por heredero al arrojado, bajo la condición de que el arrojador le saque de su poder; en cuyos dos casos puede sacarle de su potestad, devolviéndole los bienes con que entró en élla; ley 7, tit. 16 P. 4.ª

Impedimento matrimonial por la adopción.

Conforme al *Can. 6, Caus. 30, quas. 5, al cap. unic. ext. de cognat. leg.* y á las leyes 7 y 8, tit. 7, P. 4 por la adopción se producía impedimento dirimente para el matrimonio entre el adoptante y adoptado aunque ya estuviese disuelta la adopción, [ó arrogación]; entre el adoptado y los hijos carnales

del adoptante, mientras durara la adopción, pero no entre los hijos adoptivos de una misma persona, los cuales pueden casarse unos con otros, así en el caso de subsistir, como en el de haberse disuelto la adopción; entre el adoptado y el cónyuge su adoptante; y recíprocamente entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, disuelta ó durante la adopción; pero como á pesar del peligro y males que pueden originarse de la intimidad y consideraciones entre personas que se tratan como padres, hijos ó parientes, ni la *ley de 23 de Julio de 1859*, ni el Código civil segun queda dicho numeran la *adopción* entre los impedimentos para el matrimonio, no subsisten las espresadas prohibiciones que ella aun produce en los matrimonios católicos.

Las *leyes 5, tit. 6, lib. 3 y 1, tit. 22 lib. 4.º del Fuero Real 8 y 9, tit. 16, P. 4 y 7 tit. 20, lib. 10, Nov. Recop.* concedían al adoptado el derecho de heredar al intestado al adoptante, que moría sin descendientes ni ascendientes legítimos ó naturales, cuyo derecho no se estendía á los parientes del adoptante, no teniéndolo tampoco este para heredar *ab intestado* al adoptado; pero conforme á la citada *ley 8.ª*, no podía el arrogador desheredar sin justa causa al arrogado, y en el caso de despedirle ó desheredarle sin ella, no solo quedaba obligado á la restitución de los bienes que habia llevado; con las ganancias que despues hizo, menos el usufructo relativo al tiempo de la duracion de la patria potestad, sino que debia darle la cuarta parte de sus bienes propios, y solo la quinta por via de alimentos, en caso de que el arrogador tubiera descendientes legítimos; pero como la *ley de 10 de Agosto de 1857*, no llama á la sucesion á las personas entre quienes ha mediado adopción ó arrogacion, no subsisten las disposiciones mencionadas sobre herencia forzosa en favor de ellas.—Tampoco las reconoce el art. 141 del Código Español.

Consentimiento para la adopción y arrogación.

Conforme á las definiciones antes dadas, solo cabe la *adopción* en los hijos que no son dueños de su persona, sino que se hallen bajo la patria potestad, y la *arrogación* en toda persona árbitra de sí misma, ó que no está sujeta á la misma patria potestad. De lo que se deduce: I. que para la adopción basta el consentimiento del padre, con tal que el hijo no lo contradiga; mientras de que para la arrogación es necesario el consentimiento espreso del que va á ser arrogado, no bastando el consentimiento tácito como en la adopción; *ley 1.ª, tit. 16, P. 4.ª*, y como el *infante ó menor de siete años* carece de competente capacidad para consentir, no puede ser arrogado; *ley 4.ª tit. y P. cit.*, sin que la autoridad del tutor sea suficiente para darle á otro en arrogación, porque carece de la patria potestad.—Veáse el preinserto art. 138 del Código español.—II. Que puede darse en adopción por el padre, aun al hijo que se halla todavía en la *infancia*, esto es que no ha cumplido la dicha edad de siete años, pues diciendo la *ley 4.ª cit.* que *no puede ser prohijado el infante que no tiene padre* supone que puede serlo el que le tiene.—III. Que generalmente no pueden ser adoptados de este modo los *hijos ilegítimos* porque no estan bajo la patria potestad, y no hay por consiguiente quien pueda darlos en adopción; pero bien podrán ser prohijados por arrogación; sin embargo de lo cual debe tenerse presente el caso

de los expósitos que conforme á la *ley de 28 de Julio de 1859* pueden adoptarse.

Modo de hacerse la adopción y la arrogación.

Siendo la adopción un acto de jurisdicción voluntaria deberá hacerse ante la autoridad judicial, no *cualquiera* como escribieron D. Luis Mendez y D. Manuel Dublan en el punto cita lo, fundándose en la *ley 7, tit. 16, P. 4*, (que parece debe ser del tit. 7); sino precisamente ante el juez de 1.ª instancia ó del juez menor, si es letrado, mas no si fuere lego, porque el *art. 16, de la ley de 17 de Enero de 1853* [pag. 118 del tomo 1.º de esta obra] dice que los últimos jueces “no podrán entender en la formación de inventarios, dar tutores ó curadores á los menores ó en conceder licencias para la enagenación de sus bienes, ni conocer de alguno de aquellos negocios que *por no ser contenciosos* podian antes despachar los alcaldes, pues estos se reservan á los jueces de 1.ª instancia.... “podrán sin embargo conocer de estos asuntos, *si fueren letrados*.”—Podrán, pues presentarse ante el Juez de 1.ª instancia ó menor letrado, el que ha de adoptar, el que ha de ser adoptado y su padre legítimo, manifestando este que quiere dar en adopción su hijo, el adoptante que le recibe y el hijo que consiente en ello bastando que calle y no contradiga: el juez examinará si el adoptante tiene las circunstancias ó calidades que se necesitan para poder adoptar, segun queda dicho antes, y si la adopción podrá ser útil al adoptado, porque mejore de condición y si resultare que le es favorable, la consentirá; en cuyo caso el padre tomará de la mano al hijo y lo entregará al adoptante, quien espresará que lo recibe por su hijo adoptivo, extendiéndose en seguida la escritura pública por orden del juez para que conste el acto; *ley 7, tit. 7, P. 4, leyes 1 y 4, tit. 16, P. 4 y ley 91, tit. 18 P. 3*.—El art. 139 del Código español manda que ante el Alcalde se haga la adopción; consiguándose en escritura pública. Respecto á la arrogación, ó el que quiere ser arrogado pasé de la edad de *catorce años*, y entonces bastará la licencia del juez en los términos expuestos antes, ó el arrogado es *mayor de siete años y menor de catorce años*, pues solo en esta edad la *ley 4, tit. 16, P. 4* concede el beneficio de la arrogación, considerando al mayor de siete años capaz de entender y consentir. En este caso previene la misma ley que el que quiera arrogar y el que desea ser arrogado manifiesten ante el rey su voluntad y determinación: que el rey examinando si el arrogador reunia las calidades y circunstancias para la arrogación, si era rico ó pobre, pariente ó no del que debia ser arrogado, si tenia hijos que le heredaran ó si por razon de su edad podia todavia tenerlos, si gozaba de buena reputación, si se movia por *afección* ó por miras de interes; y entendiendo en vista de todo que la arrogación debia ser útil al que la deseaba, debia conceder su licencia y rescripto para que se efectuase; y que por esto se debia extender la escritura correspondiente ante escribano público, dando caucion el arrogador de que si el arrogado moria antes de la pubertad, entregaria todos los bienes de este á las personas con derecho á heredarlo, bien que aun cuando no diese la caucion, de todos modos debia verificar la entrega. Tales son las disposiciones de la *ley 4 citada y de la 92, tit. 18, P. 3.ª*, vigentes, excepto en la presentación y real licencia, pues como escribe el anotador de las *Ilustraciones* de D. Juan Sa