

CAPITULO X

DE LA ADOPCION

150 Caracter de la adopción en los tiempos moderno. —151 Examen de la cuestión sobre si el extranjero puede adoptar ó ser adoptado —152 Adopción del hijo natural de un extranjero —153 Efectos que se derivan de la adopción —154 Examen de la cuestión sobre si el adoptado adquiere la nacionalidad del adoptante

150 La adopción es un hecho juridico solemne mediante el cual se establece entre dos personas una relacion meramente civil, analoga a la que resulta de la paternidad y de la filiacion legítimas. Desde los tiempos mas antiguos hallamos esta institucion entre los egipcios, los griegos y los romanos (1). Estos, sobre todo, recurrieron frecuentemente a la adopción por muchas razones, siendo la principal la de perpetuar su nombre a falta de hijos y mantener el culto domestico de los *sacra privata*, y admitieron dos especies de adopción, una para las personas *alieni juris* y otra para las *sui juris*, distinguiendo las con el nombre de adopción propiamente dicha y de *anagogación* (2).

En los Estados modernos se ha modificado notablemente el caracter de esta institucion, pero es, sin embargo, conocida por la mayor parte de las legislaciones, especialmente después que Francia ha introducido la adopción propiamente dicha (1792), casi desconocida antes de la revolucion (3).

[1] Grenier *Disc. histor. sobre la adopción*

[2] Instit. *De adopcionibus* lib I tit II Dig. *De adopcionibus et emancipationibus* lib I tit VII

[3] Conf. *Nuevo Derecho* t I v.º *Adopción* § 3 n.º 1 —Decreto de 20 de Enero de 1793

Examinemos ahora cual debe ser la ley segun la que han de determinarse las condiciones, las solemnidades y los efectos juridicos de la adopcion, y si procede ella cambio de nacionalidad para el adoptado

La adopcion debe considerarse como un convenio cuya existencia procede del consentimiento de las partes interesadas y de la cual se deriva un cambio de estado Para todo lo que se refiere a la capacidad activa y pasiva del adoptante y del adoptado, debe tenerse en cuenta exclusivamente la ley de la patria de cada uno de ellos Hay, en efecto, algunos Estados que no permiten la adopcion, como por ejemplo, Inglaterra, y las posesiones regidas por el *Common Law*, los Estados Unidos de América, Holanda, el canton de Vaud (parte 1^a, cap IV, 10 y 11) Otros permiten la adopcion bajo ciertas condiciones Asi, por ejemplo, el Código italiano (art 202) permite la adopcion de las personas de ambos sexos que no tengan descendientes legitimos o legitimados, hayan cumplido 50 años y superen al menos en 18 años de edad al que intenten adoptar⁽¹⁾ El Código frances [art 343] exige que el adoptado sea mayor de edad, y que el adoptante le supere en 15 años El Código austriaco (art 173), el prusiano (art 668) y el bavaro prohiben la adopcion a aquel que ha hecho voto solemne de castidad, y el ultimo de estos

[1] He aqui el art 202 del Código Civil italiano permítese la adopcion a las personas de ambos sexos que no teniendo descendientes legitimos tienen 50 años cumplidos y superan por lo menos en 18 á los que desean adoptar

Los autores del ultimo proyecto sometido a la comision del Senado italiano habian rechazado sencillamente la adopcion pero la comision creyó conveniente conservar una institucion conocida en Italia desde la mas remota antigüedad y suprimió en el nuevo Código la adopcion remuneratoria para conservar sólo la adopcion ordinaria y hasta han facilitado esta pues segun el nuevo Código no hay necesidad de que el adoptado haya prestado algunos servicios al adoptante Por lo demás es desconocida la tutela oficiosa puede adoptarse a un menor siempre que tenga 18 años cumplidos Las formalidades de la adopcion se han abreviado mucho el contrato pasa al escribano del tribunal de apelacion y este tribunal falla sobre la conveniencia de la adopcion V Mr C Hue *Estudio de legislacion comparada* edición de 1868 t I pags 92 y 93

codigos priva a la mujer del ejercicio de este derecho (arts 10 y 11) (1)

151 Algunos escritores establecen como regla general, que el extranjero no tiene capacidad activa ni pasiva para dotar o ser dotado, porque el fin de esta institucion es el de cercar relaciones meramente civiles de paternidad y de filiacion a imitacion de la naturaleza, y aunque se le deba considerar como un privilegio procedente de la ley, no puede gozar de ella nadie mas que los ciudadanos Sostienen esta opinion muchos jurisconsultos franceses para la adopcion de los extranjeros en Francia (2), y esta sancionada por el Tribunal de Casacion de Paris(3) Las principales razones aducidas son, que siendo la institucion de la adopcion un beneficio concedido por elCodigo Civil, solo puede ser invocada por las personas que gozan de los derechos civiles, y, como el condenado a la muerte civil no puede validamente adoptar, así el extranjero que no se halle en el caso excepcional previsto en los articulos 11 y 13 del Código de Napoleón, no tiene capacidad activa ni pasiva para la adopcion Demolombe observa ademas, que, en la adopcion, el derecho de sucesion cede en beneficio del adoptado, y por mas que la ley de 14 de Julio de 1819 concede a los extranjeros la facultad de suceder en Francia, sin embargo, considerando que de la adopcion no procede solo una simple indicacion de heredero, sino una institucion enteramente especial permitida por la ley civil, no pueden participar de ella los extranjeros hasta que una concesion tacita o expresa les haya comunicado este beneficio (4)

[1] Ant de S José *códigos extranjeros*

[2] Delvincourt t I p 417 —Merlin *Quest v adopcion* —Duranton numero 267 —De Chassat num 125 —Felix num 36 —Marcadé art 346 —Dalloz *v adopcion* núm 111

[3] Casacion francesa 5 de Agosto de 1823 [Dugied Suey 1823 I 358] 7 de Junio de 1826 [Camille Sirey 1826 I 390]

[4] Demolombe l c n 48 Publicacion de las leyes núm 145

En cuanto a lo que a la cuestión general se refiere, observamos que, entre los romanos estaba con razón prohibido adoptar un extranjero ó ser adoptado por él, porque no era posible ningun parentesco civil o *agnacion* entre un ciudadano romano y un peregrino, y además, la adopción era un medio de adquirir la patria potestad, derecho exclusivo del ciudadano romano, del que no podían participar los extranjeros, y que la forma de la triple *mancipatio* y de la *cessio in jure* (1), exigida antes de Justiniano para la adopción propiamente dicha, no era permitida a los extranjeros. Estudiando las modificaciones que ha sufrido esta institución en los tiempos modernos, no hallamos razón para impedir a los extranjeros gozar de sus beneficios.

En efecto, la adopción es una relación jurídica esencialmente consensual, cuya esencia procede del concurso de dos voluntades, una de las cuales se propone asumir la cualidad de su padre, y la otra aceptar la de hijo adoptivo. Algunas leyes, como por ejemplo, el Código prusiano (art. 714), dispone formalmente que la adopción puede ser revocada con el consentimiento de las partes interesadas y con la sanción del Tribunal Superior. Nuestro Código nada dice sobre esto, y si bien puede discutirse sobre la revocabilidad de la adopción por el consentimiento de las partes, es, sin embargo, indudable que la naturaleza propia de tal institución es la de un convenio, y que no puede ser un obstáculo la diferencia de nacionalidad entre el adoptante y el adoptado.

No intentamos discutir la cuestión especial de la adopción en Francia, queremos solo hacer notar que, aunque los extranjeros no gozan allí de todos los derechos civiles como los franceses, son, sin embargo, admitidos a gozar de todos los derechos civiles que la ley no les prohí

(1) Gaius I § 14 — Ulp VIII 5 X 1 — Aulo Gellio lib V cap XIX

be, y puesto que, entre los requisitos exigidos por el Código de Napoleón para adoptar o ser adoptado, no se halla el de ser ciudadano de la misma patria, se puede sostener que el extranjero tiene en Francia la capacidad de adoptar. Esta es también la opinión de notables jurisconsultos tales como Valette, Zaccarias, Dragoumis, Demangeat (1), y entre ellos este último dice, con mucha razón, que, querer sostener hoy que no puede verificarse el contrato de adopción entre un francés y un extranjero, es una teoría en cuyo apoyo no pueden emplearse más que palabras y fórmulas vacías de sentido. Si un extranjero puede gozar de todos los efectos civiles casándose con un francés, y si las relaciones de la paternidad y de la filiación pueden derivarse del matrimonio y de la adopción, no hay razón para negar el segundo medio a los extranjeros, mientras que las leyes no lo hayan expresamente declarado (2)

De cualquier modo, si se quiere discutir en Francia la eficacia de las adopciones respecto de los extranjeros, en Italia hace imposible toda cuestión el art 3º del Código Civil, que concede al extranjero todos los derechos atribuidos a los ciudadanos. Admitimos también que, aun cuando el adoptante y el adoptado sean extranjeros y de países diferentes, no podría impedirseles el acto solemne de la

(1) Valette sobre Proudhon t I p 177—Zaccarias § 78—Demangeat *Condición civil de los extranjeros en Francia* p 361—Dragoumis *Condición del extranjero en Francia* p 97

(2) La opinión que admite que el extranjero puede en Francia adoptar y ser adoptado es seguramente la más sencilla, la más lógica y la más equitativa.

Los extranjeros gozan en Francia de los derechos civiles que no les están negados por un texto formal de la ley. La consecuencia de esta doctrina es que un extranjero puede ser parte en un contrato de adopción. ¿Que inconveniente puede por otra parte resultar de un acto de esta naturaleza sometido siempre a la homologación de los tribunales? Mr Valette recuerda que hasta hay en este sentido un precedente legislativo notable. La Constitución de 24 de Junio de 1793 dice concedía formalmente los derechos de ciudadano francés á todo extranjero que hubiese *adoptado un hijo*. (Curso de Derecho Civil en la facultad de París 1793 t I p 467) Vivimos además en un tiempo de cosmopolitismo que debe excluir todas las restricciones, todas las incapacidades y todas las exclusiones en perjuicio de los extranjeros.

adopción en Italia, siempre que sean capaces con arreglo a las leyes de su patria, y que uno de ellos esté domiciliado en el reino, a fin de establecer la competencia de nuestros magistrados. En efecto, para todo aquello que se refiere a su condición de relación consensual, puede subsistir la adopción de todos los países en que la ley reconozca esta institución. Un inglés domiciliado en Italia no podría adoptar, porque esta relación quedaría sin efecto según las leyes de su patria, pero un francés puede muy bien adoptar a un austriaco, cuando se justifica que ambos poseen las condiciones exigidas por las leyes francesa y austriaca. Respecto a la forma de la adopción, debe aplicarse el principio general, *locus regit actum*.

152 ¿Que debería decidirse en el caso en que un extranjero domiciliado en Italia quiere adoptar a un hijo natural reconocido? Con arreglo a nuestro Código Civil, la cuestión no presenta ninguna dificultad, esta resuelto textualmente por el art. 205, que prohíbe adoptar a los hijos nacidos fuera de matrimonio (1). Nuestro legislador, que permite la legitimación por subsiguiente matrimonio y por rescripto real, y que considera la adopción como un medio para crear, por una ficción, relaciones de paternidad o de filiación, prohíbe, con razón, adoptar al hijo natural, con arreglo a las palabras de Cujas « *Adoptio est actio legis qua qui filius meus non est ad vicem filii redigitur* ». Pero ante el Código francés la cuestión es de las más importantes bajo el punto de vista jurídico y social. Parecía que la jurisprudencia había declarado válida la adopción del hijo natural, porque 15 de los 19 tribunales imperiales habían consagrado esta adopción, y porque el Tribunal de Casación, al confirmar la decisión de la mayoría de los tribunales imperiales, había declarado que el Código de

(1) La cuestión sobre si puede adoptarse un hijo natural reconocido está resuelta en sentido negativo por el art. 205 del Código civil italiano según el cual los hijos nacidos fuera de matrimonio no pueden ser adoptados por sus padres.

Napoleon no se oponía a la adopción del hijo natural (1) Posteriormente, oponiéndose el mismo tribunal a su propia doctrina, declaró que estaba prohibida semejante adopción (2), y por último, ha vuelto a decretar que es permitida la adopción del hijo natural reconocido (3)

Sin detenernos a discutir la cuestión bajo el punto de vista de tal o cual ley positiva, nos contentamos con observar que, cuando existe, en el lugar en que se quiere adoptar, una ley absoluta y prohibitiva que impide la adopción del hijo natural, debe el extranjero arreglarse a ella, sea cualquiera la ley de su patria, porque esta disposición debe considerarse como establecida para proteger la moralidad pública y las buenas costumbres, y es obligatoria para los ciudadanos y los extranjeros

Discutiese también acerca de si un sacerdote extranjero puede ser padre adoptivo en Italia. El Código austriaco (art 179), el Código prusiano (art 670), y el Código bavaico (art 10), prohíben la adopción a todos aquellos que tienen hecho voto de castidad, pero en Francia se discute valiosamente la cuestión, y parece que la opinión que prevalece es, la de que el sacerdote puede ser padre adoptivo, porque en las leyes orgánicas del Concordato, y en los Cánones de la Iglesia sancionados por el legislador, no hay disposición alguna que la prohíba (4)

De cualquier modo es necesario admitir que en Italia debe permitirse la adopción al sacerdote extranjero, cuando su ley nacional no se oponga a ello, tanto más, cuanto que nuestra jurisprudencia ha decidido que no puede negarse el matrimonio civil al sacerdote católico

153 Respecto de los derechos que proceden de la paternidad y de la filiación adoptiva, y en lo tocante a las

(1) 28 de Abril de 1811 Dev 1841 I 278

(2) 16 de Marzo de 1843 Dev 1843 I 177

(3) 1 de Abril de 1846 Dev 1846 I 272

(4) Dalloz v Adopción n 99—Demolombe Tratado de la Adopción num 54 Casación francesa 26 de Nov de 1844 [Nouel] Dev 1844 I 801

relaciones jurídicas del adoptado con el adoptante y con la familia de éste, debe aplicarse la ley nacional del último, mientras que, para arreglar los derechos y las obligaciones entre el adoptado y su familia natural, debe aplicarse la ley nacional de éste. Así, por ejemplo, si un conyuge adoptase sin el consentimiento de su consorte, y si el adoptante fuese francés, podría anularse la adopción, porque el art 344 del Código de Napoleón dispone que ningún conyuge puede adoptar sin el consentimiento del otro, pero si el adoptante fuese prusiano, sería la adopción válida, porque el Código de este país dispone (art 675) que, si el marido adopta sin el consentimiento de su mujer, la adopción solo se consideraría como no existente respecto de los derechos de la mujer en la sucesión del marido, y se consideraría al adoptado con relación a aquella, como hijo de otro matrimonio (art 686). Si el adoptado fuese un italiano menor no emancipado, su padre natural conservaría la patria potestad hasta que el hijo hubiese cumplido 21 años, porque según nuestro Código, no parece que la adopción confiera al adoptante la patria potestad, y por otra parte, el art 212 establece que el adoptado conserva todos sus derechos y queda sometido a todos sus deberes hacia la familia natural.

154 Una de las cuestiones que pueden surgir relativamente a los efectos que han de derivarse de la adopción, es la de si el adoptado adquiere la nacionalidad del padre adoptivo. Esta cuestión se ha discutido muy acertadamente por Rocco, a cuya opinión nos adherimos.

En el derecho positivo no hallamos principios contrarios que eviten toda controversia, porque entre los medios de adquirir o perder la nacionalidad, ninguna legislación ha comprendido la adopción. Por una parte considerando que la adopción es una imitación de la naturaleza, y que ha sido creada por una ficción jurídica de las relaciones de paternidad y de filiación, que el hijo legítimo sigue la del

—255—

padre y adquiere por derecho de nacimiento su misma nacionalidad, que la mujer sigue la condición del marido, de tal suerte, que la ley nacional de éste es la ley bajo que vive civilmente toda la familia, que habría graves inconvenientes en que los miembros pertenecientes a una misma familia tuviesen diferentes nacionalidades, lo cual impondría en algunos casos deberes políticos opuestos y contrarios, parece que debería admitirse para que la imitación fuese completa, que la adopción trae consigo el cambio de nacionalidad del adoptado. Mas, por otra parte, considerando que, según el espíritu de las modernas legislaciones, la adquisición y la pérdida de la nacionalidad solo puede depender de la libre voluntad del individuo, por que la nacionalidad es un derecho eminentemente personal y del que sólo puede disponer la persona misma, que se confiere al hijo legítimo y a la mujer casada el beneficio de la nacionalidad paterna, por que ésta se presume elegida por la mujer y hasta por los hijos, que para los efectos civiles que de la adopción se desprenden no es necesario que el hijo adoptivo adquiriera la nacionalidad del padre ni que el cambio de nacionalidad se haga depender, *ipso jure* e *ipsoque facto*, de la adopción por todas estas razones somos de parecer que el hijo adoptivo conserva su nacionalidad de origen, mientras que no declare libremente que quiere adquirir la de su padre (1)

Rocco cree, sin embargo, que la adopción confiere un derecho imperfecto a la nacionalidad paterna, y que, para sustituir la patria adoptiva por la nativa, no son necesarias las formas ordinarias de la naturalización, sino que basta hacer la declaración delante del funcionario encargado del registro civil y trasladar al reino su domicilio. La imitación de la naturaleza, dice, sería muy imperfecta

(1) Confróntese Félix n. 4 Derecho internacional privado y la nota a de Demangeat

ta si no se facilitara la homogeneidad de la vida publica y privada (1)

(1) Rocco 1^a parte cap XVII

Es muy difícil sostener esta opinión ¿Cómo admitir por ejemplo que si la ley personal del extranjero le permite adoptar un individuo perteneciente á otra nación el adoptado francés se convierte en subdito de la nación de que lo es el adoptante extranjero? ¿Es imposible sostener que el francés que ha consentido en esta adopción haya abdicado de su patria y adquirido una nueva lo mismo que aquel que adquiere una carta de naturaleza en país extranjero? Lejos de hacer perder la patria la adopción no priva siquiera al adoptado de su familia natural. Conserva en ésta todos sus derechos hereda á sus padres no está sometido á la patria potestad del adoptante si su padre y su madre han muerto corresponde á la familia del adoptado y no al adoptante dar el consentimiento para el matrimonio el adoptado continúa sometido a la obligación de suministrar los alimentos á sus ascendientes etc etc En cuanto a la *imitación de la naturaleza* que tanto ocupa á Rocco ya sabemos que hasta los mismos romanos comerciaban con esta ficción La cuestión expuesta aqui de una manera tan precisa por Fiore está tratada en la obra de Felix anotada por M. Demangeat edición de 1866 tomo X pags 9, 98 109 y 110

(N de P I)