

¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?

CONCEPTO Y BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE ESTA INSTITUCIÓN.—LA ADOPCIÓN EN NUESTRA CODIFICACIÓN CIVIL: PROYECTOS DE 1836-1844 A 1848 (CIRILO ALVAREZ) Y 1851.

Antes de iniciar el estudio que encabeza estas líneas, hemos de advertir:

Primero: Que el epígrafe que utilizamos es acomodaticio, sin que, por lo tanto, esté en nuestro ánimo considerarlo aplicable literalmente, pues de su simple lectura se desprende que ha de referirse al supuesto de que el padre adoptante que en la escritura de adopción se comprometió a instituir heredero a su hijo adoptivo, no lo haga así por causas que se reserve, o, por el contrario, *le desherede*, valga la frase, de un modo expreso; y segundo: Que aprovechando el tema objeto de este somero estudio, queremos señalar de un modo claro el momento del entronque de esta institución en nuestro vigente Derecho, con el fin premeditado de divulgar las circunstancias que en ello concurrieron, para que el lector pueda darse cuenta perfecta de la oportunidad o no de incluirla en el Código, y especialmente el valor que el legislador le concedió al hacerlo.

De esta forma, aun a trueque de separarnos del tema que venimos a tratar, ayudamos, en la medida de nuestras fuerzas, a poner en claro una de las instituciones más ambiguas y deformadas que, por herencia de nuestros mayores y a punto de consumirse en la hoguera de los siglos, continúa en la Ley por obra y gracia de las ocurrencias de un

Vocal de la Comisión de Códigos (1). que había nacido y residía en Andalucía. Y así no es extraño que M. Scaevola (2) empiece sus comentarios sobre esta materia diciendo que "se puede comparar a un árbol corpulento y frondoso del que se hubieran ido podando ramas hasta dejar sólo el tronco." Así ha quedado la adopción en el Código, reducida a su más mínima expresión.

Tampoco puede, pues, extrañar que el Sr. Danvila, en las observaciones que hizo, como miembro de la Comisión, al proyecto de Código civil antes de su publicación, pregunte: "¿Por qué se suprime en el nuevo Código la abrogación reconocida por nuestras leyes? Sus efectos—dice—son distintos y más amplios que los de la adopción."

Esta es la situación creada con el tránsito brusco de uno a otro Derecho. El porqué de semejante transformación y el concepto que hoy lleva en el Código, juntamente con los efectos de orden práctico, así como la oportunidad o inoportunidad de semejante cambio, es lo que deseamos hacer ver en este trabajo

En Roma se legisló ampliamente sobre el particular, ya que de esa forma se encontraba un medio de evitar la extinción de una familia, contingencia muy temida por el pueblo romano.

Los germanos la desconocen (3); las Partidas la reproducen, y en los Fueros, si exceptuamos Aragón (4), no se encuentra.

No descubrimos nada nuevo si decimos que la voz griega *ecopocetabae* significa adoptar; pero si nos denota que los romanos, entre los que adquirió tan gran desarrollo y fué tan bien vista, no la crearon.

Para Arias Ramos (5), esta palabra indica, en su acepción latina, "extraño que se agrega a una familia"; queda, pues, fuera toda idea familiar que se funde en otros vínculos.

La arrogación se hacía solemnemente y con intervención de los Pontífices y Comicios; la adopción como una triple venta (6).

Y en cuanto a los efectos (seguimos a este autor) en el *jus civile*, al morir sin testamento el *de cujus* le sucedían, en primer lugar, los herederos *sui*, considerándose como tales a los que, de cualquier forma, se

(1) Véase García Goyena *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852.

(2) *Código civil comentado y concordado*. Madrid, 1903.

(3) Manresa *Comentarios al Código civil*.

(4) Costa: *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*.

(5) Arias Ramos: *Derecho Romano*. Editorial "Revista de Derecho Privado"

(6) Nótese su origen, que más adelante nos ha de justificar su carácter.

encontraban sometidos a su patria potestad, que era precisamente lo que determinaba el vínculo o unión, sin tener para nada en cuenta la sangre o proximidad parental. Por eso el hijo adoptivo era *heres suus*, mientras que el hijo natural de sangre y matrimonio, que se hubiera emancipado, no lo era (Ley de las XII Tablas).

Más tarde el Pretor se hace intérprete del común sentir, que reacciona ante estas injusticias, y va paliando poco a poco sus efectos en sucesivos edictos, encaminados a colocar la familia natural al lado de los bienes, independientemente de su situación, y así en la *bonorum possessio unde liberi*, por ejemplo, llama a todos los que el Derecho civil considera como *sui*, y además a los hijos legítimos del difunto, aunque estuvieren emancipados, excluyendo a aquellos a quienes se hubiese concedido la emancipación sin ser descendientes del *de cujus*, en cuyo caso se encontraba el hijo adoptivo que aquél hubiese emancipado con anterioridad.

El Derecho imperial continúa por el camino emprendido, extendiendo cada vez más este derecho de sucesión a la familia natural.

Es Justiniano, para el célebre romanista Sohm (1), el que incluyó nuevamente en estos derechos al hijo adoptivo, simplificando también la fórmula de la adopción, mimada por él—que consistía en un acto jurídico realizado entre los dos padres ante los Tribunales y en presencia del hijo—recogiendo una práctica muy constante y antigua—esto es interesantísimo a nuestra tesis, pues existe noticia, según Mitteis (2), citado por este autor, de que en el siglo IV ya se dió, o al menos se publicó—cuántos habría—un caso de adopción *por simple contrato escrito*.

También es Justiniano quien priva a la adopción, en determinados casos, de fundamentar la patria potestad, creando así la *adoptio minus plena*, con efectos en la sucesión *ab intestato* del padre adoptante. Para Sohm, se debió a ingerencias helénicas, si bien Mitteis, H. Peters y otros tratadistas creen tiene su origen en el Derecho clásico.

Diocleciano crea una adopción especial que puede conferirse por *rescripto del príncipe* a la madre a quien se le hayan muerto todos sus hijos. Esta forma, muchos siglos después, iba a ser reproducida como original por el proyecto de Código civil de 1836, como se verá más abajo.

Y en cuanto a los derechos hereditarios, nudo gordiano de este tra-

(1) Instituciones de Derecho Privado Romano.

(2) *Über drei neue Handschriften.*

bajo, observamos que la Novela 118 perfila ya, de un modo fijo, la sucesión legítima considerando al hijo adoptivo equiparado al hijo de sangre e incluyéndole, por lo tanto y como consecuencia de ello en el primer grupo de los llamados a esta sucesión. Y como Justiniano había extendido el derecho sucesorio en forma que el hijo adoptivo se seguía considerando cognaticio de su padre natural, resulta doblemente favorecido, ya que puede suceder a los dos. Es, pues, esta adopción la que ha pasado a nuestros textos, cuando el adoptante no tenía relación alguna de índole familiar con el adoptado y en ella se le reconocía este derecho a heredarle *ab intestato*; idea que se afirma y encuentra en todas las leyes y que constituyó una de las consecuencias más perseguidas en la vida práctica.

Y así vemos esa doctrina corriente en las Leyes 5.^a, título 6.º, libro III, y 1.^a, título 22, libro IV del Fuero Real; 8.^a y 9.^a, título 16 de la Partida IV, y 1.^a y 7.^a, título 20, libro XVI de la Nov. Recopilación; insistiendo machaconamente en que el adoptado era heredero *ab intestato* del adoptante que no tuviere descendientes (1) ni ascendientes legítimos o naturales; pero no se le concedía porción legitimaria y podía ser *preterido* en testamento.

Y en cuanto a la desheredación, en el *ius civile* les estaba prohibido hacerlo de antemano, aunque sí podían instituirlos de esa forma.

Con este concepto y bagaje pasó a nuestro Derecho histórico, y al iniciarse la codificación, en el artículo 2.266, sección 2.^a, capítulo IV, libro IV del Proyecto de Código civil de 1836, que es una refundición del malogrado del Sr. Cambronero, se determina el derecho a percibir alimentos de los bienes hereditarios, entre otros, a los hijos legitimados por real gracia o adoptivos; y líneas después, en el 2.267, se dispone que estas personas no podrán pedir alimentos "cuando sucedan *ab intestato* o reciban una porción legítima conforme a lo dispuesto en los artículos 2.263 y 2.264", entre los cuales, desde luego, no se encuentran los adoptivos.

Respecto a la desheredación, que epigrafía como *exheredación* en la sección 4.^a, señala el art. 2.320 "que la Ley permite al testador dexeredar a las personas que tienen derecho a percibir una porción legítima o cuota hereditaria.

(1) En 1915 se dictó una sentencia que recogía este mismo concepto Véase ampliamente comentada en "Revista de Legislación y Jurisprudencia", año 1916, tomo 128, en un documentado artículo del Sr. Castán.

Como el hijo adoptivo no es legitimario, no le comprende; pero, en cambio, el art. 2.322, al señalar los hechos que pueden motivar esta desheredación, determina en su número 1.º: "El haber atentado de cualquier modo contra la vida del textador." "En este caso—dice—se puede privar al desheredado hasta de los alimentos, que se le deben con arreglo a lo dispuesto en el art. 2.266"; lo que nos hace ver en el proyecto un caso de desheredación del hijo adoptivo, ya que, según él, tiene derecho a alimentos.

El título XI de ese mismo proyecto, libro I, está dedicado a la institución que venimos estudiando. En el capítulo I, art. 370, se define la adopción diciendo que "es un acto solemne en virtud del cual se recibe por uno como hijo propio al que naturalmente lo es de otro".

Por lo curiosas, así como desconocidas, que son las circunstancias que exige, las transcribimos a continuación; éstas son:

1.ª Que el adoptante sea mayor de cincuenta años y tenga dieciocho más que el adoptado.

2.ª Que cuando se verifique la adopción no tenga el adoptante hijos legítimos, legitimados o naturales solemnemente reconocidos, ni descendientes legítimos o legitimados de cualquiera de aquéllos.

3.ª Que si fuese casado el adoptante, consienta expresamente en la adopción su mujer, y que ésta sea mayor de cuarenta años.

Por parte del adoptado se exige:

1.º La edad de dieciocho años cumplidos (art. 372), en el caso de no tener padres, ni ascendientes, ni hermanos mayores de veinticinco años; y en el de tenerlos, que haya sido abandonado por todos ellos en los términos que declara el art. 125 (1).

2.º Que los mayores de dieciocho años que se hallen en el caso prevenido en el número anterior, presten para este acto su *expreso* consentimiento. (Nótese, una vez más, su fondo contractual)

3.º Que el adoptado sea mayor de siete años, en el caso de tener padres legítimos o ascendientes o hermanos mayores de veinticinco años, y que éstos den su consentimiento o consejo hasta la edad y por

(1) Este artículo hace relación a los hijos descendientes o hermanos que hayan sido abandonados por sus padres, ascendientes o hermanos, en virtud de lo cual les exige de la obligación de pedirles el consentimiento para el matrimonio.

El artículo siguiente define el abandono diciendo que es el descuido de su educación y alimentos

el orden que para poder contraer matrimonio se establece en el artículo 115 y siguientes (1).

4.º Que no haya sido adoptado anteriormente por otra persona, o que, en el caso de haberlo sido, hubiera cesado la adopción o declarado nula.

Entre las prohibiciones señala la de la mujer, a no ser mayor de cuarenta y cinco años y en unión de su marido, o que hubiere perdido un hijo en defensa del Estado, en este último caso siendo viuda y sin hijos propios (2). La de los tutores y curadores

Como formalidades ordena la comparecencia ante el Juez del domicilio del adoptado, donde se prestará el consentimiento y justificarán los demás requisitos que determina, o en su caso se fundamentará y justificará la negativa. Probando al mismo tiempo la capacidad para estos actos

Si se negare el consentimiento a los mayores de dieciocho años, habían de ser manifestados los motivos por escrito, y acerca de ellos decidiría el Juez, con audiencia del Promotor fiscal, admitiéndose contra el auto el recurso de apelación.

Si la adopción se verifica, se daría cuenta de ello, dentro del término de cuarenta días, al Ayuntamiento del domicilio del adoptante, a fin de que se tomara razón de la misma en el padrón de nacidos.

Contra la adopción así realizada, únicamente pueden reclamar los herederos del adoptante y del adoptado.

Como efectos, señala los ya conocidos de alimentos recíprocos, patria potestad, etc. pero hay un artículo, el 382, que merece estudio: dice así: "El hijo adoptivo no transmite a sus descendientes y herederos los derechos que tiene respecto a su padre adoptante, *sino en el caso de haber éste muerto antes que aquél.*" Obsérvese, pues, cómo hace un entronque similar al de la familia natural, con la excepción del derecho de representación, que es precisamente lo que prohíbe. Es decir, justifica, una vez más, la propiedad en los bienes heredados.

En el art. 383 se determina: "Los derechos del padre y del hijo adoptivo a sus respectivas herencias se fijan en los títulos de las sucesiones testamentarias e intestadas." Y termina el título dedicado a esta materia.

(1) Se refiere a los menores de veinticinco años, por cierto que en el art. 121 hace extensiva esta obligación al hijo adoptivo

(2) Véanse líneas antes la adopción especial creada por Diocleciano

Y, efectivamente, en el art. 2.211 del capítulo II, libro IV, titulado *Sucesiones*, se dispone en su número 7.º, después de los descendientes, ascendientes, hermanos, etc., y, por lo que a la sucesión se refiere, "hijos adoptivos a los cuales sucederán por el mismo orden sus padres"; esto, naturalmente, por lo que afecta a la sucesión intestada. El número siguiente llama a los naturales.

Y el art. 2.213 manda que todos los que se hallen en el mismo grado del orden de preferencia, hereden igual parte.

Para la preferencia (art. 2.214) se atiende a la proximidad de grado entre los de la misma clase.

En noviembre de 1844, D. Cirilo Alvarez, por encargo de la Comisión de Códigos, redactó un proyecto de Código civil. En el título V, libro I, trata de la adopción, materia que desenvuelve en los arts. 210 a 224. En ellos vemos esta institución ya casi perfectamente delimitada en el sentido que hoy la conocemos (en cuanto a capacidad, exige la edad de cuarenta y cinco años en el adoptante); tan es así, que nos parece estar leyendo el título correspondiente de nuestro vigente Código.

Hay algunas particularidades, como, por ejemplo, la de exigir solamente la diferencia de diez años entre adoptante y adoptado, en vez de quince, siempre que concorra alguna de estas circunstancias: "que el pretendido adoptado haya salvado la vida a su futuro adoptante en combate, incendio o naufragio".

Se exigía también el consentimiento del menor adoptado al llegar éste a la mayor edad, y si se tratase de un niño sin nombre ni familia, debería éste, aun siendo menor, dar su consentimiento, así como también las personas que le prestasen socorros, si vivía en su compañía.

Existía una prohibición expresa que no ha pasado a nosotros, y era la de que los imbeciles e incapacitados mentalmente no podían ser adoptados (art. 220).

Y en cuanto al problema que hoy nos ocupa, reproduciremos sus artículos: el 222 "El adoptante adquiere sobre el adoptado la patria potestad, con todos los derechos inherentes a ella"; y el 223 "El adoptado lleva el apellido del que le adopte y *sucede en sus bienes a éste*, aunque con posterioridad a la adopción le hayan nacido hijos legítimos; pero no podrá usar los títulos de la familia del adoptante."

En el art. 224 se determina, a este respecto, que "el adoptado no pierde los derechos que le correspondan en su familia natural, salvo

las modificaciones *que se acuerden* (1) *en cuanto a los derechos hereditarios*".

Este Proyecto sirvió de discusión al del 51, en el que en la copia original de su libro I, título V, se regula la adopción, que ocupa todo el título (arts. 144 a 158).

Sus cinco primeros artículos no difieren del anterior (2); únicamente, al decir el art. 148 "los cónyuges *conjuntamente* pueden adoptar", está tachado con trazo grueso la palabra *conjuntamente* e intercalada entre el texto del artículo después de la de adoptar, de forma que el párrafo queda, en esa parte, redactado así: "*Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente* .", que, como observará el lector, coincide con el núm. 4.º del art. 1.174 del Código civil vigente. En el artículo siguiente se ofrece una notable novedad, y es que al señalar los requisitos precisos para la adopción, determina, entre otros, que el demente, para ser adoptado, *necesita el consentimiento de su curador*, prueba de que no se le impide ser adoptado, con lo que varía en este particular, también, del Proyecto de D. Cirilo Alvarez.

Para realizar ésta, fija un procedimiento muy curioso, entre cuyas prácticas está la de comparecer ante el Alcalde del pueblo.

Por lo que a nuestra materia se refiere, determina exactamente igual que el proyecto anterior, aclarando en su art. 156 "que el adoptante y el adoptado adquieren el derecho de heredarse *ab intestato* conforme a las reglas establecidas en el título de las herencias" ..

Y en cuanto a la desheredación, en este Proyecto se dice ser sólo posible respecto a los herederos forzosos. Si bien en el art. 64, capítulo VIII, sección 1.ª del libro III, *De testamentos*, dice al final, textualmente: "Los hijos adoptivos y los legítimos reconocidos podrán ser desheredados por las mismas causas."

No son de extrañar estas coincidencias, ya que, como antes advertimos, esta parte fué tomada literalmente del Proyecto de D. Cirilo Alvarez y presentada a discusión de la Comisión, por su Ponente en 1847.

La Ponencia no debió ser del agrado de la Sección, por lo que vemos que más tarde se le encargó al Sr. García Goyena otra sobre el mismo título, que efectivamente presentó a discusión. En ella, y al hablar de

(1) Véase cómo se va perfilando el concepto que hoy tiene en nuestro Derecho.

(2) No nos referimos en este momento al proyecto del 51 que se vulgarizó después, sino a su formación y estudio, tal como iba saliendo de las sesiones

las causas de desheredación, ya no nombra a los hijos adoptivos, sino que se refiere a los "hijos y descendientes, padres y ascendientes".

Tampoco señala a los adoptivos como herederos *ab intestato* (1).

Este Proyecto lo hizo Goyena modificando el anterior, al recoger las enmiendas presentadas por los Vocales durante las innumerables sesiones dedicadas a su estudio.

En el año 1849 se forma un nuevo proyecto, que fué titulado: "Primera revisión del Código civil, por la Sección del mismo."

En el art. 148 de este proyecto se dispone: "El adoptante y el adoptado adquieren el derecho a heredarse *ab intestato* conforme a las reglas establecidas en el " Queda lo siguiente en blanco, y al margen hay una nota que dice: "Téngase presente si se ha de conservar este artículo y si se *han de poner algunos relativos a él* en el título de herencias."

Pero el art. 765 de este Proyecto, que es al que podía hacer referencia, sólo dice: "Repudiando el pariente si es solo, o todos los parientes más próximos llamados por la Ley, heredarán los de grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante."

Y en cuanto al orden de suceder, lo limita en el décimo grado, y faltando a la congruencia, a pesar de lo establecido en el art. 148, no llama a los adoptivos.

Henos aquí, pues, en el punto neurálgico del problema, ya que, a partir de este momento, la adopción toma en nuestro Derecho un significado completamente distinto al de su concepto consustancial e histórico.

¿Por qué se realizó este cambio? ¿Qué circunstancias intervinieron en ello, máxime teniendo en cuenta que el Derecho extranjero (2), tan fielmente seguido por el legislador, o la había suprimido en aquellos momentos, o la admitió con todas sus consecuencias?

No nos queda otro remedio que dejar desbordar la fantasía ante la falta de textos y datos en qué fundarnos.

Hay dos hipótesis con visos de posibilidad ante estos hechos:

Una, que hubiese surgido seria oposición, en el seno de la Sección del Código civil, ante esta figura jurídica, y que, venciendo sus destructores, lograran, si no suprimirla, sí *mutilarla*.

(1) Sesión de la Comisión de Códigos de 26 de febrero de 1850

(2) Códigos prusiano, francés, belga, austriaco, guatemalteco, etc

Datos en que la fundamos: los dos Proyectos contradictorios que hay sobre los libros I y III, donde se estudia y complementa, y, sobre todo, los comentarios del Sr. García Goyena el Proyecto Oficial del año 1851. Señalando, incluso dentro del campo problemático de esta primera hipótesis, a este Vocal como su más significado detractor.

La otra, que fuere un olvido. Nos da pie para hacerla la consideración y meditación de la nota marginal, antes transcrita, al artículo 148 del primer original.

Esto es, que los redactores se olvidaran de colocar en el título correspondiente de herencias aquel artículo que el revisor propuso, y ante este hecho, el temor a romper la sistemática del Código, se dejara en esa forma para un futuro retoque. Este llegó, y en vez de añadir el artículo pedido, se suprime el otro.

Abogan en pro de esta hipótesis la consideración de que el Proyecto de 1851, definitivamente redactado por la Comisión y que se conoce realmente como tal, en los pocos artículos que dedica a la materia cambia por completo su sentido: así el art. 141, que sustituye al 148 citado, determina: "El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos, pero no adquieren derecho alguno a heredarse sin testamento: el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural." Ahora bien, y con ello exponemos los temores que ante esta segunda hipótesis, y por lo que a su posibilidad se refiere, nos asaltan: si cada Vocal hizo cuantas observaciones creyó oportunas, y a la vista de los diversos proyectos que se presentaron, sobre todos y cada uno de los libros, hubo muchas sesiones, innumerables, donde se estudiaron, discutieron y pusieron en claro los diferentes problemas que de antemano se iban planteando los Vocales: si todo el Proyecto, como consecuencia de ello, está presidido de un criterio uniforme y armónico y se realizaron varias revisiones, como lo prueba el que éstas vayan numeradas, ¿cómo pasó ese olvido?

Nosotros, puestos en trance de dar opinión y teniendo que optar forzosamente, nos inclinamos a la primera hipótesis e insistimos en que, a nuestro juicio, la institución fué mutilada por creer que su objeto había concluido (1) y no considerarla necesaria un grupo, tal vez el más selecto, de Vocales de la Comisión.

Poco más podemos decir de su historia.

(1) Véanse los derechos que el Proyecto concede a los hijos naturales

En la información pública suscitada a propósito de este Proyecto, es únicamente la Universidad de Salamanca la que hace alguna alusión a esta institución. Y así el informe que emite, en cumplimiento de la Real Orden de 12 de junio de 1851, dice a este respecto:

"Es cuestionable si debieran o no abolirse las adopciones. La opinión no las favorece mucho. La Comisión las respeta por una justa consideración a los sabios autores del Proyecto."

Con esto se nos muestra claramente el estado de nuestra ciencia del Derecho privado, tan romanista entonces, y a pesar de ello en contra de una de las instituciones más mimadas por este Derecho. No nos extrañará, por ello, la pugna que en torno a su inclusión en el Código de 1851 fué suscitada; los proyectos contradictorios que sobre la materia surgieron y, por fin, su exclusión casi completa del mismo.

Otras objeciones de menos importancia hace sobre el particular el Claustro de Salamanca, a más de indicar, y con esto vemos una vez más el concepto de la ciencia de aquella época, que sería muy oportuno declarar aquí (se refiere al art. 141, que señalaba los efectos de la adopción) que el hijo adoptivo es posterior en el derecho de alimentos a los hijos naturales de todas clases y a los ascendientes del adoptante en la misma forma, y viceversa.

Por lo que se refiere a la extinción de sus efectos, le parece más oportuno que éstos tengan término por la supervivencia de hijos legítimos, creyendo que esto es más conforme al espíritu del artículo 134 del Proyecto.

Y no cabe la menor duda de que, si así se hubiera hecho, teniendo en cuenta el concepto nuevo de la materia que este informe demuestra, la cuestión hubiese sido distinta; pues aunque del significado que la adopción tenía y lo que representaba en el campo romano y en su nacimiento y esplendor, no le quedase más que el nombre, su regulación dentro del terreno de la contratación así la considera.

Para convencernos de este aserto no tenemos más que leer la adición que propone al art. 138, al decir "el menor y el demente pueden impugnar la adopción al salir del estado que hizo, respectivamente, necesaria la intervención de sus representantes en la misma".

Es decir, algo así como lo dispuesto por el art. 1.301 en su último párrafo, en relación con el 1.300 de nuestro vigente Código civil, aclarado, entre otras, por la sentencia de 31 de mayo de 1912, por lo que

se refiere a la acción de nulidad que esas disposiciones conceden a los menores para pedir la de los contratos celebrados a su nombre.

El Código de 1889 recoge esta institución, y aunque tiene la virtud, según el Sr. Castán (1), de unificar las distintas especies y asimilar la que haga la mujer a la hecha por el varón, dando libertad a aquélla para esto, los inconvenientes al regularla en la forma que lo hace exceden a sus ventajas; pues, a más de los corrientes, que no ha habido autor (2) que no haya señalado, especialmente por lo que se refiere a los casi solos efectos en orden al padre adoptante, para nosotros tiene el enorme de haberla incluido en su articulado, y hecho esto, el confusionismo que tanto en la doctrina como en la práctica ocasiona con su desgraciado artículo 177; donde, ante la fría realidad de los hechos, no caben artilugios ni componendas como la que en sus considerandos, inaceptables de todo punto, hace la sentencia de 19 de abril de 1915, tan conocida, dictada a consecuencia de litigio planteado por la interpretación de una escritura de adopción en la que los padres se comprometían a instituir heredera en su testamento a la adoptada, en la porción que a favor de los hijos legítimos establecieron las leyes, sentando esta peregrina doctrina: "Que la jurisprudencia contemporánea es intérprete dedicado a suplir omisiones involuntarias de algún concepto dado, en que los redactores de preceptos legales hubieren podido o puedan incurrir..."; lo que significa que los Magistrados, al ver el contrasentido del Código en esta parte, lo interpretan a su manera, y esta manera es conforme al Derecho histórico; en un todo contrario al Derecho vigente, donde, en su elaboración y por lo que a esta materia toca, no hubo olvidos ni omisiones involuntarias, como hemos demostrado hasta la saciedad, sino cambio completo en el concepto de la institución.

Por eso no podemos admitir, en buena regla, que, excediéndose en su papel, digan estos mismos jueces "que la exclusión de la herencia a la adoptada significa olvidar el concepto jurídico de la adopción y separarse de las reglas del Derecho general de sucesión, restringiendo, en contra del orden moral y público de nuestro país, los efectos de la misma en contra de nuestra vieja legislación y del mismo Derecho extranjero". "Quieren—continúan—salvar el concepto fundamental de esta institución", y no sólo eso, sino que incluso suplen las reglas en

(1) Lugar citado.

(2) Comas, M. Scaveola, Manresa, Valverde, De Diego, Castán, etc.

materia de sucesiones, opinando que "estas personas deben ocupar en la sucesión un lugar adecuado a su especial condición".

Y si esto es así, y la interpretación estuviese ajustada a la Ley, ¿por qué se suprime de nuestro Derecho y se borra del Proyecto que sirvió de base al de 1851? ¿No tenían nuestros legisladores a mano el Derecho histórico?

Pero es más: esos mismos argumentos, ¿por qué no se emplean para defender como obligatoria en los testamentos la institución de heredero, o la validez del testamento mancomunado, o el hecho por comisario, pongo por caso, y la de tantas y tantas instituciones jurídicas de nuestro antiguo Derecho que el Código civil vigente suprime o transforma? Y, sin embargo, parecerá absurdo a cualquiera defender semejante pretensión

Ahora bien: para nosotros, y en la misma sentencia hay materia en que fundarnos, pues llama a esta figura *convención bilateral concertada entre el adoptante y el adoptado*, el Código suprime de propósito—ya lo hemos visto—los efectos históricos de esta institución, dejándola reducida a un puro contrato, no nos atrevemos a decir de beneficencia, como lo llama un autor, porque en la adopción que regula hay, por ambas partes, cargas y obligaciones (1) que exceden a esta causa.

Y en ese sentido es considerada por la mayor parte de nuestros civilistas. Así, el Sr. Castán, en el lugar citado, considera que se le da por el Código "un puro carácter contractual opuesto al de institución del Derecho de familia que ha tenido siempre, y se altera el tradicional principio español prohibitivo de los pactos sucesorios"

M. Scaevola (2), al preguntar: "¿Qué es la adopción?", contesta que la sola lectura del art. 178 del Código, donde se habla del consentimiento del adoptado o de las personas que suplan su incapacidad legal, basta para convencerse de que es un contrato.

"En efecto—dice—, hallamos la causa, la voluntad manifiesta, en el consentimiento y lo que pudiéramos llamar contenido, o sean las recíprocas obligaciones y derechos de adoptante y adoptado. Es decir—continúa—, concurren los tres requisitos esenciales en todo contrato, según el art. 1.261: consentimiento, objeto y causa, o sea—ter-

(1) Todavía es objeto de gran discusión el problema de si la patria potestad es un derecho o un deber.

(2) Obra citada.

mina—el sentimiento de liberalidad del bienhechor, para usar de las mismas palabras que emplea el Código civil.”

Esos requisitos del art. 178, así como el derecho a impugnarlo dentro de los cuatro años de la mayor edad o desaparición de la incapacidad que determina el art. 180, bien a las claras nos descubren su fondo contractual que para nosotros tiene desde su mismo origen; pues en Roma, como el padre era dueño de su hijo, al dar el consentimiento, lo cedía. Con ello se establecía una relación jurídica de tipo contractual entre el padre natural, firmante, y el padre adoptante.

El mismo art. 177, en su tercer párrafo, lo proclama cuando dice, refiriéndose al pacto sucesorio que haya sido incluido en la escritura, “esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante”.

J. ROBLES FONSECA,

Secretario auxiliar de la Comisión General de Codificación
Del Cuerpo Técnico del Ministerio de la Gobernación.

(Continuará en el próximo número.)