

II. Jurisprudencia comentada

Reflexiones ante un supuesto concreto de adopción (comentarios a las Sentencias del del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y de 28 de mayo de 1973)

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. UN SUPUESTO DE HECHO DETERMINANTE DE ADOPCIÓN: 1. *Antecedentes*: A) Hechos probados. B) Puntos controvertidos. C) Demanda. D) Ministerio Fiscal. E) Recibimiento a prueba. F) Sentencia del Juzgado. 2. *Sentencia de la Audiencia Territorial*. 3. *Recursos de casación*: a) Por quebrantamiento de forma. b) Por infracción de ley: recurso de la Diputación Provincial; recurso de los padres adoptantes. 4. *Sentencias del Tribunal Supremo*: A) Sentencia de 22 de junio de 1972. B) Sentencia de 28 de mayo de 1973.—III. RECAPITULACIÓN: 1. *Los hechos probados*. 2. *La doctrina sentada en la decisión del Tribunal Supremo*.—IV. NOTAS PARA UNA DIMENSIÓN ESTRUCTURAL DE LA ADOPCIÓN: 1. *Introducción general*. 2. *Naturaleza de la adopción*. 3. *El perfil estructural y sus presupuestos*: A) Presupuestos subjetivos: a) Los padres naturales. b) El menor (adoptando). c) Los padres adoptantes. d) Los intermediarios. B) Presupuestos objetivos: a) El hecho de la exposición o abandono. b) Los criterios básicos determinantes de la adopción. c) La entrega del menor adoptando. C) Presupuestos formales: a) La ausencia de formalidades. b) Los mecanismos habituales.—*Recapitulación parcial*.—V. NOTAS PARA UNA DIMENSIÓN FUNCIONAL DE LA ADOPCIÓN: 1. *Introducción general*. 2. *Naturaleza*. 3. *Presupuestos de la adopción desde el perfil funcional*: A) Presupuestos subjetivos: a) El juego de consentimientos. b) Las declaraciones de voluntad. c) Otras audiencias. B) Presupuestos objetivos: a) La situación de abandono. b) La conveniencia del adoptando. C) Presupuestos formales: a) La tramitación del expediente inicial. b) La intervención judicial: 1. Criterio histórico. 2. Criterios doctrinales: a') Civilistas. b') Procesalistas. 3. Mi posición. c) La escritura pública: 1. Criterio histórico. 2. Criterios doctrinales. 3. Mi posición. d) La inscripción en el Registro Civil. D) Extinción de la adopción: 1. Consideración general previa: los supuestos de ineficacia. 2. La extinción especial a petición de los padres naturales del adoptado. 3. Los efectos de la extinción de la adopción.—*Recapitulación*.—VI. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Básicamente dedicado a poner al día mis comentarios a las sentencias emanadas del Tribunal Supremo en materia de Derecho de familia, *la existencia de este supuesto de hecho concreto, que originó una adopción y que determinó las dos Sentencias de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973*, me ha preocupado profundamente y *ha motivado estas reflexiones meditadas* desde la distancia en el tiempo y en el espacio.

Buena parte de estas reflexiones van a consistir en la exposición detallada del *supuesto de hecho subyacente* en este pleito. Supuesto de hecho que, curiosamente, ha preocupado, al parecer, muy poco a casi todos los anotadores o comentaristas de sentencias en las revistas patrias (1).

He elegido después, *previa* la presentación de los hechos y de la decisión del Alto Tribunal, una serie de puntos que habitualmente no son tomados en consideración por la doctrina patria, que suele concentrar todos sus esfuerzos en el análisis de *la dimensión normativa* en tema de adopción (2).

He llamado la atención en otros lugares —los lectores de esta *Revista* ya conocen mi método de trabajo— sobre la importancia de la *dimensión sociológica*, máxime en estas materias de Derecho de familia tan candentes y trascendentes socialmente.

En rigor —dejando aparte las estimables aportaciones emanadas de «los Tribunales Tutelares de Menores», la «Obra de Protección de Menores» (3) y de la «Asociación de Protección a la Adopción»—, en España existen escasas aportaciones en torno a los *aspectos sociológicos* de la adopción, a diferencia de lo que ocurre en otros países (4).

Va a ayudar un tanto a estas reflexiones la conveniente *distinción entre el perfil estructural* (o estático) y *el perfil funcional* (dinámico) del tema, con las consiguientes connotaciones de todo tipo en su caso.

Además, la *incidencia notarial* de la cuestión hace que no pueda ni deba despachar someramente el tema con remisiones a otros autores.

Habrás así una serie de *puntos de reflexión*, inhabituales quizá, pero merecedores de una atención hasta hoy escasa.

II. UN SUPUESTO DE HECHO DETERMINANTE DE ADOPCION

Paso aquí, sin mayores dilaciones, al estudio y análisis del supuesto de hecho que motiva las dos Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio

(1) Me pregunto si la razón será que la sentencia —doble sentencia— ocupa más de un centenar de páginas, comprensivas de los tres recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo. La única excepción, notable, es la del Notario F. CASTRO LUCINI: «Comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973», en *A. D. C.*, octubre-diciembre 1973, páginas 1218 y ss.

(2) Dada la abundancia de interpretaciones doctrinales en esta materia, y por la reflexión *centrada únicamente* en este concreto supuesto de hecho, la referencia bibliográfica se limita a una *selección muy personal* de los autores que juzgo de interés en este lugar, y en forma *cronológica* a contar desde el año 1970.

(3) ¿Qué acerca de la *adaptación* de este organismo a la Constitución de 1978? Véase *La Obra de Protección de Menores*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, págs. 23 y ss., y allí el trabajo de E. MIRET MAGDALENA, págs. 29 y ss.

(4) Así, en Francia, con notables investigaciones sobre el tema.

1. Ver C. LAUNAY y M. SOULE: *L'adoption, ses données psychologiques et sociales*, París, 1954.

2. Puede también verse la muy interesante obra de M. P. MARMIER: *Sociologie de l'adoption (Étude de sociologie juridique)*, ed. L. G. L. D., núm. 100, París, 1969.

Entre nosotros, véase la notable excepción de CASTRO LUCINI, *op. cit.*, *R. C. D. I.*, 1971, páginas 830-848.

de 1972 y de 28 de mayo de 1973. Lo hago en la forma habitual en esta *Revista* y con mi especial método y sistema.

1. ANTECEDENTES

A) Fueron hechos declarados probados en el presente litigio:

1) Don A. (de veintiocho años) prestaba servicios personales a una familia de elevada posición, y mantenía relaciones amorosas con doña B. (de treinta y ocho años), hija de la casa. A consecuencia de tales relaciones, doña B. quedó encinta en septiembre de 1965. Ambos tenían el propósito de continuar sus relaciones y de contraer matrimonio, una vez cesada la oposición de la familia de doña B.

2) Comunicados al padre y hermano de doña B. los hechos de las relaciones, el embarazo y el propósito de matrimonio, por la familia de doña B. se procuró por todos los medios cortar dichas relaciones y encontrar una fórmula para que la criatura que había de nacer quedara en algún establecimiento y posteriormente fuera adoptada. La familia de doña B. se puso en contacto con una señora especializada en estos temas, a la que nombraré como doña C.

3) Próximo el alumbramiento e ingresada doña B. en la clínica privada del doctor D., se le aplicó el procedimiento de adormecimiento-inconsciencia, dando a luz una niña el 2 de mayo de 1966. Doña B. no recordaba nada de lo sucedido en la tarde y noche de dicho día, pero fue informada por doña C. de que había tenido una niña.

4) El médico que la asistió había declarado (prueba pericial) que «su impresión en todo momento fue que el propósito de doña B. era el de no hacerse cargo de la criatura y entregarla de modo definitivo; que se encontraba en condiciones físicas y mentales para adoptar cualquier decisión, y que si preguntó por su hija no fue para reclamarla, sino únicamente para informarse adónde había sido llevada y cuál podía ser el futuro de la niña».

5) La niña fue ingresada en la «Casa de Maternidad» (5) de la correspondiente Diputación Provincial. Con fecha 6 de mayo de 1966, la niña expósita fue confiada para su acogimiento —y posterior adopción— al matrimonio don T. y doña N.

6) La niña fue inscrita en el Registro Civil el 10 de mayo de 1966, con dos apellidos de uso corriente en la localidad.

7) Don A. y doña B. contrajeron matrimonio el 2 de marzo de 1967.

8) Por la Administración Provincial se inicia con fecha 4 de febrero de 1967 el expediente de adopción menos plena. El Juzgado de Primera Instancia dictó Auto el 8 de marzo de 1967, en el que, previo informe del Ministerio Fiscal, aprobó la adopción menos plena de la niña.

9) Con fecha 15 de marzo de 1967 se otorgó la escritura pública de adopción menos plena de la niña.

10) Por el ya matrimonio don A. y doña B., fracasadas todas las gestiones para recuperar a su hija, se entabla querella criminal contra la caritativa señora doña C, contra el Administrador de la Casa de Maternidad y contra las personas que retuviesen a la hija de los querellantes en

(5) Cabría preguntar por qué medios o conductos, en base a qué títulos, etc. Pero esto forma parte de la trama novelesca o 'infraestructura' sociológica de esta adopción, y de otras mil como ella. Preguntas sin respuesta.

contra del consentimiento de éstos. Querella que originó el sumario número 189 de 1967, en el que quedaron probados los hechos de: la identificación de la hija de los demandantes, inscrita en el Registro Civil el 10 de mayo de 1966; la adopción menos plena por don T. y doña N., y el expediente previo tramitado por la Administración Provincial. Dicho sumario concluyó, al parecer, por sobreseimiento.

11) Identificada la niña, fue reconocida como hija natural por don A. y doña B., en sendos testamentos de 4 de octubre de 1968, de los que se practicó la oportuna anotación marginal en el acta de nacimiento, quedando así la menor legitimada por subsiguiente matrimonio.

12) Se formuló por don A. y doña B. la correspondiente *reclamación* previa al ejercicio de las acciones civiles ante la Diputación Provincial.

B) Había una serie de *cuestiones y puntos dudosos o controvertidos* en este litigio. Así, por parte de los demandantes (don A. y doña B.) se alegaba: 1) la oposición constante de la familia de ella al matrimonio; 2) los procedimientos de la familia de ella para que no conociera a la niña y para su adopción; 3) que *doña B. se había negado sistemáticamente en todo momento a firmar un escrito de renuncia a los derechos sobre su hija*, que repetidamente le había sido presentado por la caritativa doña C. (6); 4) que desde el día siguiente al del alumbramiento, la demandante doña B. pidió a unos y a otros la entrega de su hija; 5) que una vez casados los demandantes, al finalizar la ceremonia religiosa se trasladaron a la Casa de Maternidad Provincial (7), donde el Administrador les manifestó que «pronto tendrían a la niña» (*sic*) (8); 6) que en el expediente de adopción se habían omitido toda una serie de requisitos —tales como la falta de audiencia de los padres naturales, falta de comparecencia de un representante legal de la adoptada (Administrador de la Casa de Maternidad o su representante) y falta de pacto de derechos sucesorios—; 7) que *se ejercita*, en primer lugar, la acción de nulidad por imposición legal, ya que la acción de rescisión es subsidiaria y no puede ejercitarse sino cuando el perjudicado carece de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

Por parte de los demandados don T. y doña N. se alegaba: 1) que niegan que la niña adoptada naciera de doña B., así como que fuera fruto de las relaciones con don A.; 2) que el matrimonio demandado había sollicitado de la Casa de Maternidad Provincial la adopción menos plena de una niña recién nacida, cuya niña les fue entregada el día 6 de mayo de 1966, «venida al mundo, según se les dijo, el día 2 del propio mes» (*sic*); 3) que tras la correspondiente tramitación, la niña fue adoptada, provocando en el Registro la inscripción marginal oportuna; 4) que para tal inscripción, la adopción realizada había pasado el quintuple tamiz que supone el expediente de adopción; 5) que cabía decir, sin temor a equivocación alguna, que «si doña B. tuvo una niña y la abandonó o expuso, lo hizo de manera total y absolutamente culpable, y si tal criatura era hija de ella y don A., la culpabilidad alcanzaría a ambos» (*sic*), ya que dada su elevada

(6) Considérese este hecho, fundamental en el caso de autos.

(7) Recuérdese el juego de fechas: expediente iniciado el 4-2-67, matrimonio contraído el 2-3-67, auto aprobatorio el 8-3-67 y escritura otorgada el 15-3-67. Una velocidad tan admirable como sorprendente.

(8) Dicho funcionario al parecer les ocultó cuidadosamente la tramitación del expediente de adopción, por lo que se desprende de los propios autos.

posición social pudo ingresar en una clínica «de más categoría» y había podido casarse antes del parto; 6) que el *otorgamiento de testamentos* reconociendo como hija natural a la adoptada por los demandados «se había hecho sin que ninguno de ellos o ambos acreditaran ser los progenitores, y además, sin obtener decisión judicial alguna y sin contar con el matrimonio demandado ni con la Casa de Maternidad» (sic) (9).

Por parte de la *Diputación Provincial demandada* se hacían una serie de alegaciones: 1) una exposición de los hechos determinantes del expediente de adopción, a partir de la fecha de la exposición (6 de mayo de 1966); 2) que el expediente de adopción se había iniciado un mes antes casi que don A. y doña B. contrajeran matrimonio; 3) que los testamentos de don A. y doña B. se otorgaron un año y siete meses después de contraído el matrimonio y de formalizarse la escritura de adopción; 4) que la Administración Provincial «había cumplido con todos los trámites del expediente de adopción menos plena de la niña..., y al estimar conveniente y necesaria la adopción, autorizó la misma» (sic) (10); 5) que la actuación de don A. y doña B. indicaba a todas luces una desidia y falta de interés notorios, en base a la culpabilidad de ambos en el abandono, a la celebración del matrimonio pasado casi un año desde el natalicio y al reconocimiento en testamento muy posterior; 6) que «si la intención de doña B. era mantener bajo su custodia la criatura, pudo depositarla en la Casa de Maternidad previo su reconocimiento, habiéndose identificado como tal ante la Administración del establecimiento» (11).

C) La demanda es interpuesta por los cónyuges don A.-doña B., contra los cónyuges don T.-doña N., la Diputación Provincial y el Ministerio Fiscal. Finaliza con la *súplica* de que se dicte sentencia: *decretando* la inexistencia, o en otro caso, la nulidad, y subsidiariamente, la rescisión de la adopción menos plena de la hija de los demandantes, María..., contenida en la escritura de fecha 15 de marzo de 1967; *decretando* asimismo la cancelación en el Registro Civil de la inscripción marginal originada por la repetida escritura, al ser declarada la nulidad o rescisión del título en cuya virtud se hizo, y *condenando* a los demandados en las costas del juicio.

D) Por parte del Ministerio Fiscal se manifestó que «por carecer del conocimiento necesario de los hechos a que se contrae la demanda, se abstiene en este trámite de formular alegación alguna, sin perjuicio de hacerlo una vez practicada la prueba, en el momento procesal oportuno».

Por parte de los demandados don T.-doña N. se contestó a la demanda oponiéndose a ella y se formuló *reconvención*, terminando con la *súplica* de que, teniendo por contestada la demanda y formulada reconvención, se dictara sentencia *declarando*: A) nulos y sin valor ni efecto legal alguno los reconocimientos y legitimación por subsiguiente matrimonio, aparentemente realizado por los demandantes don A.-doña B., de la menor María..., por no concurrir y, por ende, no demostrarse la indispensable circunstancia de ser hija natural de ambos o de cualquiera de ellos; B) nulas, sin valor ni efecto legal alguno, las inscripciones marginales y notas de referencia producidas por tales aparentes reconocimiento y legitimación por subsiguiente matrimonio, en las correspondientes página y tomo de la sección 1.ª

(9) Delicioso párrafo acerca del 'juicio de capacidad' para otorgar testamento. Sin comentarios.

(10) ¿Qué criterios decisivos determinaban esa conveniencia y necesidad de la adopción? Misterio impenetrable.

(11) Esta manifestación podría aceptarse siempre que no existiera la 'caritativa' doña C. como intermediaria.

del Registro Civil de..., que deben ser canceladas; *desestimando* la demanda y *condenando* a los actores en costas y a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

Por parte de la *Diputación Provincial demandada* se contestó a la demanda oponiéndose a ella y formulando *reconvencción*, terminando con la súplica de que *desestimando* totalmente la demanda, *declare*: la legalidad de la adopción menos plena de la niña María...; la nulidad, dejando sin valor ni efecto legal alguno, de los reconocimientos y legitimación por subsiguiente matrimonio verificados por los demandantes de la menor citada; la nulidad, sin valor ni efecto legal alguno, de las inscripciones marginales y notas de referencia por tales reconocimiento y legitimación verificados en el Registro Civil, y *se condene* a los actores a estar y pasar por tales pronunciamientos y al pago de las costas.

E) *Recibimiento a prueba*: Por la parte *demandante* se practicó la de confesión en juicio, documental pública y testifical. Por la parte *demandada* —*Diputación Provincial*— se practicó la de confesión en juicio y la documental.

Por los *demandados don T.-doña N.*, adoptantes, se practicó la documental y la pericial. Se interesó la *pericial*, consistente en *que por un solo Perito agente de la Propiedad Inmobiliaria*, y previo examen de las fincas de que resultase ser propietaria la actora doña B. (madre natural), *se emita informe en el que se haga constar el valor* de todas y cada una de las fincas. Dado traslado de la *pericial* propuesta a la contraparte, ésta la estimó impertinente por no ofrecer resultado alguno útil y eficaz para la decisión del pleito. El Juzgado, por Auto de 16 de abril de 1970, declaró no haber lugar a la admisión de la pericial propuesta. Formulado *recurso de reposición* contra dicha resolución, fue confirmada por Auto de 2 de junio de 1970, declarando no haber lugar al recurso de reposición.

F) El Juzgado dicta Sentencia el 7 de diciembre de 1970 por la, *desestimando* la demanda, absuelve de la misma a los demandados; de igual forma, con desestimación total de la *reconvencción*, absuelve a los demandantes de los pedimentos que contiene, y *estimando en parte* la *reconvencción* deducida por la *Diputación Provincial*, *declara válida* y con plenos efectos legales la *adopción* menos plena de la niña María..., *condenando* a los actores a estar y pasar por esta declaración, sin hacer expresa condena de costas.

2. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL (12)

Por parte de los demandantes don A.-doña B. (padres naturales), y por parte del demandado don T. (adoptante), se interpusieron recursos de apelación contra la sentencia del Juzgado.

El demandado don T. solicitó el recibimiento a prueba del pleito en segunda instancia, a fin de que se llevara a efecto la *pericial*. Dicha prueba fue denegada por Auto de 3 de mayo de 1971. Interpuesto recurso de súplica contra dicho auto, la Sala dictó Auto de 1 de junio de 1971 denegando la súplica interpuesta. La representación del demandante don A. pidió que

(12) La argumentación de la Audiencia, y sus respectivas consideraciones en cada uno de los puntos, la he extraído de los tres escritos de recurso de casación. Los subrayados son míos: J. C. G. En una línea similar, CASTRO LUCINI, en su «Comentario» a estas sentencias, cit., A. D. C., 1973, página 1230.

—sin necesidad de recibir el pleito a prueba— se uniera a los autos el documento que presentaba y se recibiera *confesión judicial* a doña N. demandada (madre adoptante), lo que se acordó por la Sala.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial dictó Sentencia con fecha 21 de diciembre de 1971 por la que *revocando* la sentencia apelada, y *desestimando* las reconvenções, *estima la demanda, declarando la nulidad* de la adopción menos plena de María..., a que se refiere la escritura de 15 de marzo de 1967, *decretando las cancelaciones* obrantes en la inscripción de nacimiento, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

De entre la fundamentación y argumentación de dicha sentencia, cabe señalar aquí las siguientes *consideraciones*:

● *Extraídas del recurso de la Diputación Provincial:*

1) La sentencia recurrida considera la nulidad de la adopción bajo una *supuesta falta de consentimiento de los padres a la exposición o abandono*, como síntoma de la falta total de culpabilidad.

2) La sentencia entiende que los padres naturales pudieron tener anulada su voluntad, ya que el consentimiento de doña B. estuvo *viciado* por presión de la voluntad de su padre, originando un temor respetuoso.

3) La sentencia, en su considerando 11, hace una declaración sobre la voluntad de los padres naturales, *que no están exentos de culpa* en la exposición de su hija.

4) La sentencia recurrida aplica el párrafo 1.º del artículo 4 del Código Civil y declara la nulidad de la adopción por considerar «*que la falta de consentimiento de los padres al abandono o exposición permite la revocación de la adopción*».

5) La sentencia considera que *la niña depositada fue retenida* en la Casa de Maternidad provincial *contra la voluntad de sus padres, a quienes se conocía en el Centro*, por haber comparecido y haber manifestado su intención de recuperarla. Y *como en la tramitación del expediente de adopción no se dio audiencia a los padres y éstos no prestaron su consentimiento*, la adopción debe declararse nula, de conformidad con el artículo 176 del Código Civil.

6) La sentencia recurrida dice que hubo «conocimiento» por la Administración de los padres de la niña, ya que fueron reiterados los intentos de recuperación de la niña, *lo que revela convenientemente quiénes eran sus padres naturales*, aunque no hubiera constancia formal de ellos.

7) La sentencia *requiere* que la adopción debe ser consentida por los padres de la menor y que éstos sean oídos al respecto en el expediente tramitado por la Administración Provincial.

8) La sentencia recurrida llega a la conclusión de que *el firmante del expediente de adopción había causado baja por enfermedad y, por tanto, era incompetente para instruir el expediente al haber sido sustituido* por quien efectivamente ejercitaba las funciones de hecho y de derecho de «Administrador» del establecimiento. Y considera nula la adopción *por falta de comparecencia* en la escritura pública del centro benéfico.

● *Extraídas del recurso de los demandados:*

1) La sentencia *a quo* vierte graves acusaciones contra la Administración del Instituto benéfico, refiriéndose a una actitud imprudente, temeraria o culposa, al entregar la recién nacida a sus padres adoptivos a los cuatro días del nacimiento, no diciéndole a la madre natural dónde se encontraba su hija.

2) El Tribunal *a quo* manifiesta (considerando 18) que «el *conocimiento* es un elemento subjetivo que resulta de datos objetivos», y *que en este caso existió*, ya que los reiterados intentos de recuperación de la niña revelaron convenientemente quiénes eran sus padres naturales, aunque no hubiera constancia formal de ellos.

3) La sentencia recurrida atribuye (en considerando 23) a la escritura de adopción valor constitutivo o *ad substantiam*, y al expediente administrativo y al judicial un acto de jurisdicción voluntaria, afirmando «que la escritura no está destinada a constatar, sino a hacer nacer la adopción a la vida jurídica».

4) La sentencia (considerandos 23 y 24) entiende que *es necesario que haya dualidad de consentimiento: uno, el preparativo* del expediente; *otro, el constitutivo* de la escritura pública. Se basa en el carácter constitutivo de la escritura de adopción, sin fundamentar su tesis, y en la consideración de la adopción como un negocio jurídico bilateral.

5) La sentencia (considerandos 15 y 16) expone cómo la depositada fue retenida contra la voluntad de sus padres, a los que se les ocultó su paradero. Aduce como primer motivo de nulidad de la adopción *este hecho de la revocación del depósito* de la recién nacida, revocación manifestada expresamente por sus padres.

6) La sentencia recurrida *declara la nulidad* de la adopción menos plena, a que se refiere la *escritura pública* de 15 de marzo de 1967, *pero no se declara previamente a la vez* la nulidad del expediente administrativo.

3. RECURSOS DE CASACIÓN

Contra la sentencia de la Audiencia Territorial se interpusieron tres recursos de casación: uno, por quebrantamiento de forma, por los demandados don T.-doña N. (adoptantes), y dos, por infracción de ley, por los dichos demandados (adoptantes) y por la Diputación Provincial. Paso a resumir todos ellos seguidamente (13):

a) *Por quebrantamiento de forma*

Por la representación del *demandado don T. (adoptante)* se interpone este recurso, en base a la siguiente argumentación:

Porque *interesando dicha parte la prueba pericial* en la primera instancia del pleito, fue denegada; y reproducida la pretensión en la segunda instancia, también se denegó. Por tanto, en base al artículo 1.693, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *ha lugar* al recurso de casación por quebrantamiento de forma *cuando* —como en el presente caso—, vista la forma

(13) Subrayados y distinguos son míos: J. C. G.

en que ha quedado trabada la litis, *resultaba factor determinante de primer orden, a efectos de calificar la exposición y abandono de la niña, conocer cuáles eran y qué valor tenían los bienes de la pretendida madre en el momento del abandono o exposición de la criatura.*

El recurso es rechazado, como veremos luego.

b) *Por infracción de ley*

Por la representación de la demandada *Diputación Provincial*, en escrito de 6 de marzo de 1971, se interpone recurso de casación, fundándolo en los *motivos* siguientes:

1.º Violación del artículo 175, 1.º, del Código Civil [*redacción de 1958*], por error de hecho en la interpretación de la prueba que demuestra la evidente equivocación del juzgador (amparado en el núm. 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Porque dicho precepto señala de forma taxativa que *la adopción es irrevocable y, como excepción a tal principio, los padres naturales pueden pedir la extinción de la adopción en tanto acrediten suficientemente su falta de culpabilidad en el abandono*. Bajo tal posibilidad los padres naturales entablaron el pleito. *Contra la manifestación de la sentencia recurrida de que los padres naturales tenían anulada su voluntad, cabe oponer:* que los padres (veintiocho y treinta y ocho años al ocurrir los hechos) eran personas de normal constitución física y psíquica; que poseían bienes suficientes; que podían contraer matrimonio antes del parto; que durante todo el embarazo podían meditar la importante decisión del abandono; que «la madre buscó el apoyo de su hermano para con su ayuda realizar el abandono» (*sic*) (14); que «se gestionó por medio de tercera persona para que por ésta se hiciera el depósito del recién nacido» (*sic*) (15); que «al día siguiente del parto la madre consintió en el abandono y manifestó sus deseos de no conocer a la recién nacida» (*sic*) (16).

Que todos dichos actos o hechos son motivo del asentimiento al abandono, constante y reiteradamente expresado. Que *existe una culpa «relativa»*, ya que el «temor respetuoso» a que se refiere la sentencia recurrida ni es antijurídico ni engendra un mal inminente, con lo que la adopción permanecería irrevocable, ya que la falta de culpabilidad de los impugnantes no es absoluta, cual exige la ley.

2.º Infracción, por aplicación indebida, del artículo 4 del Código Civil, en relación con la violación del artículo 175, 1.º, del Código Civil [*redacción de 1958*]. Motivo deducido en interna consonancia con el anterior. Porque el artículo 175, 1.º, dice que la adopción es *irrevocable*, de manera que la sentencia recurrida aplica indebidamente el artículo 4 del Código Civil, ya que no puede declararse nulo lo que es irrevocable, según la ley; ahora bien, *si se quiere extinguir la adopción, se deben contemplar los supuestos que señala el artículo 175, 1.º, concretamente, la falta de culpa total de los padres en el abandono o exposición*. El abandono o exposición es un hecho indubitado que lleva encadenado una serie de actos votivos claramente determinados, que conducen a efectuar el abandono o exposición; la sentencia recurrida *valora dichos actos bajo una supuesta*

(14) No parece que este hecho afirmado sea cierto, por lo visto en los hechos probados.

(15) Tampoco este hecho parece cierto, por la misma razón de la nota precedente.

(16) Vale lo dicho en notas 14 y 15.

falta de consentimiento, por existir vicios que lo invalidan, y *trata de buscar una equivalencia con la intimidación* como vicio del consentimiento en sede de contratación, pero tal tesis es desacertada, ya que señalar la *desheredación* como tal causa de intimidación no encaja en tal supuesto. El *asentimiento* al abandono ha sido continuo e inequívoco, efectivo. *Existe culpa* en el abandono, cualquiera que sea la graduación que quiera dársele; *lo que no existe es exención total de la culpa* en el abandono.

3.º Infracción por interpretación errónea del artículo 1.253 del Código Civil, en relación con la violación del artículo 176 del Código Civil [redacción de 1958], por error de derecho en la interpretación de las pruebas que demuestra la evidente equivocación del juzgador (amparado en el artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Porque la sentencia recurrida entiende que es nula la tramitación del expediente al no oír a los padres naturales, pero lo cierto es que «el organismo benéfico no conocía a los parientes de la expósita o abandonada ni pudo conocerlos»; por tanto, la Administración del Instituto no pudo oír a los parientes en el expediente de adopción y, por consiguiente, no cabe la infracción del requisito legal del artículo 176 del Código Civil denunciada en la sentencia. Que en cuanto a la interpretación del «conocimiento» de los parientes de la menor por la sentencia recurrida, tal interpretación es desafortunada, ya que el «conocimiento» debe nacer de actos claros e inequívocos, sobre todo los que *subjetivamente* se puedan apreciar de forma fehaciente y exacta; que *actos válidos para el conocimiento* que se pretende son la querella para localizar a su hija, la legitimación por subsiguiente matrimonio y el reconocimiento hecho en testamento, y todos estos actos *son posteriores a la adopción*. Aduce el recurrente *la normativa legal vigente* (recuérdese que *el escrito de recurso está fechado en 1972*, o sea, que la redacción aludida era la de la Ley 7, de 4 de julio de 1970) *en el artículo 174, párrafo penúltimo*, del Código Civil..., que es demostrativa de que *la ley da valor a los «actos efectivos» de los parientes*, no a la mera petición de noticias ni a simples visitas, porque la Administración del Centro benéfico *no está obligada a averiguar quiénes son los padres de la menor*. Por consiguiente, de una recta interpretación de los hechos y pruebas practicadas *se infiere* que la Administración no conocía a los parientes de la menor y, *por tanto*, *al no haber oído en el expediente a quienes dicen que son sus padres, no existe el vicio de nulidad* denunciado que considera la sentencia recurrida.

4.º Infracción, por aplicación indebida, del artículo 4, 1.º, del Código Civil, en relación con la violación del artículo 176 del Código Civil [redacción de 1958] y del principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, y doctrina jurisprudencial que lo consagra. Que la sentencia recurrida declara existe una causa de nulidad de la adopción de que se trata, por no ser oídos los padres conocidos de la adoptada. Como es la actuación de la Administración Provincial la que provoca el vicio de nulidad de la adopción, se ha de examinar la legalidad o ilegalidad de los actos del órgano administrativo *partiendo de la base de un hecho indubitado*, cual es el de la exposición o abandono, realizado por *persona distinta* de quienes se dicen padres de la menor y *a la que la madre encarga* el abandono de la hija; *la ocultación de la maternidad* es consecuencia de ello, de forma que incluso se retiran los signos identificadores (ropas de la niña), y como reflejo de esto aparece *la inscripción de naci-*

miento *sin constar la filiación* de la menor y atribuyéndole unos apellidos de uso corriente en la localidad. Que ante tal situación, la Administración del Instituto inicia el expediente, y la falta de audiencia de los padres en tal expediente se debe a la falta de conocimiento que de ellos tuvo la Administración benéfica. Que la sentencia recurrida declara la nulidad de la adopción *al identificar* falta de audiencia y falta de consentimiento paterno o materno, tratando de distinguir donde la ley no lo hace (el artículo 176 del Código Civil no requiere el consentimiento, sino «conocer» simplemente la opinión de los parientes sobre la adopción que se tramita). Que la Administración *valora siempre la conveniencia* de la adopción, pero el consentimiento de los parientes ni es vinculante ni es necesario, porque la ley no lo exige, y donde la ley no distingue, no debemos hacerlo.

5.º Infracción, por interpretación errónea, de los artículos 176 [redacción 1958] y 1.253 del Código Civil, por existir error de derecho en la apreciación de las pruebas que evidencian la equivocación del juzgador. Que la sentencia recurrida entiende que el firmante del expediente de adopción era incompetente, pero ello es una interpretación errónea del artículo 1.253 del Código Civil, ya que *la presunción establecida por la sentencia confunde una baja por enfermedad con la inhabilitación o pérdida* del servicio activo del funcionario que instruye el expediente: el funcionario seguía en servicio activo y estaba facultado para instruir el expediente, y el expediente estaba tramitado por quien administrativamente podía hacerlo —el Instituto benéfico—. Hay una errónea confusión entre la competencia por razón de la persona y la que dimana del organismo facultado para la instrucción. El funcionario instructor del expediente *no era* un funcionario incompetente: porque está en servicio activo, si bien con licencia por razón de enfermedad; porque seguía desempeñando su cargo, y el suplente estaba autorizado por la Diputación para una serie de actos en que, por razón de la enfermedad de aquél, no pudiera ejercer el Administrador propietario. Por tanto, el expediente fue instruido por funcionario competente. Que igualmente es errónea la interpretación dada al *incumplimiento de los requisitos*, que señala el artículo 176 del Código Civil, *para la tramitación* de los expedientes de adopción —la instrucción debe hacerse por el establecimiento benéfico—, porque *la tramitación se hizo por el centro benéfico*: la *competencia* se refiere al organismo administrativo y *no* al funcionario (*no* hay incompetencia personal).

6.º Infracción, por aplicación indebida, del artículo 4, 1.º, del Código Civil y artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en relación con la interpretación de los artículos 176 del Código Civil; de los artículos 20, 40 y 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y de los artículos 40 y 41, 2 y 3, de la Ley de Funcionarios Públicos de 7 de febrero de 1964. Que la *declaración de nulidad de un acto administrativo*, cual es la tramitación de un expediente de adopción, *se aplica indebidamente* en este caso, por *no* ir contra lo dispuesto en el artículo 176 del Código Civil (señala *quién* debe tramitar el expediente) y por existir una competencia clara y *ad personam*. Que la sentencia *hace una interpretación errónea de los criterios legales mencionados* y su apreciación incide en *infracciones legales*, como las siguientes: la incompetencia tiene sus causas tasadas en el artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo (entre ellas *no* está la baja por enferme-

dad); la pérdida del servicio activo se fija por alguna de las causas del artículo 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo; el derecho a la inamovilidad del funcionario en servicio activo; el disfrute de licencia o permisos reglamentarios, etc. De ello extrae las conclusiones de: a) el órgano administrativo es el competente para la tramitación del expediente de adopción, y así aparece cumplido en el presente caso; b) el funcionario instructor del expediente se encuentra en servicio activo. Que de ello se infiere se ha interpretado erróneamente el artículo 176 del Código Civil, siendo inexistente el vicio de nulidad invocado.

7.º Infracción, por violación, del artículo 4, 1.º, del Código Civil, en relación con la interpretación errónea del artículo 176 del Código Civil, y violación por inaplicación del principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* y doctrina jurisprudencial que lo consagra. Que la sentencia recurrida considera nula la adopción por falta de comparecencia del Instituto benéfico en la escritura pública, pero el artículo 177 del Código Civil exige *tan sólo* que se otorgue la escritura pública, ya que la adopción —*según expresa (sic)*— ha sido ya aprobada por el Juez: y no existen disposiciones que requieran la presencia del Administrador del establecimiento benéfico al otorgamiento de la escritura. Que el artículo 4, 1.º, del Código Civil supone un auxilio del Derecho para remediar una falta grave o fundamental en un acto jurídico o procesal, se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser aplicado con criterio rígido, sino con criterio flexible, como señala la jurisprudencia. Que bajo tal criterio jurisprudencial, la sentencia recurrida adolece de una rigidez inaudita, ya que pretende dar un alcance al precepto que éste en sí no tiene, al considerar necesaria la comparecencia del Administrador del Instituto benéfico en la escritura de adopción para dar su consentimiento en nombre del menor.

Pero tal consentimiento y comparecencia son innecesarios, por los siguientes fundamentos: 1) en los casos de abandono o exposición quien tiene a su cargo la custodia y guarda del menor es quien decide la conveniencia de la adopción, presta su consentimiento en el expediente de adopción y la somete a la definitiva (*sic*) aprobación judicial; 2) «aprobada definitivamente la adopción por el Juez, se otorgará escritura» —dice el artículo 177 del Código Civil—, es decir, que la adopción de expósitos o abandonados surge desde la tramitación de un expediente por un organismo administrativo, donde fue depositado el menor, y enlaza con otro acto de jurisdicción voluntaria, donde el Juez —con dictamen del Ministerio Fiscal— aprueba, y la adopción queda consumada y perfecta; 3) la escritura de adopción es tan sólo un requisito formal para tener acceso al Registro Civil y anotar el acto; 4) el artículo 177 del Código Civil no exige cuáles son los requisitos que deba contener la escritura; 5) hasta hoy en todas las modificaciones legislativas habidas en materia de adopción no se exigía la comparecencia del Administrador del Instituto benéfico al otorgamiento de la escritura; 6) con los razonamientos de la sentencia, quien podrá intervenir en la escritura de adopción no es el Administrador del Instituto benéfico, sino el propio Juez (que aprueba en definitiva la adopción) o el Ministerio Fiscal (que informa sobre su procedencia). Que por todo ello, realizada la adopción, el pretendido defecto en la escritura pública no puede producir la nulidad radical ex artículo 4.º del Código Civil por las razones siguientes: 1) porque lo que invalida la adopción es el incumplimiento de los requisitos del artículo 176 del Có-

digo Civil; 2) porque el artículo 4.º del Código Civil *no es bastante por sí solo* para fundar una declaración de nulidad absoluta, pues el acto jurídico que se dice viciado puede ser en todo caso objeto de subsanación, ya que *no alteró* el hecho de la adopción.

El recurso es rechazado, como luego se verá.

Por la representación de *los demandados don T.-doña N. (adoptantes)*, en fecha 5 de octubre de 1972 (17), se interpone recurso de casación por infracción de ley fundándolo en los siguientes *motivos*:

1.º Infracción por violación del artículo 176, 2.º y 3.º, del Código Civil [redacción 1958] en cuanto invoca y aduce causas de nulidad del expediente de adopción menos plena no incluidas entre las taxativamente establecidas por tal precepto (18). Se refiere el recurrente a la *Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958*, la cual, con interpretación auténtica, expone la *finalidad de la reforma* de la adopción... Que el artículo 176, tras dicha reforma, *establece un procedimiento especial* para tramitar la adopción de los abandonados por sus padres naturales en un establecimiento benéfico, y consta la tramitación de *dos etapas* claramente diferenciadoras: la primera de *matiz de instrucción* del expediente por el establecimiento público; la segunda de *aprobación judicial*, con audiencia previa del Ministerio Fiscal. Una vez emitido el acto judicial de la aprobación, la adopción surge como vínculo jurídico, y de ahí que el artículo 176, párrafo último, afirme que «será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos»: *es el conjunto de estos requisitos* del expediente, en unión de la aprobación judicial, *lo que hace nacer* la adopción, aunque sea necesaria consignarla en escritura pública con el fin de que pueda ser inscrita en el Registro Civil. *Los requisitos del expediente* cuya falta puede dar lugar a su nulidad esencial *son los anteriormente señalados y no cualesquiera otros diferentes*. Que en aplicación a este caso particular la Institución benéfica *inicia* el expediente *sin* conocimiento oficial de los padres naturales u otros parientes próximos, continúa con la resolución del Jefe de Administración del Instituto, con citación de las partes solicitantes y de la adoptada, *se concede la autorización* por entender conveniente la adopción, *se eleva* el expediente al Juzgado de Primera Instancia y éste dicta *auto* —con audiencia del Ministerio Fiscal— *por el que, encontrando cumplidos todos los requisitos legales, aprueba* el expediente de adopción menos plena y *ordena* el otorgamiento de escritura pública una vez que el auto sea firme.

Que ni el expediente administrativo ni el auto judicial firme han sido objeto de impugnación en la demanda, ni de petición de declaración de nulidad, ni sobre ellos se ha pronunciado la sentencia recurrida.

Que la sentencia recurrida señala como *defectos formales del expediente* que son causa de nulidad: 1) *la revocación del depósito* por sus padres naturales, habiendo sido la depositada *retenida* contra la voluntad de sus padres, a los que se omitió su paradero (considerandos 15 y 16); 2) *la falta de audiencia* de los padres naturales de la adoptada, «sobradamente conocidos por la Administración» (considerando 18); 3) *la instrucción* del expediente administrativo *por funcionario incompetente* (consi-

(17) Lógicamente, dado que esperaron a la resolución del *previo* recurso de casación *por quebrantamiento de forma*, antes reseñado.

(18) A pesar de ser comprimido en la tarea típica del Magistrado PONENTE, queda este motivo con una *extensión* tan desmesurada que se hace dificultoso en extremo condensarlo brevemente.

derando 21). Esta parte *recurrente* impugna esas pretendidas causas de nulidad del expediente administrativo: la primera, porque la supuesta *revocación* del depósito *nada tiene que ver con la acción de nulidad* del artículo 176 del Código Civil, aparte de la inoportunidad de las acusaciones contra la Administración, que se ha limitado a cumplir con su Reglamento (19), y de que *habría sido más irresponsable o más improcedente* acceder a peticiones o ruegos de personas que no acreditaron suficientemente su parentesco; la tercera, en orden a la supuesta *incompetencia del funcionario instructor*, porque *no puede encuadrarse en las causas que taxativamente señala el artículo 176, 2.º*, y *en todo caso se trataría de un supuesto de anulabilidad del expediente*, en tanto que los actores no sólo *no han ejercitado* la acción de anulabilidad, sino que ni siquiera han alegado este hecho como causa de nulidad, siendo improcedente la estimación de oficio de una causa de anulabilidad cuando *el procedimiento es rogado*; y la segunda en orden a la supuesta *falta de audiencia de los padres naturales* en el expediente de adopción —única causa incluida en el apartado 2.º del art. 176 del Código Civil—, ya que según la Audiencia *los padres naturales de la adoptada eran sobradamente conocidos por la Administración del Instituto*, infiriendo tal «conocimiento» de las visitas efectuadas por doña B., afirmando que ella era la madre de la criatura sin aducir pruebas, en tanto que *el «conocimiento» se refiere a un hecho esencial en la vida y en la filiación de un expósito, cual es el de la paternidad natural, deducido de simples manifestaciones o reclamaciones no respaldadas por ninguna prueba concreta.*

2.º Infracción por violación del artículo 177 del Código Civil [redacción 1958], al estimar como causa de nulidad de la adopción la no comparecencia en la escritura pública del Jefe Administrativo del centro benéfico provincial. Aduce que el artículo 177 del Código Civil no establece causas específicas de nulidad derivadas de la escritura y da por sentado que la adopción nace con la aprobación definitiva por el Juez. *La primera cuestión a dilucidar es si la escritura de adopción tiene o no carácter constitutivo de la misma*, es decir, *si la adopción nace como vínculo jurídico en el momento de otorgar la escritura*; para el recurrente ello no es así según el Código Civil, ya que del último párrafo del artículo 176 y del artículo 177 *resulta*: que el vínculo adoptivo nace o surge a la vida jurídica con la aprobación definitiva de la adopción por el Juez (la firmeza del auto aprobatorio), que se identifica la aprobación del expediente con la adopción, y que al decir que «se expresarán en ella (escritura) las condiciones con que se haya hecho» evidencia que *al otorgarse la escritura la adopción está ya hecha*. El recurrente entiende «que el criterio doctrinal que atribuye carácter constitutivo a la escritura pública *no está avalado* por el texto reformado del Código Civil ni cuenta más que con la opinión de un sector de la doctrina» (sic), y que *actualmente se dispone de una interpretación auténtica del legislador en la nueva reforma introducida por la Ley de 4 de julio de 1970* (art. 173, párrafo 1.º): el criterio de la sentencia recurrida no es más que una opinión que el legislador se encarga de desvanecer en la nueva ley, *debiéndose atribuir a esta interpretación auténtica efectos retroactivos* siquiera sea para explicar la redacción anterior al Código, y por eso dice su *Exposición de Motivos* que «en esta materia no se han introducido modificaciones sustanciales en el

(19) Recuerda el recurrente que por tales actuaciones se instruyó un sumario, que concluyó por sobreseimiento.

régimen precedente», o sea, que tanto en aquél como en el nuevo las formalidades señaladas son requisitos esenciales con igual valor constitutivo. La sentencia recurrida atribuye erróneamente *valor constitutivo sólo a la escritura pública*, cuando en realidad la adopción es un acto complejo con tres fases —consentimiento (concurrencia de voluntades), aprobación judicial de la adopción y otorgamiento de la escritura—, de lo que se infiere que el consentimiento sólo es imprescindible prestarlo en el expediente como requisito previo y necesario para que el Juez apruebe la adopción, con lo que es innecesaria nueva prestación del consentimiento por las partes ante Notario. Para que la *incomparecencia* del Jefe Administrativo en la escritura de adopción originase una causa de nulidad absoluta sería necesario que se dispusiera así en la ley o hubiera que deducirlo de los principios normativos que rigen la Institución, lo que no ocurre en el caso de autos.

3.º Infracción por violación del artículo 175, 1.º [*redacción de 1958*], al admitir la sentencia recurrida la legitimación de los padres naturales de la adoptada para impugnar la adopción legalmente realizada. El referido precepto determina *los requisitos* que simultáneamente han de concurrir en los padres naturales para poder pedir judicialmente la extinción de la adopción: falta total de culpabilidad en el abandono y buena conducta a partir de éste. De la *Exposición de Motivos* de la Ley de 1958 se deduce que la legitimación parece extenderse a toda clase de acciones impugnatorias de la adopción, y en su virtud *sería exigible* la falta de culpabilidad de los padres naturales *incluso* para el ejercicio de las acciones de nulidad. Conforme a la interpretación *estricta* del precepto, *lo que los padres naturales demandantes pretenden es la revocación de la adopción* —«rescisión» se llama en la demanda—, siquiera se aduzca que tal acción se ejercita subsidiariamente. Recuerda el recurrente que *la madre natural* (doña B.), *al tiempo del nacimiento de la niña*, tenía la edad de treinta y siete años, se hallaba en el pleno goce de sus facultades físicas y mentales y disponía de una desahogada posición económica: circunstancias todas ellas que desvirtúan por sí solas cualquier posible *intimidación* influyente en su voluntad. Su voluntad no estaba totalmente anulada, de manera que ella y su novio *no están exentos de culpa* en la exposición de su hija, y, por consiguiente, *la adopción, si existe eficazmente, permanecería irrevocable*, ya que *la falta de culpabilidad de los impugnantes no es absoluta*, cual exige la ley. En tanto que la sentencia invoca como *causa de extinción* de la adopción *la revocación del depósito* por los padres naturales culpables del mismo, aunque de forma inexacta lo configure como causa de *nulidad*, con lo que aparece clara y patente la infracción por violación del artículo 175, 1.º, aquí denunciada.

4.º Infracción por violación de los artículos 176 y 177 del Código Civil [*redacción de 1958*], al decretar la sentencia recurrida la nulidad de la adopción sin la declaración *previa* de nulidad del título constitutivo de la misma, constituido por el expediente administrativo, el auto judicial y la escritura pública de adopción. El conjunto de los tres elementos —expediente, auto judicial y escritura— han servido de *título* para que se practicara en el Registro Civil la inscripción marginal primera que refleja la adopción. *Mientras no se declare la nulidad del conjunto de elementos* que integra el título de la adopción ha de mantenerse ésta con su vigencia total, y al no estimarlo así la sentencia recurrida ha incidido en las infracciones denunciadas.

5.º Infracción por violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no ser congruente la sentencia recurrida con las pretensiones deducidas por los actores en la demanda —basada en el art. 1.692, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. La demanda *solicita en el suplico* que se decrete la inexistencia o en otro caso la nulidad y subsidiariamente la rescisión de la adopción contenida en la escritura... (20). La parte recurrente entiende que la declaración de nulidad del título *ha de preceder* a la de la Institución y a la cancelación de las inscripciones marginales en el Registro Civil: es un *presupuesto* sin el cual no es posible declarar la cancelación referida a inscripciones. La sentencia recurrida *declara* la nulidad de la adopción menos plena, pero no contiene *ni una sola referencia a la declaración de nulidad de la escritura solicitada* de adverso en la demanda: la incongruencia es evidente y notoria y el fallo no puede mantenerse en tales términos, pues en este caso concreto falta la declaración de nulidad del título.

6.º Infracción por violación del artículo 1.218 del Código Civil por error de derecho en la apreciación de la prueba documental. Este motivo es *complementario* del motivo primero, donde se estudiaba el problema del «conocimiento» de los padres naturales desde un punto de vista jurídico. Según la sentencia recurrida, el conocimiento es un elemento subjetivo que resulta de datos objetivos y *no contradicen plenamente la deducción puramente subjetiva* del Tribunal *a quo* los siguientes documentos auténticos: a) certificación literal de la inscripción de nacimiento de la expósita (desde el 10 de mayo de 1966 al 7 de octubre de 1968, fecha de las anotaciones marginales, la filiación natural de la niña era totalmente desconocida como dato objetivo amparado por la fe y publicidad del Registro Civil); b) testimonio del Juzgado de Instrucción sobre particulares del sumario 189/1967 (de donde resulta que *hasta mediados de 1967* no formularon los padres naturales una reclamación en forma de la menor *cuando ya se había otorgado* la escritura de adopción); c) notificación oficial del Presidente de la Diputación comunicando a los demandantes el *Decreto de 26 de noviembre de 1968* (21) y denegándoles la petición de vista del expediente de adopción; d) certificación del Secretariado de la Diputación Provincial acompañando fotocopia del expediente de adopción (del que se infiere la *exposición* de una niña *sin* dato alguno de filiación natural, la *constancia* en el acta resolutoria del expediente de adopción *que no se pudo citar* a los parientes naturales por carecer de ellos o ignorar su existencia y el *auto* del Juzgado *en el que consta* haberse observado en el expediente las prescripciones legales). Que todos los *referidos documentos* gozan de la *cualidad* de públicos y auténticos, y la *conclusión que de ellos se obtiene* —en orden al «conocimiento», resultante de datos objetivos, de los padres naturales— es que son radicalmente *opuestos* a lo que infiere el Tribunal *a quo* de simples declaraciones testimoniales: el Centro benéfico *pudo tener simples referencias de la existencia* de tales padres naturales pero *no un conocimiento indubitado derivado de datos objetivos*. Y al no haber tenido en cuenta el Tribunal *a quo* el valor probatorio de los documentos mencionados ha incidido en el error de derecho denunciado en este motivo.

Recurso igualmente *rechazado*, como se verá.

(20) Ver anteriormente con detalle dicho *suplico* en el apartado C) de los Antecedentes del pleito.

(21) El *Decreto de 26 de noviembre de 1968* (*sic*), aludido, no he podido encontrarlo en el usual *Repertorio de Legislación* publicado por ARANZADI. Pudiera haber un error de fechas de origen mecanográfico. Queda en el aire *el porqué y el cómo* de tal Decreto alegado en el recurso.

4. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Sentencia de 22 de junio de 1972

Resuelve el recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por los demandados don T.-doña N. (adoptantes).

Fue ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, sentando la siguiente doctrina con su claridad expositiva habitual:

Considerando 1.º: *El artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que habrá lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma por vulneración de las diligencias esenciales del juicio, entre otros casos, en el señalado con el número 5.º, «por denegación de cualquier diligencia de prueba, admisible según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión». De esta dicción se desprende que el recurso necesitará reunir dos requisitos: 1.º que la prueba sea admisible según las leyes, lo que obliga a fijarse principalmente en el artículo 566 de la Ley Procesal, según el cual «los Jueces repelerán de oficio las pruebas que no se acomoden a lo establecido en el artículo anterior (o sea, las que no se concreten a los escritos fundamentales del juicio, que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen) y todas las demás que sean a su juicio impertinentes o inútiles; 2.º que su falta haya podido producir «indefensión», lo que ocurriría cuando la inadmisión de la prueba impida a la parte que la haya propuesto acreditar un hecho alegado que tenga trascendencia en el desarrollo de la litis.*

Considerando 2.º: *Que la prueba propuesta dice así: Pericial, consistente en que por un solo Perito, Agente de la Propiedad Inmobiliaria... (22). Diciendo los recurrentes que ello ocurre en el caso de autos, pues vista la forma en que quedó trabada la litis, para el supuesto que se admitiera que la niña era hija, según la carne, de doña B (actora), resultaba factor determinante de primer orden... (23).*

Considerando 3.º: *La contraparte opuso que «estima notoriamente impertinente la referida prueba por no poder ofrecer resultado alguno, útil y eficaz, al Juzgado para la decisión del pleito». El Juzgado, al resolver el recurso de apelación, dijo que nadie había discutido el caudal de la madre y por tanto la diligencia era inútil. La Audiencia se limitó a no admitirla, sin dar ninguna razón especial para justificar su decisión, si bien en el considerando 11 se dice textualmente: «Por consiguiente, la adopción, si existe eficazmente, permanecerá irrevocable, ya que la falta de culpabilidad de los impugnantes no es absoluta, cual exige la ley».*

Considerando 4.º: *Siendo la materia del pleito, efectivamente, la inexistencia o nulidad de la adopción menos plena de la niña que fue objeto de la misma, se dan las circunstancias objetivas de la desestimación del recurso siguientes: 1.º No se indica que el precepto infringido es el artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que conforme a reiterada jurisprudencia sería bastante para rechazar el recurso; 2.º no se discute en el pleito el estado de fortuna de la supuesta madre; 3.º en la hipótesis de la parte demandante no sería ésta responsable del abandono, sino que éste fue obra de un tercero; 4.º según el considerando 11 de la sentencia*

(22) Ver con detalle en el apartado E) —Recibimiento a prueba— de los *Antecedentes*.

(23) Ver el resto de la argumentación de los recurrentes en el punto 3 (Recursos de casación), en su apartado a), cuando se expone la argumentación del recurso por quebrantamiento de forma.

recurrida, «de no proceder la inexistencia de la adopción por haber causas que determinan la nulidad de la misma, quedaría subsistente la misma adopción», *todo lo que se traduce en que no se produce indefensión al negar la admisión de la prueba*, como sostiene la parte recurrente.

Considerando 5.º: *En consecuencia, el recurso de casación por quebrantamiento de forma debe rechazarse con los pronunciamientos que determina el artículo 1.767 de la Ley Procesal.*

Fallo: *No ha lugar. Se condena a la parte recurrente al pago de las costas.*

B) Sentencia de 28 de mayo de 1973

Resuelve los dos recursos de casación por infracción de ley interpuestos por los demandados —adoptantes y Diputación Provincial—.

Fue ponente el Magistrado don Antonio Peral García, que sienta la siguiente doctrina:

Considerando 1.º: La sentencia recurrida contiene las siguientes afirmaciones (fácticas): 1) la de que el «conocimiento» de los padres de la niña adoptada por parte de la Administración del centro benéfico era evidente, ya que ha quedado suficientemente acreditado que ellos se interesaron por la hija y por su recuperación y que fue retenida indebidamente contra la voluntad de sus progenitores, a los que se les ocultó su paradero; 2) la de que el expediente de adopción no sólo se sustanció sin audiencia de aquéllos, a los que se ignoró indebidamente, sino a sabiendas de sus deseos de recuperar a su hija, esto es, contra su consentimiento. La sentencia recurrida declara no haberse cumplido en el expediente el requisito relativo al trámite de «audiencia» de los padres de la adoptada, a pesar de que eran sobradamente conocidos por la Administración del Instituto. Son todas éstas apreciaciones de puro hecho que el Tribunal a quo deriva del examen conjunto de todos los elementos probatorios obrantes en el proceso, y contra los cuales se formalizan por parte de los demandados los dos recursos que son objeto de estudio en la presente resolución. Para seguir un orden lógico se estima procedente examinar primeramente las motivaciones referentes a la incongruencia denunciada en el motivo quinto (24) del segundo recurso formalizado por la representación de los adoptantes demandados.

Considerando 2.º: En tal aspecto, el motivo quinto de este segundo recurso denuncia la violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo cierto es que de los términos en que dicho precepto está concebido da a entender que la norma establece una distinción entre la congruencia y el exceso o defecto de poder (así se deduce también del artículo 1.692, 2.º y 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Este motivo quinto denuncia el vicio de incongruencia precisamente sobre la base de no haberse resuelto en el fallo —según el recurrente— uno de los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda... Es claro que la impugnación de esta supuesta omisión no encaja en el número 2.º del artículo 1.692 de

(24) El texto mecanografiado de la sentencia habla de 'congruencia' y de motivo primero: creo deben salvarse estos errores (quizá mecanográficos) en la forma que indicó, para la recta interpretación del conjunto resultante. Por lo demás, el Considerando 2.º alude ya al motivo quinto, que examina.

la Ley de Enjuiciamiento Civil como fija en su motivo el recurrente, *sino que el cauce obligado para ello está regulado en otro apartado del mismo precepto procesal, por lo que dado el rigorismo formal exigido en el trámite del recurso de casación, este defecto procesal es causa de inviabilidad del motivo. A cuya misma conclusión se llegaría de haberse planteado correctamente la infracción denunciada desde el momento que la resolución recurrida, al declarar la nulidad de la adopción referida a dicha escritura pública, ella comprende a todas las fases como momentos todos ellos constitutivos del mismo acto, por lo que no se da el vicio de incongruencia denunciado.*

Considerando 3.º: El recurso formalizado por la representación de la Diputación Provincial *intenta combatir las premisas de hecho* en las que se apoya la sentencia recurrida *en varios motivos*, sin tener en cuenta *que no están ajustados a la técnica procesal*: así el *motivo primero* denuncia un «error de derecho» por violación del artículo 175 del Código Civil, sin advertir *que este precepto no contiene norma alguna valorativa de prueba*, por lo que nunca puede acusar un error de derecho; el *motivo tercero* denuncia también *por el mismo concepto* la interpretación errónea del artículo 1.253 del Código Civil *amparado* en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *olvidando* que es reiteradísima doctrina de esta Sala *que el artículo mencionado no puede invocarse en casación más que a través del número 1.º del 1.692* (Sentencias de 25 de marzo de 1958 y 30 de septiembre y 19 de noviembre de 1971), cosa que no se ha hecho; el *motivo quinto* reúne los mismos defectos acusados en los anteriores. Por tanto *se hace obligado el perezimiento de todos ellos.*

Considerando 4.º: *Al no haber sido combatidos eficazmente los hechos básicos de la sentencia recurrida es evidente que han de ser totalmente respetados*, por lo que se hace necesario *partir de ellos para el examen de los motivos segundo y cuarto* —recurso interpuesto por la Diputación Provincial—, que denuncian *aplicación indebida del artículo 4.º del Código Civil*, en relación con la violación de los artículos 175 (*motivo segundo*) y 176 del Código Civil (*motivo cuarto*), *cuyos motivos el recurrente los subordina al resultado de sus precedentes respectivos*: (de manera) que al haber sido rechazados éstos, lógicamente han de decaer aquéllos. Tanto más cuanto esa «culpabilidad» en el abandono y la falta de «conocimiento» de los padres naturales por la Administración resultan totalmente ineficaces: no sólo constituyen ambos *supuestos de hecho totalmente contrarios* a los sentados por la Sala sentenciadora, sino que *lo real y verdaderamente es que la sentencia recurrida decreta la nulidad de la adopción* —no como derivación del caso contemplado en el art. 175 del Código Civil, que sanciona con la «extinción» de aquélla—, *sino al amparo del artículo 176 del Código Civil [redacción de 1958]*, que contiene una *sanción expresa de nulidad para el incumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo*. Como es esta «nulidad» la que se declara en el fallo impugnado, es obvio que —*dada la falta de audiencia de los más próximos parientes del adoptado en el expediente, exigida en aquél*— *al no haberse desvirtuado esta afirmación de hecho*, se hacen *inviabiles* aquellos motivos.

A cuya idéntica conclusión se llega con los ordinales *primero, tercero y sexto del segundo recurso* —*adoptantes*—, amparados los dos primeros en alegaciones análogas a los anteriormente estudiados. A *mayor abundamiento*, los documentos que sirven de base al «error de derecho» acusado

en el motivo sexto citado, además de haberse tenido ellos en cuenta por el Tribunal sentenciador —aunque con distinto sentido y alcance—, es lo cierto que su contenido no contradice el criterio establecido en la sentencia impugnada.

Considerando 5.º: *Declarada la nulidad de la adopción en virtud de la falta de uno de los requisitos esenciales exigidos en el artículo 176 del Código Civil en su redacción anterior, y siendo ello suficiente para mantener la resolución recurrida, es indudable que se hace totalmente intrascendente el estudio de los demás motivos que se contienen en ambos recursos. Dichos motivos se dirigen a impugnar otras conclusiones objeto del fallo recurrido, en relación con el incumplimiento de otros requisitos también exigidos en aquel precepto mencionado (motivos sexto y séptimo del primer recurso y segundo del último): aun en el supuesto hipotético de ser aceptados, ello no produciría el efecto de alterar la parte dispositiva de la sentencia impugnada. Por todo lo cual se hace innecesario su análisis.*

Considerando 6.º: *Casi toda la doctrina científica estima que hasta tanto no se llegue al otorgamiento de la escritura pública no queda perfeccionada la adopción, pues ella es la que recoge el consentimiento firme de las partes. La Ley de 4 de julio de 1970 —reformadora del Código Civil en cuanto a esta institución se refiere—, al establecer que «aprobad judicialmente la adopción se otorgará escritura pública que se inscribirá en el Registro Civil correspondiente» (25), da a entender que la perfección de este contrato se alcanza con el otorgamiento de aquélla, aunque la adopción necesite para su existencia no solamente el acto material de la escritura, sino también la autorización judicial y el consentimiento de las partes como momentos todos ellos del mismo acto que tienen igual valor constitutivo. Por todo lo cual no puede prosperar el criterio del recurrente —en el motivo cuarto del segundo recurso (adoptantes)—, sin que, por otra parte, aquella supuesta omisión de declaración de nulidad de la escritura —que denuncia como cometido en la sentencia— tenga refugio correcto en este motivo, por cuanto ya fue rechazado el criterio del recurrente en el considerando 2.º, por todo lo cual declina el motivo cuarto estudiado.*

Como consecuencia de todo lo hasta aquí fundamentado, se hace imperativo la desestimación de los dos recursos formalizados, en los que han de tenerse en cuenta las medidas accesorias previstas en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto se refiere a las costas producidas.

Fallo: No ha lugar. Con condena en costas a ambos recurrentes.

III. RECAPITULACION

En el momento de proceder a una recapitulación parcial de entre la serie de hechos, cuestiones y argumentaciones habidas en el pleito analizado, creo conveniente aludir aquí solamente a los hechos probados y a la doctrina de la sentencia.

(25) Es el artículo 175, párrafo 1.º Artículo que permanece inalterado tras la reforma de 1981.

1) LOS HECHOS PROBADOS

El *considerando 1.º* recoge las afirmaciones fácticas de la *sentencia de la Audiencia* como apreciaciones de puro hecho que no han sido combatidas ni desvirtuadas en ambos recursos, lo que implica que deben ser totalmente respetadas (véase *considerando 4.º*). Tales *hechos* son: la falta de consentimiento de los padres naturales en el abandono de la niña —con la consiguiente revocación del depósito en el establecimiento benéfico—, el vicio del consentimiento de la madre por temor respetuoso a su padre, el conocimiento de los padres naturales por la Administración de la casa de maternidad, la falta de consentimiento y audiencia de los padres naturales en el expediente de adopción y la incompetencia del funcionario instructor del expediente.

Estas apreciaciones fácticas del Tribunal Supremo conducen a la *estimación total de la demanda*, lo que ya había hecho la Audiencia, dado que el *fundamento* de la demanda aludía a una tramitación anormal e irregular del expediente de adopción (26).

Las *argumentaciones de los dos recursos*, fundadas en la tramitación regular y correcta del expediente y en el abandono culpable de los padres naturales —*desarrolladas* en los motivos cuarto, quinto, sexto y séptimo del recurso de la Diputación y en los primero, segundo, cuarto y sexto del de los padres adoptantes (en orden al expediente) y en los motivos primero, segundo y tercero del recurso de la Diputación y en los primero y tercero del de los padres adoptantes (en orden al abandono culpable)—, *son rechazadas* por no haber combatido ni desvirtuado los hechos básicos sentados por la *sentencia* recurrida.

Son decisivos a este efecto los *considerandos 1.º y 4.º*, que constituyen la verdadera *ratio decidendi* de la *sentencia* (27).

2) LA DOCTRINA SENTADA EN LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

Esquemáticamente contemplada la decisión del Alto Tribunal, se reduce a estas *proposiciones*: la determinación de las apreciaciones fácticas del litigio, la consecuencia de tal premisa —acreditada la falta de audiencia de los padres naturales— lleva a la declaración de nulidad de la adopción ex artículo 176 del Código Civil, la declaración de nulidad comprende a todas las fases de la adopción (no hay incongruencia en la *sentencia* recurrida) y la adopción se perfecciona con el otorgamiento de la escritura pública.

Algunas de estas proposiciones se reducen a recoger las *afirmaciones fácticas* de la *sentencia* recurrida, en tanto que otras contienen *argumentos jurídicos* de desigual valor e importancia. Merecen destacarse, entre otras, las siguientes consideraciones:

● Respecto del recurso *por quebrantamiento de forma* (*Sentencia* de 22 de junio de 1972):

(26) Basta fijarse en el dato de que la niña es *entregada* a los padres adoptantes *a los cuatro días* de su nacimiento. En cuanto al *expediente*, es resuelto en poco más de *un mes* (!); recuérdese nota 7 precedente.

(27) En este mismo sentido, CASTRO LUCINI: «Nulidad de adopción menos plena. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973», en «Sentencias comentadas», A. D. C., XXVI-IV, octubre-diciembre 1973, págs. 1218 y ss., especialmente 1239 y ss.

— Afirmaciones *fácticas* (considerandos 1.º, 2.º y 3.º).
 — Consideraciones *jurídicas* (considerando 4.º): en el pleito no se discute el estado de fortuna de la supuesta madre; no se indica que el precepto infringido sea el artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el abandono fue obra de un tercero y la madre no es responsable del mismo; la adopción sería subsistente de no proceder la inexistencia de la misma (28).

● Respecto de los recursos *por infracción de ley* (Sentencia de 28 de mayo de 1973):

— Afirmaciones *fácticas*: el «conocimiento» de los padres de la niña adoptada por parte de la Administración del centro benéfico era evidente; el expediente de adopción no sólo se sustanció sin audiencia de aquéllos, a los que se ignoró indebidamente, sino a sabiendas de sus deseos de recuperar a su hija, esto es, contra su consentimiento (considerando 1.º).

— Consideraciones *jurídicas*:

● No hay incongruencia en el fallo recurrido porque es impugnado defectuosamente ex artículo 1.692, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (causa de inviabilidad del motivo) y porque la declaración de nulidad de la adopción referida a la escritura pública comprende a todas las fases, como momentos todas ellas constitutivas del mismo acto (considerando 2.º).

● Los *motivos primero, tercero y quinto del recurso de la Diputación Provincial* no están ajustados a la técnica procesal: en el artículo 175 del Código Civil no se contiene norma alguna valorativa de la prueba; la interpretación errónea del artículo 1.253 del Código Civil no puede invocarse en casación más que a través del número 1.º del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (considerando 3.º).

● *Al no haber sido combatidos eficazmente* los hechos básicos de la sentencia recurrida, *es evidente que han de ser totalmente respetados*, por lo que se hace necesario partir de ellos para el examen de los *motivos segundo y cuarto del recurso de la Diputación* —cuyos motivos los *subordina* al resultado de sus precedentes respectivos, que, al haber sido rechazados éstos, lógicamente han de decaer aquéllos...—. Lo real y verdaderamente importante es que la sentencia recurrida decreta la *nulidad* de la adopción al amparo del artículo 176 del Código Civil [redacción de 1958]... Dada la *falta de audiencia...*, al no haberse desvirtuado esta afirmación de hecho, se hacen inviables aquellos motivos. Los *documentos* que sirven de base al «error de derecho» (motivo sexto del recurso de los padres adoptantes) han sido tenidos en cuenta y su contenido no contradice el criterio establecido en la sentencia impugnada (considerando 4.º).

● Declarada la nulidad de la adopción en virtud de la falta de uno de los requisitos esenciales exigidos en el artículo 176 (redacción anterior), y siendo ello suficiente para mantener la resolución recurrida, es indudable que se hace totalmente intrascendente el estudio de los demás motivos de ambos recursos (considerando 5.º).

(28) Para CASTRO LUCINI, *op. cit.* en nota 27, págs. 1231 y ss., hay que aludir aquí a que «la culpabilidad en el abandono es trascendente para la *revocación* de la adopción, pero es intrascendente cuando lo que se ventila es su nulidad».

● Casi toda la doctrina científica estima que, hasta tanto no se llegue al otorgamiento de la escritura pública, no queda perfeccionada la adopción, pues ella es la que recoge el consentimiento firme de las partes. La Ley de 1970... da a entender que la perfección de este contrato se alcanza con el otorgamiento de aquélla, aunque la adopción necesite para su existencia... como momentos todos ellos del mismo acto que tienen igual valor constitutivo (considerando 6.º).

A la vista de lo expuesto, cabe reiterar el valor decisivo de los considerandos 1.º y 4.º, que sientan los hechos probados y declaran la nulidad de la adopción ex artículo 176 del Código Civil en base a la falta de audiencia de los padres naturales en el expediente de adopción. Esta es la *ratio decidendi* del litigio.

Los restantes considerandos son de menor importancia o accesorios respecto de los 1.º y 4.º indicados. Así, los considerandos 3.º y 5.º son típicamente formales. El considerando 2.º viene a ser complementario del 4.º Y el considerando 6.º viene a referirse al 2.º, del que es consecuencia, y, por tanto, referido también al 4.º.

El Tribunal Supremo parte de una serie de *premisas fácticas*, sin que ello implique una renuncia a entrar a valorar una serie de cuestiones jurídicas. Prácticamente todas las presentadas a lo largo de los recursos fueron analizadas. A mi modo de ver, quizá el tema de la *competencia* del funcionario autorizante del expediente de adopción —desarrollado con buena técnica en el motivo sexto del recurso de la Diputación— merecía un análisis y valoración que han sido obviados por el Ponente.

IV. NOTAS PARA UNA DIMENSION ESTRUCTURAL DE LA ADOPCION

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

La *primera observación* en este lugar es la de que voy a tratar de *limitar* estas notas al máximo a la reflexión consiguiente sobre *el supuesto de hecho que resuelve el Tribunal Supremo*.

La *segunda observación* es que, dada la abundancia de análisis y estudios sobre los aspectos *normativos* de la adopción en la vigente legislación española (29), me voy a permitir una serie de inevitables remisiones a los autores de mayor solvencia.

La *tercera observación* se refiere a la poca claridad de la institución de la adopción: de un lado, con perfiles borrosos (30), y de otro, ente proteico que encubre diversas formulaciones jurídicas no siempre susceptibles de reconducción a un instituto unitario (31).

La *cuarta observación* alude nuevamente a la necesidad de sentar puntos de referencia del instituto en los *datos tomados* de la realidad

(29) Entre los últimos, el de R. BERCOVITZ, en *Comentarios...*, cit., EDESA, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 260 y ss.

(30) En tal sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV (Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones), Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 372.

(31) Se plantea esta problemática MANTECA ALONSO-CORTÉS en «La adopción», *Revista de Derecho Notarial*, 1971, núm. 72, págs. 101 y ss., especialmente 105. (Esta aportación, aparentemente modesta, constituye una espléndida *monografía* que abarca todos los perfiles de la institución y ofrece un exhaustivo tratamiento de toda la normativa vigente. Quizá obra juvenil en su día, hoy podría pedirse al autor una revisión y puesta al día, sintetizando posiciones o convirtiéndola en la monografía que es.)

social (32). Una queja similar a la mía es la de CASTÁN VÁZQUEZ (33). Alude asimismo a los *presupuestos sociológicos* de la adopción F. CASTRO LUCINI, sin extenderse en ello, aunque con perfecta descripción de la trama sociológica (34).

La *quinta observación* se refiere a que voy a omitir toda referencia a concepto, fundamento, finalidad, clases, historia, causa, etc., de la adopción, para cuyo estudio remito a la aportación de MANTECA ALONSO-CORTÉS antes citada.

La *sexta observación* es la relativa a la *naturaleza* de la adopción. De una parte, es bueno recordar con F. CASTRO LUCINI que «la *práctica profesional nos ha enseñado a desconfiar del conceptualismo*: de la naturaleza jurídica atribuida a una institución no podemos deducir inexorablemente *resultados* de ineludible aplicación práctica, entre otras razones porque es muy posible que al efectuar la *calificación* estemos ya prejuzgando las previsibles consecuencias que deseamos obtener...» (35). De otra parte, parece conveniente separar el aspecto *estructural* y el aspecto *funcional* de la adopción, cosa que intento hacer aquí, con estricta referencia al pleito, en orden a la naturaleza de la adopción.

La *séptima observación* es la derivada de la propia *dimensión estructural* de la adopción en la presentación de los hechos subyacentes a este litigio. Dimensión *no extrapolable* a otros supuestos en línea de principios generales, pero sí *identificable* como incapsulada en la mayoría de los supuestos normales de adopción con sólo *cambiar la referencia a los padres naturales* (peculiaridad *decisiva* en este litigio).

2. NATURALEZA DE LA ADOPCIÓN

Desde el perfil *estructural*, máxime desde la contemplación del supuesto de hecho de este litigio, la naturaleza hay que referirla a la *institución en abstracto* de la adopción.

La mayoría de los autores —aun tratando de enmarcarla dentro del concepto de *institución*— hablan de que la adopción «*responde a...*», «*tiene una finalidad...*», «*es un instrumento...*» (36), centrando la figura en «una institución de Derecho natural creada en la línea de las exigencias naturales» (37), o bien en que «la adopción determina una relación de parentesco y engendra un verdadero *status familiar*» (38).

Así las cosas, el *cómo* estructural solamente puede tener una respuesta mínimamente seria y comprensible: la adopción es una *creación directa de la ley*. Que equivalga o no a «una mentira técnica consagrada por la

(32) Rec. nota 4 precedente.

(33) Véase su «Evolución histórica y realidad actual de la adopción en España», en el volumen colectivo *Il diritto del minore alla famiglia (Prospettive comparatistiche)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, págs. 391 y ss., especialmente 400, y allí las notas 13, 14, 15 y 16, relativas las dos últimas a las cifras tomadas de la AEPA (Asociación Española para la Protección de la Adopción).

(34) Véase «La nueva regulación legislativa de la adopción», en esta REVISTA, 1971, págs. 829 y ss., especialmente 837.

(35) Véase en su comentario a estas sentencias en A. D. C., cit., pág. 1250: subrayados míos (J. C. G.).

(36) Véase, por todos, MANTECA, *op. cit.*, págs. 105 y ss.; Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 380.

(37) Así, MANTECA, *op. cit.*: lo cual no es demasiado significante, a mi juicio.

(38) Así, Díez-PICAZO, *op. cit.* El problema reside en la *estructura*, o sea, en el *cómo* se crea, se engendra o se determina ese parentesco y ese *status familiar*.

necesidad» (39), o a una verdadera *ficción jurídica* (40), no es tema de mi incumbencia.

El encuadre de la adopción dentro de las *ficciones jurídicas* es ya antiguo, aunque apenas esbozado ni aludido por los autores. Se refería ya a este punto A. BONILLA SAN MARTÍN (aludiendo a las funciones, histórica y dogmática, de la ficción, a los fines y forma de la ficción jurídica y a las ficciones en el Derecho moderno) (41). Entre los *fines* a que la ficción responde está *el de servir a las instituciones establecidas y a los intereses que han creado*, y, como ejemplo notable de esta finalidad, presenta la historia de *la adopción* en los pueblos arios: «No obedeció originariamente la adopción al deseo de compañía, ni a la caridad para con los huérfanos, ni a otras consideraciones semejantes. Fue, pura y simplemente, una consecuencia del 'deber de perpetuar el culto doméstico', ya consignado en el *Manava-Dharma-Sastra*... cuando la institución *sustinente* decayó, la adopción se desnaturalizó por completo...» (42).

Aun *presuponiendo* que la adopción sea una ficción jurídica creada por la ley, el tema no terminaría. Hablan *unos* de asimilación de la ficción a la extensión analógica (DEKKERS), en tanto que *otros* distinguen entre ficción oculta o encubierta (es la verdadera ficción) y ficción manifiesta (PRINGSHEIM): esta última está más cerca de la idea de *símbolo* (43). Se trataría así de «un procedimiento *indirecto* de determinación de una regla jurídica mediante el empleo de un artificio o rodeo que lleve al cumplimiento del fin deseado sin que el destinatario de la regla se dé cuenta, a primera vista, del mismo» (44).

Prescindiendo de que la adopción fuera una ficción jurídica creada por la ley y *reduciendo* su encuadre al de un *símbolo jurídico*, conviene recordar que el símbolo (natural o artificial) es por naturaleza equívoco y puede tener varios sentidos. Lo cual no nos conduce a ningún punto concreto.

A mi juicio, en el aspecto *estructural*, cabría defender que la adopción es un tipo puro de ficción legal manifiesta, lo que enlaza con la idea de un simbolismo artificial creado *ex lege* para imponer una relación paterfamilias y originar una filiación legal (no natural) cual la adoptiva. Todo ello, en vista al supuesto de hecho del litigio, parece posible, aunque no voy a montar una tesis doctoral sobre el tema.

3. EL PERFIL ESTRUCTURAL Y SUS PRESUPUESTOS

Reitero aquí el carácter *sociológico* en que pretendo enmarcar este punto y su conexión con el litigio resuelto por el Tribunal Supremo.

Los *presupuestos* que presento son los subjetivos, objetivos y formales, en la forma que sigue.

(39) Al decir de IHERING, en *Abreviatura del espíritu del Derecho Romano*, Buenos Aires, 1947, página 418.

(40) Así, CABANILLAS GALLAS, en el *Dictamen* al Proyecto de Ley de 1970 (cita en CHICO ORTIZ, *op. cit.*, en esta REVISTA, 1970, págs. 1401 y ss.).

(41) Véase «La ficción en el Derecho (Estudio de Filosofía Jurídica)». Discurso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 1.º de diciembre de 1912, Madrid, 1912.

(42) Así, en BONILLA, *op. cit.*, pág. 29.

No parece opinar lo mismo M. GARCÍA GARRIDO en «Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho Romano», en *A. H. D. E.*, Madrid, 1957, págs. 305 y ss. Véase allí una extensa referencia bibliográfica respecto a la ficción.

(43) Véase GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, págs. 306 y 308.

(44) Véase BONILLA, *op. cit.*, págs. 15 y 17.

A) *Presupuestos subjetivos*

Presento aquí los puntos o elementos naturales de la cadena o trama de hechos que *habitualmente* —como ocurrió en el caso de autos— conducen a una adopción: unos padres naturales, un menor (adoptando), unos padres adoptantes, unos intermediarios.

a) *Los padres naturales*

Lo más llamativo del supuesto litigioso es precisamente la *conducta reiterada* de los padres naturales, que no cejan en su empeño en recuperar a la niña, si bien esta recuperación les iba a costar *siete años* (!).

Otro aspecto curioso es la constante referencia de las sentencias de instancia y del Tribunal Supremo al *padre natural*. A mi modo de ver, es la primera vez que se ha tomado en cuenta su existencia, su interés, su opinión y su conducta.

Son de resaltar estos dos puntos en este lugar porque *habitualmente* la práctica totalidad de los autores patrios que suelen analizar el tema de la adopción vuelcan sus simpatías en la persona del *menor*, sin apenas referencias al punto de los *padres naturales*. Ultimamente, con la explosión de la prensa periódica y sus denuncias sobre el tema (45), parecen haber despertado los juristas, sobre todo desde la posición *feminista*, redescubriendo el tema de la *madre natural*. Digna de citar aquí la postura progresiva de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (46), quien denuncia abiertamente «la ausencia de una infraestructura pública de asistencia a la maternidad y a la infancia» y opina sin demagogia que «parece claro que la adopción encubre un traspaso institucionalizado de hijos de padres humildes a personas acomodadas».

Después de la Constitución de 1978 habrá que recordar aquí la prohibición constitucional de *discriminación* por razón de sexo ni de filiación, y, consecuentemente, cambiar la óptica o perspectiva habitual en torno a las *madres solteras*. Lo que lleva, naturalmente hablando, a lo siguiente: que, en *primer lugar*, la mujer soltera embarazada tenga derecho a ser

(45) Para hacer una referencia global (sintéticamente), pueden verse en *las hemerotecas* estos títulos:

— *Revistas de información general:*

Gentes, núm. 12, 15 octubre 1976, pág. 10, título: «Se compran hijos de madres solteras».

Cambio 16, núm. 523, 7 diciembre 1981, pág. 139, título: «Niños de compra y venta».

Interviú, núm. 301, 17-23 febrero 1982, págs. 78 y ss., título: «Más pruebas sobre el tráfico de niños (La monja cambiaba los bebés como cromos)»; núm. 331, 15-21 septiembre 1982, páginas 90 y ss., título: «Compramos dos niños en Colombia».

— *Prensa diaria:*

El País, 11 y 12 julio 1980, «Una mafia buena envuelve el sistema de adopciones».

— En los *medios audiovisuales* también han aparecido denuncias sobre el tema. Habrá que ver en el futuro las *video-tecas* y allí los *programas* siguientes:

«La Clave» (tema 'El aborto'), día 30 septiembre 1983, 12,40 horas (p. m.): El señor RUIZ GALLARDÓN pone en relación el derecho a la vida con los padres que quieren adoptar. «Lo progresista —dice— es que un niño nazca, atenderlo y que desarrolle su vida». La señora ALMEIDA le replicó: «Es una hipocresía de una sociedad que sanciona a la madre soltera; no es cierta esa relación del derecho a la vida con la adopción, ya que hay *miles* (sic) de centros con niños, pero que no pueden ser adoptados plenamente».

«Estudio Abierto» (*Entrevistas*), día 1 febrero 1984, 10,45 horas (p. m.): Doña M. CUADRA expone que conoce casos de extorsión por religiosas a las mujeres solteras embarazadas en trance de dar a luz.

(46) Véanse «Comentarios a los artículos 172-180 del Código Civil», en *Comentarios...*, cit., páginas 260 y ss., especialmente 264 y ss.: subrayados míos (J. C. G.).

tratada y considerada como persona, con la dignidad que se merece conforme a Derecho; en segundo lugar, a que la parturienta no sea coaccionada (ni física ni psíquicamente) para que renuncie al hijo que va a nacer; en tercer lugar, a que se combata por todos los medios tales prácticas abusivas que enlazan con la aberración de que se adopte a un *nasciturus* (47); en cuarto lugar, a que se consideren nulos de pleno derecho los famosos escritos de «renuncia» a los derechos sobre los hijos —de un lado, genéricos e indeterminados, y de otro, previos al nacimiento—, otorgados sin ninguna garantía ni formalidad por la embarazada a punto de dar a luz (48); en quinto lugar, a que, por encima de una concepción trasnochada de 'beneficencia' y de 'caridad', debe primar la idea de *justicia*, atribuyendo el niño/niña a su verdadera madre cuando ésta quiere tenerlo consigo; en sexto lugar, a postular la conveniencia de un *plazo de reflexión* mínimo para la madre natural —en la Ley de 1970 era de seis meses; en la reforma de 1981 es de un mes (49)—, en consonancia con el *Convenio Europeo de Estrasburgo* (24 abril 1967) sobre la Adopción de Niños (50).

A lo expuesto cabría añadir la peculiarísima *condición social* de los padres naturales en el presente litigio resuelto por el Tribunal Supremo: «ella, de elevada posición económica...» ¿*Quid* si hubieran sido gente modesta y *sin* medios materiales? La apreciación que hace el Tribunal Supremo —resolviendo el recurso por quebrantamiento *de forma*— acerca de la posición económica de la madre natural es para declarar su *irrelevancia* en cuanto al abandono.

b) El menor (adoptando)

Me remito *genéricamente* a las consideraciones de la doctrina acerca de este tema. Aquí me refiero *exclusivamente* a una consideración sociológica primaria, elemental.

En la opinión de CASTÁN VÁZQUEZ (51) «los adoptados son casi siempre —de acuerdo con lo deseado por pediatras, psicólogos y educadores— niños de muy corta edad. Frecuentemente se trata de niños recién nacidos, cuyas madres (madres solteras) dan consentimiento para la adopción». Cita los datos siguientes de la AEPA en base a los 920 casos de

(47) En este sentido, BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 323, y CUEVAS, *op. cit.*, pág. 429: niegan tal posibilidad, cuando precisamente la realidad nos muestra lo contrario y que es la práctica diaria (!).

Quién iba a pensar cuando escribí hace años sobre «La ocupación» en esta REVISTA, núm. 486, septiembre-octubre 1971, págs. 1045 y ss., especialmente 1067 y ss., que una persona humana puede ser ocupada en estado de recién nacido y transferida al mejor postor (!).

Quién iba a pensar, cuando se crearon hace siglos Ordenes Religiosas con la finalidad exclusiva de atender y proteger a la infancia desvalida, que con el tiempo iban a devenir en puntos neurálgicos decisivos en la cadena que lleva a una adopción (!). Cfr. LLOYD DE MAUSE y otros: *Historia de la infancia*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 160, y FLANDRIN: *Le sexe et l'occident*, Ed. du Seuil, París, 1981, pág. 180 (citas en FOSAR: «Las uniones no matrimoniales en el Derecho histórico español», en esta REVISTA, núm. 554, enero-febrero 1983, pág. 133, especialmente 148 y 161).

(48) En idéntico sentido, BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 323 y nota 23, aludiendo a esta práctica de escritos de renuncia, que «es frecuente en las casas de maternidad y demás establecimientos benéficos» (sic).

(49) Para BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 345 (y notas 19 y 20): «Ciertamente esta disminución del plazo puede dar lugar a que los padres (en especial, las madres) se vean en algunos casos privadas de sus hijos sin tener plena conciencia de ello o en circunstancias cuestionables» (sic) (subrayados míos: J. C. G.).

(50) Su artículo 5 y párrafo 4.º establece que «el consentimiento de la madre para la adopción de su hijo no será válido si se da dentro de las seis primeras semanas siguientes al parto».

A resaltar que el citado CONVENIO no ha sido ratificado por España: véase en CASTÁN VÁZQUEZ, *op. cit.* en nota 33, pág. 402.

(51) *Op. cit.* en nota 33 precedente, pág. 401 y nota 16.

adopción tramitados por ella en los años 1969-76, en cuanto a la *edad* del adoptado: «recién nacido, 552 casos; durante el primer año, 145; de uno o dos años, 42; de tres o cuatro años, 42; de seis o siete años, 25; de ocho, nueve y diez años, 8; de once, doce y trece años, 3; de más de trece años, 5; sin datos, 98». La Asociación —añade— señala una cierta reacción por parte de los futuros padres para adoptar niños mayores de cuatro años, seguramente por temor a las dificultades de adaptación. En cuanto al sexo de los adoptados, 496 eran niños y 424 niñas.

En opinión de CUEVAS (52), «el Código Civil no contiene especiales requisitos para determinar la aptitud subjetiva del adoptado», y entiende: «que ha de ser persona física (en el sentido del art. 30 CC), que no estuviere ya adoptado por persona del mismo sexo que quien pretenda adoptar... y que el defecto de capacidad de obrar (demencia, imbecilidad o sordomudez), más que un obstáculo, constituye un *impulso* (*sic*) a la adopción» (53).

En mi opinión, a la vista de los datos proporcionados por CASTÁN VÁZQUEZ y de la experiencia de la práctica vivida, los niños adoptados suelen ser recién nacidos en una proporción muy superior al 50 por 100 apuntado y, en una inmensa mayoría, son preferidas las niñas a los niños. Para muestra clara: en el caso litigioso, el menor tenía cuatro días y era una niña.

c) Los padres adoptantes

En cuanto a los padres adoptantes, poco suele ocuparse la doctrina de las condiciones de *idoneidad* de éstos, limitándose a las exégesis de los preceptos legales.

Aunque no reciente, es muy significativa la postura de MANTECA ALONSO-CORTÉS, que en una nota de su estudio afirma: «En toda regulación de la adopción es preciso tener en cuenta *el interés del adoptante*, si queremos que en la práctica esta institución prolifere. *Y ello es así porque el adoptante, casi siempre, tiene un interés propio —y egoísta— en la adopción, ‘el crear una familia, cuya seguridad hay que proteger’*. El *móvil altruista ‘puro’ es raro en la actualidad*; podría verse en la adopción por un matrimonio que ya tiene hijos, que, aunque se da, son escasos y mirados con prevención por el legislador (art. 173 *in fine*)...» Tras citar la Ponencia oficial del BICE en las II Jornadas Nacionales de Adopción, concluye este punto diciendo: «*Y este es, por regla general, el móvil de los adoptantes: la ‘contraprestación’ que buscan es, o debe ser, espiritual, pero digno y necesitado de protección. La ley no alude hoy al interés del adoptante. Pero no le excluye. Y en todos los ordenamientos se protege más o menos fuertemente su interés...*» (54).

(52) *Op. cit.*, págs. 429 y ss.

(53) *Op. et loc. cit.* En cuanto a que *no sea posible* la adopción de un '*nasciturus*' o '*concepturus*', ver lo dicho más arriba y notas consiguientes (nota 47). Que la realidad práctica demuestra la evidencia de lo contrario, está al alcance de todos. Conozco el caso de unos adoptantes (matrimonio sin hijos) que han adoptado dos veces: los dos menores adoptados son *hermanos de madre* y seleccionados de intento y previamente.

En cuanto a que los *defectos físicos* impulsen a la adopción, no pasa de ser mera retórica. Aquí están los hechos, denunciados en la *prensa* seria: «... los que verdaderamente son *dignos de lástima*, porque nadie se interesa por ellos, *son los niños subnormales, mongólicos o con parálisis cerebral, que nadie se interesa por ellos*, teórica y prácticamente abandonados. Son carne de institución para toda la vida» (*El País*, cit., día 12 julio 1980): subrayados míos (J. C. G.).

(54) Véase MANTECA, *op. cit.*, pág. 122, nota 21 bis: subrayados míos (J. C. G.).

Más recientemente se ocupa de este punto CASTÁN VÁZQUEZ, diciendo: «Los adoptantes son en la mayoría de los casos *matrimonios* que desean constituir adopción plena. No faltan, sin embargo, adopciones por personas viudas o solteras. *Cuando de matrimonios se trata, éstos suelen carecer de hijos por naturaleza*, pero se dan casos también (al haber desaparecido la vieja prohibición de que adopten quienes tienen descendientes) de adopción en familias donde hay ya varios hijos. *Los adoptantes son indistintamente de posición económica brillante o modesta.*» Añade que, según los datos de la AEPA —antes referidos— para los años 1969-76, «*más del 50 por 100 de los matrimonios adoptantes llevan de cinco a quince años de matrimonio*, y un 20 por 100 lleva de dieciséis a veinte años. *La mayoría de los adoptantes están, al constituir la adopción, en una edad comprendida entre treinta y cuarenta y cinco años*, predominando los de treinta y seis a cuarenta; hay todavía un buen porcentaje de cuarenta y seis a cincuenta años y desciende el número desde esa última edad. En cuanto a la *situación socioprofesional* de los adoptantes, la Asociación afirma que *éstos en general pertenecen a estratos económicos medios y altos, y muy pocos a estratos más inferiores*, lo que plantea la *necesidad* de potenciar las posibilidades de acceso a la adopción de estratos socioeconómicos más débiles» (55).

Desde un punto de vista menos profesoral y a nivel más popular se ha escrito: «*Adoptantes en línea de espera*. En la mayoría de los casos se trata de matrimonios *estériles* y su motivación *suele equivaler al deseo normal de tener hijos*. Sin embargo, la *selección* indica que hay *otras razones*: desde el deseo de llenar un vacío en personas que han vivido egoístamente, hasta el hijo 'distracción', el hijo 'salvavidas' o el hijo 'compañía para la vejez'... La *selección* de padres no puede hacerse bajo un criterio unipersonal. Para esto se creó (en la Diputación Provincial de Madrid) una comisión compuesta por dos médicos, una psiquiatra, dos asistentes sociales y un abogado. *Se aplican unas normativas al estudio de las solicitudes*: edad, características culturales y económicas, motivaciones reales, etc. *Las entrevistas* entre solicitantes y miembros de la comisión ofrecen gran complejidad. Al tocar detalles íntimos de la pareja se alcanzan cotas emocionales muy altas...» (56). En otro lugar de ese reportaje se escribe: «La investigación y la experiencia han quitado muchos méritos y desmitificado a personas. Asombra la abundancia de hijos adoptivos que fueron utilizados como criados, obreros de labranza o pastores...» (57).

En mi opinión, carecemos de unos estudios *completos y científicos de investigación sociológica* que nos permitan una aproximación seria al tema. Queda en el aire la *duda* de si los padres adoptantes son preferidos por su condición social o por su religión profesada (acendrado catolicismo, v.gr.), o por su popularidad (58), o por su encanto personal o por otras razones hoy por hoy inescrutables. El caso aislado de la Diputación de Madrid del que habla la prensa citada es digno de elogio y podría y debería extenderse a otros centros similares.

En el caso de autos resuelto por el Tribunal Supremo los padres adoptantes parecían ser de familia media. No hay otros datos.

(55) Véase CASTÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, pág. 400 y nota 15: subrayados míos (J. C. G.).

(56) Véase *El País*, 12 julio 1980, cit., quinta columna, parte superior: subrayados míos (J. C. G.).

(57) Véase *El País*, 11 julio 1980, cit., tercera columna, parte inferior.

(58) Recuérdese el aireado caso del cantante Manolo Escobar.

d) *Los intermediarios*

En este punto, si la pluma se limitase escuetamente a recoger las versiones publicadas en los medios de difusión social, los epítetos y las denuncias resultarían muy duros. Sin ánimo de herir y sin exhaustividad, caben aquí las siguientes manifestaciones, entresacadas al azar:

● «... [las madres solteras] no ven otra solución que la de entregarse a la protección de los 'intermediarios'. Estos, que suelen ser médicos, comadronas, enfermeras, monjas, etc., tienen como *función principal* la de encontrar un matrimonio dispuesto a adoptar al niño que la madre no desea. Ese matrimonio es quien, muy a menudo, se encarga de ayudar a la joven madre durante esa difícil fase. Y si bien la mayoría de estas madres solteras ya se hallan dispuestas, e incluso deseosas, de renunciar a su hijo, el intermediario no cesa con frecuencia de presionar en ese sentido, no vaya la chica, en los últimos meses, a cambiar de idea, con todo lo que eso supone... Lo grave en este caso [*caridad misteriosa*] es el modo como percibe [el intermediario] esas ayudas y las personas de donde provienen. ¿Qué criterios seguirá la hermana X. para elegir a los futuros padres adoptantes? ¿Por qué tanto misterio en torno a esas filantrópicas amistades? ¿Por qué tanto secreto alrededor de ese 'abogado de...' que a nosotros ya nos parece un mítico personaje?» (59).

● «Las intermediarias suelen ser personas que conocen el medio de donde salen los niños: prostitutas y/o las clínicas de maternidad e instituciones que recogen a madres solteras. Alrededor de esos centros las mujeres en trance de parir escuchan voces tentadoras que susurran dinero a cambio de quitarse de encima quebraderos de cabeza y molestias, al mismo tiempo que aseguran que el hijo estará de lo mejor atendido con una familia muy buena... Pero muchas de esas madres solteras no han querido desprenderse del niño y han hablado, y resulta que muchas de las voces susurrantes, que hacían todo eso *por su bien*, resultaban ser de personal con hábito con nombres, apellidos y una dilatada experiencia en ese campo...» (60).

● «Un desfile de monjas, asistentes sociales, médicos, abogados, policías, secretarios generales o jueces conforman todavía hoy los pilares de la adopción, una estructura sin delimitar, desorganizada y enclavada sobre terrenos movedizos. Estructura apuntalada por recomendaciones, favores y agradecimientos que se traducen en bastantes ocasiones a 'cheque-regalo', subvenciones o ayudas...» Dicho cortejo es calificado como «una mafia buena». Sigue el artículo: «Los bondadosos dirigentes poseen listas de espera de padres adoptantes, que seleccionan bajo su propio criterio (serio, indudablemente) y solucionan por la vía rápida la transmisión de derechos. Durante todos estos años gran número de personas de diferentes comunidades religiosas fueron los principales intermediarios entre las madres que por necesidad (o sin ella) abandonaban a sus hijos y las parejas que con necesidad (o sin ella) querían adoptarlos. La imagen de confidentes paternalistas les colocaba en el lugar idóneo para proporcionar el apoyo y la cooperación que ambas partes necesitaban...» (61).

(59) Véase en Revista *Gentes*, núm. 12, día 15 octubre 1976, págs. 12-13.

(60) Véase en Revista *Cambio* 16, núm. 523, día 7 diciembre 1981, pág. 139: el subrayado viene en el propio texto transcrito.

(61) Así, S. TAPIA y J. BARANDA, en «Una mafia buena envuelve el sistema de las adopciones», en el diario *El País*, día 11 julio 1980, columnas segunda y tercera.

● Para otros tonos y otras descripciones, me remito a las citas genéricas indicadas más arriba (62).

Con las precedentes muestras estimo suficiente la descripción *genérica* de un hipotético caso de adopción. Para el *concreto* supuesto de hecho que decidió el Tribunal Supremo basta repasar los 'Antecedentes', y en ellos se verá la actuación 'desinteresada' de la que he denominado «caritativa doña C.».

En cualquier caso, entiendo que todas estas descritas manipulaciones tienen poco que ver con la caridad, entrañan una serie de actividades que en muchos casos rozan tipos delictivos y responden a un concepto pequeñoburgués de entender la sociedad, las relaciones con el prójimo y la consideración de la madre soltera. Hay en todo ello subyacente un problema de *justicia*, no de falsa caridad. Esa justicia está pendiente de darse.

B) *Presupuestos objetivos*

Insistiendo en este perfil estructural, cabe aludir brevemente a lo que se entiende por abandono, a los criterios determinantes de la adopción y a la entrega del menor.

a) *El hecho de la exposición o abandono*

A mi modo de ver, el hecho de la exposición o abandono es una figura estudiada con gran detención por la doctrina patria, y creo que poco más cabe añadir a sus brillantes exposiciones, de entre las que merecen destacarse las de F. CASTRO LUCINI (63) y la de J. VERGER GARAU (64).

Desde el punto de vista *estructural* parece claro que el abandono puede adoptar formas muy diversas, de difícil reconducción a un concepto

(62) Así, en Revista *Interviú*, números citados en nota 45 precedente: de donde se infiere un mercado negro de niños a nivel *internacional*.

(63) En una *primera* aproximación se ocupaba de este punto en «La nueva regulación legislativa de la adopción», en esta REVISTA, 1971, págs. 829 y ss., especialmente págs. 854 y ss. Para una *valoración concreta* del abandono, en relación con el supuesto de hecho de esta sentencia, véase su espléndido comentario en A. D. C., octubre-diciembre 1973, págs. 1218 y ss., especialmente págs. 1227 y ss.

Se ocupan del tema también: MANTECA, *op. cit.*, págs. 225 y ss.; CHICO ORTIZ, *op. cit.*, págs. 1425 y ss.

(64) Aunque más antigua en el tiempo, mantiene su interés, distinguiendo entre abandonados expósitos y abandonados *no* expósitos: véase su «Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción», en R. J. Cat., octubre-diciembre 1968, ed. separata, págs. 13 y ss. En sentido similar, ARCE FLÓREZ-VALDÉS: «En torno a los conceptos de 'abandonado' y de 'expósito' como sujetos de la adopción», en R. G. L. J., septiembre 1967, ed. separata, REUS, 1967, especialmente págs. 7 y siguientes y 19 y ss.

Para la noción de *abandono* en otros derechos:

— En *Derecho francés*.—STOUFFLET: «L'abandon d'enfant», *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1959, págs. 267 y siguientes; D. HUET-WEILLER: «La déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350, alinea 3, du Code Civil», *Sem. Jur.*, 1969, I, pág. 2259; A. M. FOURNIÉ: «De l'abandon à l'adoption plénière. Le contentieux de l'abandon», *Sem. Jur.*, 1974, I, pág. 2640. En general, A. WEILL y F. FERRE, en *Droit civil (Les personnes. La famille. Les incapacités)*, ed. DALLOZ, 4.^a ed., 1978, págs. 655 y ss., especialmente 664 y ss. (y allí, las citas señaladas).

— En *Derecho italiano*.—NATOLI: «La adozione», en CARRARO, OPPO, TRABUCHI: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 2, Padova, 1976, págs. 730 y ss.; A. PINO: *Il diritto di famiglia*, ed. CEDAM, Padova, 1977, págs. 217 y ss., especialmente 227 y ss.

Después de la reforma española de 1981, en relación con el punto del *abandono*, puede verse: R. BERCOVITZ: «Comentario al artículo 174 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil...*, citado, págs. 336 y ss., especialmente 339 y ss.

unitario. Parece básicamente consistir en una *situación de puro hecho*, valorable por el juzgador de instancia. Los supuestos que la vida real presenta son muy variados y han originado amplísima literatura (65).

Por lo que respecta al *supuesto litigioso comentado*, el período de tiempo transcurrido desde el momento del nacimiento de la niña hasta su reconocimiento en testamento por cada padre natural parece normal y no excesivo, atendiendo a las vicisitudes habidas y al entorpecimiento y dilaciones planteadas por el centro benéfico. De otro lado, la presunta confabulación del centro con la familia de la madre natural y los reiterados intentos de recuperar a la niña efectuados por los padres naturales parecen implicar la inexistencia de *voluntariedad* en el abandono. Finalmente, el abandono fue efectuado por *persona distinta* de la madre natural, persona de la que habría que saber si tenía o no una relación o vínculo con la madre (o más bien con la familia de la madre) y, concretamente, determinar su responsabilidad (66).

b) Los criterios básicos determinantes de la adopción

La experiencia de la *práctica* demuestra que, en el momento crucial de proceder a la entrega de un menor en adopción, no hay unos criterios básicos caracterizadores de *por qué* es entregado a una pareja y no a otra. La experiencia habla de rigurosos controles de solicitantes, de sumas de dinero, de recomendaciones de 'buena conducta', etc., pero nadie sabe exactamente *qué criterios* fueron los utilizados. La experiencia citada en *El País* en cuanto a la Diputación Provincial de Madrid parece muy reciente, y no tenemos otros datos.

La consecuencia extraída del *supuesto litigioso* no es demasiado reveladora: no sabemos por qué fueron elegidos como adoptantes los aquí demandados, y no otros.

La inexistencia de unas estadísticas serias y fiables del *porqué de ser preferidos* unos adoptantes a otros, o, lo que es lo mismo, la ausencia de *criterios básicos* determinantes de la adopción, induce a pensar en si sería posible hoy en día una adopción por pareja no casada, o por matrimonio de posición económica baja, o por matrimonio no católico, etc. Todo ello apunta a una carencia de datos infraestructurales, derivada del desconocimiento real del tema.

A mi juicio, esa *determinación* de criterios básicos parece trascendental y enlaza con una mirada constitucional del tema, si no queremos que la ausencia de *discriminación* entre españoles deje de ser pura retórica.

c) La entrega del menor adoptando

En este apartado me refiero, de un lado, a la entrega del menor *al* establecimiento benéfico, y, de otro lado, a la entrega del mismo *por* el establecimiento.

(65) No es necesario remontarse muy lejos en la historia. Baste recordar la copiosa producción de un DICKENS, un DUMAS, etc. Más modernamente, B. BRECHT, cuya preocupación por el tema del abandono *involuntario* de un hijo por su madre le ha llevado a presentar dos obras de trasfondo similar: *El círculo de tiza del Cáucaso* y *El círculo de tiza de Augsburgo*.

Para una descripción de las situaciones de *abandono*, véase TAPIA-BARANDA, *El País*, cit., día 12 julio 1980.

(66) Curiosamente, el *procedimiento penal* instado por ambos padres naturales contra quienes resultaren ser culpables de la situación de la niña, había terminado con un sobreesimiento. (¿Qué razones hubo para esa decisión? Se ignoran.) Me remito a los *Antecedentes* del supuesto de hecho.

La entrega del menor al establecimiento benéfico puede hacerse teóricamente o bien por los padres naturales o bien por una tercera persona. Prescindiendo aquí de la entrega *voluntaria* por el padre o madre natural —supuesto de hecho muy poco frecuente en la práctica—, quiero referirme a la entrega efectuada *por terceras personas*. Este punto enlaza con el de los *intermediarios* en la cadena de personas intervinientes en una adopción, antes aludido. Es una materia apenas estudiada en nuestro Derecho (tampoco en otros ordenamientos lo está) y de la que sabemos lo poco que se trasluce en los comentarios aparecidos en los medios de comunicación social. En el *supuesto litigioso* comentado la entrega había sido efectuada por tercera persona, en el caso la 'caritativa' doña C. En estas entregas por terceros, al parecer de una *habitudinalidad* casi profesional, hay como mínimo implícitas toda una gama de actividades delictivas y, por ende, punibles, tanto en el viejo ordenamiento penal (67) como en el nuevo Código Penal en perspectiva (68). Hay una imputabilidad directa, una culpabilidad manifiesta y una responsabilidad criminal y civil exigible.

La entrega del menor *por* el establecimiento es un hecho más atípico en la cadena de actos que culminan en una adopción. Unas veces se efectúa la entrega en forma de 'prohijamiento' o 'acogimiento' *previos* a la adopción —éste parece que fue el procedimiento en el supuesto litigioso—, *con o sin* instrucción de expediente; otras veces la entrega se efectúa *directamente, sin papeles (sic)*, con lo que el matrimonio adoptante tiene que proceder consecuentemente a una inscripción en el Registro Civil como hijo/hija propio, con clara actividad delictiva de *simulación de parto*. Teóricamente esta entrega previa a la adopción va implícita a unas *garantías* derivadas de una instrucción de un expediente administrativo, a nivel provincial o local. Prácticamente las garantías brillan por su ausencia y no hay control alguno en este período.

C) *Presupuestos formales*

Desde el perfil estructural una adopción puede ser caracterizada por la total falta de requisitos y formalidades previas. Cabe deslindar varios puntos en este lugar, como sigue.

a) *La ausencia de formalidades*

A lo largo de la exposición precedente puede contemplarse una adopción concreta desde el perfil *estructural* como acto carente de las más mínimas formalidades. En efecto, nadie sabe cuántas madres naturales van a desprenderse de sus futuros hijos, ni cómo lo hacen, ni cuántos

(67) El Código Penal reformado por Decreto 23-12-44 trata del delito de suposición de parto en los artículos 468-470 (título XI, delitos contra el estado civil de las personas), y de los delitos de sustracción de menores (arts. 484-486), y del abandono de familia y de niños (arts. 487-489) en el título XII, delitos contra la libertad y seguridad.

(68) En el *Proyecto de Ley de 17 de enero de 1980* (I Legislatura, serie A, núm. 108, I) se sancionan una serie de conductas delictivas de esta clase en los artículos 297 a 300 (Del abandono de familia y de niños) del capítulo III (Delitos contra los derechos y deberes familiares) del título VI (Delitos contra la familia).

En el *Anteproyecto* de nuevo Código Penal, elaborado por el Ministerio de Justicia en 1983, hay pocas alteraciones respecto del Proyecto de 1980, quedando tales conductas aludidas sancionadas en los artículos 225 y 226 del capítulo III (Delitos contra los derechos y deberes familiares) del título X (Delitos contra las relaciones familiares).

hijos son abandonados legalmente, ni quiénes serán los adoptantes, ni qué intermediarios actuarán, ni qué criterios serán decisivos para la adopción, ni cómo se entrega el hijo, ni qué formalidades rodearán a tales actos. Misterio tras misterio. Son demasiados misterios.

Es necesario robustecer y dignificar un *acto previo* a la adopción de forma que existan garantías para todos los que más directamente son afectados por la operación —madre natural, hijo, padres adoptantes— y que haya un rígido control que evite los abusos y el actual 'desmadre' de tanto intermediario. Las garantías van implícitas en todo procedimiento serio, y, consecuentemente, habrá de ser un procedimiento *administrativo* dirigido por funcionarios competentes. El control sólo puede derivar de la actividad administrativa estatal a través de su doble cauce de acción: actividad de fomento (promoción de hogares maternos, campañas de información sanitaria, educación de la mujer, etc.) y actividad de policía (sanción de irregularidades, remoción de dirigentes de establecimientos, control de intermediarios, fiscalización, seguimiento del Registro Civil, etcétera).

b) *Los mecanismos habituales*

Hemos visto precedentemente cómo la mecánica operativa habitual y socialmente vigente es la de que los presuntos adoptantes tratan de ganarse la simpatía de alguna de las personas intermediarias de la cadena que lleva a la adopción.

Ninguna garantía para los adoptantes, ningún control para los intermediarios. Ningún criterio rector que seleccione uno de entre los niños abandonados, ni una de entre las postulantes parejas adoptantes. Todo queda en manos de la improvisación, del azar, de la 'caridad' mal entendida.

Recapitulación parcial

A la hora de resumir estas notas en torno a la dimensión *estructural* de la adopción, cabe señalar:

- 1.º Que las diversas formulaciones sociológicas de los supuestos de hecho conducentes a una adopción concreta se avienen difícilmente a la idea de un concepto unitario del instituto.
- 2.º Que bajo este perfil el *cómo* de la adopción parece responder a un tipo puro de ficción legal manifiesta mediante la cual se crea el *símbolo* de la generación entre adoptantes-adoptado, originando una filiación legal no natural.
- 3.º Que los presupuestos subjetivos apuntan a una maraña de intervinientes y a una cadena en la que los puntos principales suelen ser los intermediarios.
- 4.º Que existe una clara, real e injusta discriminación social y legal en cuanto a las madres naturales, sometidas en su gestación a todas las coacciones y presiones para que renuncien a su hijo/hija.
- 5.º Que existe un turbio mercado 'negro' de niños recién nacidos, que pasan de mano en mano ofertados al mejor postor.
- 6.º Que no se sabe cuáles razones son decisivas para que determinadas parejas sean preferidas a otras como padres adoptantes.

- 7.º Que la situación de abandono o exposición responde a unas premisas de hecho, de difícil reconducción a un concepto unitario.
- 8.º Que es obvia la ausencia de criterios básicos determinantes de una adopción concreta.
- 9.º Que la entrega del menor está rodeada de oscuras maniobras derivadas de la inexistencia de garantías procedimentales y de un control administrativo serio.
10. Que la ausencia de formalidades evidencia la necesidad de una actividad administrativa total, tendente a conjugar los distintos intereses en juego y a satisfacer las demandas de la justicia y de la no discriminación (ni por nacimiento, ni por sexo, ni por religión, etc.).

V. NOTAS PARA UNA DIMENSION FUNCIONAL DE LA ADOPCION

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

Analizado en el epígrafe precedente el perfil *estático* de la adopción tal como se presenta en la realidad diaria, parece conveniente dejar ultimadas estas reflexiones con una inevitable referencia al perfil *dinámico* del instituto en su devenir en el mundo del derecho y, más en concreto, en orden al supuesto litigioso.

Haré también una breve reflexión sobre la naturaleza de la adopción en su perfil *funcional*, para dejar centrado este tema.

Finalmente, habrá una referencia a los *presupuestos* subjetivos, objetivos y formales de la adopción desde este perfil funcional, y a algunas particularidades acerca de la *extinción* de la misma.

2. NATURALEZA

Ha podido decir exactamente HERNÁNDEZ GIL que «cuando se debate la naturaleza de la adopción no es propiamente *la relación derivada* de la misma la que suscita opiniones encontradas, sino más bien *el acto a virtud del cual se funda aquélla*» (69).

Desde este perfil *funcional* es constatable cómo cada ordenamiento jurídico establece una serie de hechos preordenados sucesivamente tendentes a la adopción. Según actúe en cada caso el control estatal podrá hablarse de uno u otro régimen, de uno u otro sistema. Se habla así de sistemas judiciales puros, administrativos puros o mixtos (70), o de sistema como acto privado o como acto estatal (71). El tema ha sido estudiado con profundidad, exhaustividad y cierta rotundidad y dogmatismo por la doctrina para nuestro Derecho, poniéndose el acento en *el momento perfectivo del acto* o en el tema de *cuál sea el verdadero acto constitutivo* de la adopción. Exposiciones técnicamente irreprochables —de un lado y de otro— van decantando sus argumentos en pro de una tesis que ya se había tomado previamente, a veces desde *un punto de*

(69) Cfr. sus *Dictámenes*, tomo I, Madrid, 1968, pág. 41 (subrayados míos: J. C. G.).

(70) Véase CASTRO LUCINI: «Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción», en *A. D. C.*, 1970, págs. 278 y ss.

(71) Véase MANTECA, *op. cit.*, págs. 129 y ss.; también CUEVAS CASTAÑO, *op. cit.*, en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 103, enero-marzo 1979, págs. 397 y ss., especialmente 399 y ss.

vista abstracto, otras —las menos— desde un concreto problema del cual extraen soluciones generales (el conocido *sofisma* de falsa generalización).

Para un correcto encuadre del tema podría partirse de este aséptico planteamiento de W. FRIEDMANN: «... la adopción es un proceso delicado en el que la idoneidad, las necesidades y los intereses de tres partes —adoptantes, padres naturales y el niño— tienen que ser cuidadosamente ponderados. De aquí que sea hoy requisito universal la autorización OFICIAL (sic) concedida por UNO de los Tribunales que entienden de asuntos familiares. Mucho menos frecuente es el acuerdo sobre la clase de tribunal que está mejor calificado para actuar. Puede ocurrir muy bien que en lo futuro un organismo social adecuadamente calificado (sic) asuma cada vez más las funciones de jueces jurídicamente preparados para resolver. Entre tanto, con la aparición de trabajadores sociales (sic) preparados, el requisito de una investigación social realizada por funcionarios adecuadamente preparados en las circunstancias de la adopción, que ha de presentarse al tribunal, es un requisito que se generaliza rápidamente... La vigilancia del procedimiento de adopción debe empezar mucho antes del acto real de la adopción, en el momento en que un posible adoptado es colocado en un hogar...» (72).

Este planteamiento no dogmático, atento a la realidad, permite que se pueda enjuiciar la naturaleza de la adopción —funcionalmente hablando— como de un procedimiento de derecho privado con cierta intervención pública. Hablo, en primer lugar, de un «procedimiento», no como una categoría procesal, sino en sentido menos técnico de una serie o sucesión de actos conducentes a una adopción; en tal sentido, es exacta la conceptualización del supuesto de hecho originante de la adopción como integrado por varios elementos o por una pluralidad de actos con ciertos nexos de interdependencia, lo que permite a una buena parte de nuestra doctrina encasillar ese supuesto como un acto o negocio complejo (73). Por lo cual bien puede hablarse en nuestro caso de «un supuesto de hecho complejo resultante de varios actos, incluso de diversa naturaleza, consistente unos en negocios de Derecho privado y otros no» (74). Hablo, en segundo lugar, de «derecho privado», porque es evidente, como la luz procede del sol, que el acto jurídico en que la adopción se traduce pertenece al ámbito del Derecho privado y se integra en la gran serie de negocios de derecho privado familiar de carácter prevalentemente formal (75). Hablo, en tercer lugar, de que hay «cierta intervención pública», sin precisar cuál sea ésta, dado que la actual reglamentación positiva vigente es un 'co-elemento' —en la terminología de FALZEA (75 bis)— variable y no definitivo, que carece de precedentes históricos constantes y que puede cambiar en el futuro; además de las referencias históricas preté-

(72) Así, en *El Derecho en una sociedad en transformación*, Ed. Fondo Cultura Económica, México, 1966, págs. 268 y ss. (subrayados míos: J. C. G.).

(73) Véase, por todos, la magnífica exposición de A. DE LA VALLINA DÍAZ, *op. cit.*, R. D. P., 1969, págs. 437 y ss., especialmente 442 y ss. En sentido similar y concorde: PIÑAR, MADRUGA, VERGER GARAU, etc. Últimamente, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, págs. 381 y ss.

(74) Así, en CARLOTTA FERRARA: *El negocio jurídico*, trad. de M. ALBALADEJO, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, pág. 145, nota 184.

(75) Prácticamente unánime es la doctrina en este punto, al menos la más autorizada: DE LA VALLINA, SANCHO REBULLIDA, CASTÁN TOBEÑAS, DÍEZ-PICAZO, LACRUZ BERDEJO, DE CASTRO, CASTRO LUCINI, MANTECA, CUEVAS...

(75 bis) Véase *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Ristampa edit. Giuffrè, Milano, 1941, págs. 39 y ss. y 53 y ss.

ritas (76), conviene aquí recordar: que en el momento de la redacción del *Code Napoleon* se quiso suprimir el instituto, que se mantuvo porque el entonces Primer Cónsul «la defendió enérgicamente, en razón de sus preocupaciones dinásticas, y la hizo conservar bajo la forma de un contrato entre adoptante y adoptado» (77); que la transformación de la adopción por las leyes especiales modernas —en prácticamente todos los ordenamientos— es total, y se tiende a hacer de ella una *operación de caridad social* en provecho de los menores (78); que en el *Proyecto de Código Civil de 1851* (A. 139) no existía fase judicial y se perfeccionaba *presentándose ante el alcalde* y consignándose en escritura pública (79); que tal sistema es el que inspira el Proyecto de 1882 (arts. 144 y 145) (80); que con la escueta reglamentación del Código Civil en 1889 el instituto quedó abandonado a las normas reguladoras de las instituciones de beneficencia (81); y que la denominada «fase judicial» es un acto de jurisdicción voluntaria, regido por la LEC (arts. 1.825 a 1.832).

Desde el punto de vista del *supuesto litigioso*, el Tribunal Supremo ha reiterado en el *considerando* 6.º la conocida doctrina del concepto *unitario* de la adopción, acto complejo formado por *tres fases o momentos* —judicial, notarial y registral—, todos ellos esenciales y *de igual valor constitutivo*, si bien centra la *perfección* de la adopción en el otorgamiento de la escritura pública y considera que el *contenido esencial* de la adopción es *contractual*. Sin embargo, hay que hacer notar exactamente con F. CASTRO LUCINI (82) que este *considerando* 6.º no constituye la *ratio decidendi* del fallo, como ya se dijo antes y como luego se verá, aunque su doctrina sea importante en este punto.

Desde el punto de vista de la vigente regulación legislativa, que es la *tradicional*, el Código Civil sigue manteniendo la normativa sobre la adopción, integrándose en el capítulo V del título VII («Relaciones paternofiliales»), como *algo relativo a la patria potestad*. En realidad, más acorde con la moderna concepción de la adopción y con la naturaleza de la relación jurídica que origina, debería situarse tal regulación dentro del título V («Paternidad y filiación») del Código, máxime cuando el artículo 108, párrafo primero, inciso primero, actual dice que «la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción» (83).

Un planteamiento moderno de la adopción debería tener en cuenta las

(76) Para un correcto uso del *canon historicista* en la interpretación del *elemento público* en la adopción, inevitable la referencia a E. BUSSI: *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, 1939, rist. 1971, ed. CEDAM, Padova, págs. 285 y ss., que demuestra que «En una investigación ordenada y sistemática sobre los institutos privados en el derecho común, la adopción no merece un puesto especial. Era cosa desacostumbrada» (pág. 285). Luego recoge la cita de PITZORNO, que distingue entre el aspecto *procesalístico* y el aspecto *sustancial* del instituto: en cuanto al primero, la 'adoptio' era concedida por persona dotada de 'jurisdictio' (*imperio magistratus*), en tanto que la 'adrogatio' podía ser concedida por el 'princeps' o por el 'delegatus principis'; en cuanto al segundo, el nuevo fundamento de la familia en la nueva edad —o sea, el *vínculo de sangre*— no podía armonizarse con un instituto que tenía por finalidad crear un vínculo puramente *civil* (subrayados míos: J. C. G.).

(77) Así, en A. WEILL y F. TERRE: *Droit civil (Les personnes, la famille, les incapacités)*, 4.ª ed., Dalloz, París, 1978, págs. 655 y ss. (subrayados míos: J. C. G.).

(78) Véase WEILL y TERRE, cit., pág. 656.

(79) Véase GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1952, pág. 15a. En nota añade: «Los Códigos francés, napolitano y sardo prescriben largas y engorrosas solemnidades ante el Juez de Paz, el Tribunal de Primera Instancia y, por último, ante el Tribunal Superior o de Apelación...».

(80) Véase DE LA VALLINA, *op. cit.*, pág. 455, nota 148, y allí la referencia a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.

(81) Véase BERCOVITZ, *op. cit.*, «Comentario al capítulo V», pág. 264.

(82) Véase su detenido Comentario a esta sentencia en A. D. C., 1973, cit., págs. 1256 y ss.

(83) En sentido concorde, véase BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 274.

consideraciones propuestas por W. FRIEDMANN antes citadas y prever razonablemente cómo puede ser el devenir del instituto en un próximo futuro (84).

3. PRESUPUESTOS DE LA ADOPCIÓN DESDE EL PERFIL FUNCIONAL

De la misma forma que desde el perfil estructural he efectuado un rápido análisis de la serie de *presupuestos* concurrentes en la adopción, parece conveniente aludir aquí a tales presupuestos desde el perfil funcional. Bien entendido que en esta exposición somera y panorámica del tema es ineludible que tal dimensión *dinámica* aparezca en conexión con las *referencias* a las exigencias legislativas para cada punto, a sus comentarios doctrinales respectivos y a las particularidades del caso.

A) *Presupuestos subjetivos*

En este apartado paso a referirme a la serie de consentimientos, declaraciones de voluntad y audiencias que exige el Código Civil, y siempre en relación con el supuesto litigioso comentado.

a) *El juego de consentimientos*

El Código Civil, en su artículo 173, 2.º y 3.º, *actual*, se refiere a la serie de *consentimientos* y *audiencias* necesarios para dar vida a la adopción. Como negocio *bilateral* que es, la adopción presupone la concurrencia de dos consentimientos básicos: el de adoptante(s) y el del adoptado (o su representante legal). Para la interpretación y desarrollo del tema me remito a la doctrina especializada (85).

En el supuesto litigioso la normativa venía dada por el artículo 176 del Código Civil (*redacción de 1958*), que exigía el *consentimiento* de las personas «que debieran darlo para su matrimonio» —lo que implicaba igualmente que tal consentimiento era una *derivación* de la patria potestad (o tutela, en su caso)— y la *audiencia* de los «más próximos parientes, si fuesen *conocidos*» —cuando el menor estuviese sujeto a la tutela de un establecimiento benéfico—. La sanción establecida en el párrafo 3.º de dicho artículo 176 —caso de *incumplimiento* de tales requisitos— era la de la *nulidad* de la adopción. *Este fue el caso del supuesto litigioso, como he expuesto más arriba*, de manera que en el pleito este artículo 176 del Código Civil tuvo una importancia fundamental. En relación con este punto ha podido con exactitud distinguir CASTRO LUCINI —en cuanto al art. 176 CC citado— entre su aspecto *sustancial* y su aspecto formal (86). En este lugar, relativo al juego de *consentimientos* necesario para la adopción, sólo es el aspecto *sustancial* el de valor decisivo, ya

(84) Para un planteamiento como el citado, véase BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 266 y 270, con el que —salvo mínimos detalles— sustancialmente coincide.

(85) Véanse CANO REVERTE, *op. cit.*, págs. 19 y ss.; CUEVAS CASTAÑO, *op. cit.*, págs. 419 y ss.; MANTECA, *op. cit.*, págs. 222 y ss. Recientemente, BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 314 y ss., especialmente 319 y ss. y 231 y ss., para quien la exigencia del consentimiento de los padres obedece a la *patria potestad*, ya que a través de la adopción se establece una vía excepcional de pérdida voluntaria (renuncia) a la patria potestad, ex artículo 169-3.º del Código Civil. En cuanto a los denominados por el autor citado consentimientos 'genéricos', me remito a lo escrito más arriba en orden a la madre natural (perfil *estructural*).

(86) Véase en A. D. C., 1973, cit., págs. 1239 y ss. y 1248 y ss.

que es el tema básico que constituye la «*ratio decidendi*» de las sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo (87).

En el caso de autos se pretendía por los recurrentes que los *presupuestos* necesarios para la 'audiencia' de los padres naturales eran o bien la inexistencia de abandono, o bien que fuesen 'conocidos' por la Administración benéfica. Lo cual *presuponía equiparar* el abandono al 'desconocimiento' por la Administración. Lo cual *implicaba* un estricto *deber de diligencia* por parte de la Administración benéfica (el art. 176 CC decía que «la Administración... haciendo las comprobaciones necesarias...»). Pero esta tesis de los recurrentes no es correcta, como ha demostrado F. CASTRO LUCINI, ya que ni siquiera en el caso de abandono la ley decía que no deban ser oídos los padres (88).

Los *hechos probados* en este litigio, sentados por la Audiencia y recogidos por el Tribunal Supremo, eran demostrativos de la *inexistencia* de abandono y del *conocimiento* de los padres naturales por la Administración benéfica. Lo que llevaba a la preceptiva exigencia de que los padres fueran *oídos*, cosa que no se hizo. Por ello, está plenamente fundada la sentencia del Tribunal Supremo (considerandos 1.º, 3.º y 4.º). En cuanto a *cuál fuese el tipo de 'conocimiento' requerido* (cierto o indubitado, probable, posible), entiende CASTRO LUCINI que el conocimiento exigido por el antiguo artículo 176 del Código Civil (*hoy*, art. 174) es el *posible*, de manera que es suficiente una *manifestación* responsable y consciente de una persona en base a la cual surge la *obligación de diligencia* del centro benéfico de hacer las comprobaciones necesarias (89).

b) *Las declaraciones de voluntad*

Se ha dicho más arriba que la adopción es un negocio jurídico bilateral familiar sometido al control estatal que genera un nuevo estado civil (90). Y como tal negocio, sus *elementos integrantes* son el consentimiento, el objeto y la causa, elementos que posibilitan que la adopción aparezca en la realidad jurídica. El *consentimiento* negocial aparece estructurado como una serie de declaraciones de voluntad cuya *causa* es el propósito o fin empírico-práctico de *crear* una filiación adoptiva. El consentimiento negocial queda y permanece como un *acto privado* —hoy por hoy—, si bien sometido a un 'control' público.

¿*Ante quién* se debe prestar el consentimiento negocial necesario para la adopción? Para los que entienden que la adopción es un *acto judicial*, es evidente que debe prestarse ante el Juez. Para los que defienden que la adopción es un *acto privado*, debe prestarse ante el Notario. Como el tema es inacabado e inacabable, luego volveré sobre ello. Me reafirmo en mi idea precedente de que la adopción viene a ser un procedimiento de derecho privado con un 'cierto' control público.

Las declaraciones de voluntad tendentes a la adopción tienen el carác-

(87) En este sentido, CASTRO LUCINI, *op. cit.*, pág. 1239.

(88) Véase *op. cit.*, págs. 1246 y ss. La interpretación dicha está más claramente dibujada con la reforma de 1970, en los artículos 173 y 174, que exigen dicha 'audiencia' de los padres naturales, incluso en el supuesto de abandono.

(89) Véase *op. cit.*, págs. 1248 y ss.

(90) En este sentido, véase CUEVAS, *op. cit.*, págs. 399 y 419 y ss.

ter de *personalísimas*, lo que no es obstáculo para que se puedan realizar a través de un representante con poder especial (91).

De la normativa actualmente aplicable a la adopción (Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil) no aparece en ningún precepto que el *consentimiento negocial* se presta ante el Juez (92), ya que el procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente habla de 'escrito' *solicitando* la licencia judicial (*sic*) (art. 1.825), de que 'podrán suscribir la *solicitud*' (art. 1.826, 1.º) —en cuyo caso se *ratificarán* en ella ante el Juez—, y únicamente en *caso que no la hubiesen suscrito* deberán dar su consentimiento a presencia del Juez (art. 1.826, 2.º). De manera que lo importante y decisivo es el *escrito* presentado ante el Juez, quien se limita a conceder la autorización y licencia *para que se lleve a efecto la adopción* (art. 1.831, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En sentido concorde con lo expuesto, «*el consentimiento negocial puede ser prestado en documento fehaciente aportado a los autos*», según entiende la Fiscalía del Tribunal Supremo en Circular de 20 de abril de 1971 (93), *lo que evidencia que tal consentimiento no se formalizó ante el Juez*. Por otra parte, aunque sea anticipar ideas, todas las actuaciones de la jurisdicción voluntaria suelen ser encuadradas en tres grandes grupos —autorizaciones y complementos de capacidad, declaraciones de derechos y situaciones jurídicas, fijación o constatación de hechos—, y parece claro que la actividad jurisdiccional en tema de adopción pertenece al *primer grupo*, relativo a las *autorizaciones y complementos de capacidad*. La *inidoneidad* de un acto de jurisdicción voluntaria *para ser vehículo formal* de una prestación de consentimiento negocial parece incuestionable a la luz de los principios, si se apartan prejuicios y dogmatismos estériles.

La *ausencia* de cualquiera de las declaraciones de voluntad constituye un *defecto esencial* del expediente de adopción, que determina la *nulidad* del mismo (94). Esto ocurrió exactamente en el supuesto litigioso, según se expuso precedentemente.

c) Otras audiencias

La reforma de 1970 establece la nítida separación entre personas que deben prestar su consentimiento y personas que deben ser oídas. La distinción entre 'consentimiento' y 'audiencia' ha sido analizada con exhaustividad por la doctrina, a la que me remito (95).

En el supuesto litigioso, la *inexistencia* del 'consentimiento' y de la 'audiencia' de los padres naturales son determinantes de la *nulidad* del expediente de adopción, que conlleva la nulidad de *todas* sus fases procedimentales.

(91) Así, en BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 327 y ss.: véase allí la cita de los ordenamientos de Alemania (parágrafo 1.750 B. G. B.) y de Italia (art. 311 del Código Civil), donde la representación está prohibida.

(92) En contra, BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 328, basándose en el artículo 1.826 LEC. Pero la dicción del antiguo artículo 176-1.º del Código Civil («... expediente en el que necesariamente se manifestará a *presencia judicial* el consentimiento...») no ha subsistido en la actual redacción de los artículos 173 y 174 del Código Civil.

(93) Véase su *apartado núm. 2.º* en BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 328, nota 36.

(94) Así, en BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 331, con cita del A. 176-3.º del Código Civil en su redacción anterior, *vigente* en el momento del litigio comentado.

(95) Véanse MANTECA, *op. cit.*, págs. 222 y ss. y 231 y ss.; BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 320, 326 y 338.

B) *Presupuestos objetivos*

En este apartado no puedo detenerme en todos los presupuestos objetivos de una adopción, sino en los más relevantes en conexión con el supuesto litigioso. En concreto, voy a referirme a la situación de abandono y a la conveniencia del adoptando.

a) *La situación de abandono*

He aludido a esta *situación fáctica* al analizar la *dimensión estructural* de la adopción. Aquí habrá una referencia más técnica a esta situación, siempre en conexión con el supuesto litigioso y con remisión a los comentarios de la doctrina (96).

Anteriormente he aludido a los distintos *supuestos* de abandono y a su conexión con el supuesto litigioso, en que *no existió un abandono* con plena y libre voluntad de los padres naturales, de manera que la 'audiencia' de abandono inicial debió dejar paso a la 'audiencia' de los padres en el expediente promovido por la institución benéfica (97).

La normativa vigente en orden al *abandono* está contenida en el *artículo 174 del Código Civil*, que establece en sus diversos apartados: la audiencia de los padres o tutores, el concepto general de abandono, el abandono en una cosa o establecimiento benéfico, el plazo para la valoración del abandono y la declaración de abandono por el Juez (98). Destaca la doctrina cómo queda claro que el abandono se relaciona exclusivamente con una *situación de hecho de desatención* del adoptando menor, sin perjuicio de que coincida o no con relaciones legales de filiación (99), y que *lo más frecuente* es que no se conozca a los padres naturales o que éstos no se presenten en el expediente de adopción, citando al efecto las *Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 26 de mayo de 1973*, que aquí se comentan.

De la normativa vigente (art. 174 del Código Civil) y del supuesto litigioso se extrae la *idea principal* de las *peculiaridades* que presenta esa *presunción legal de abandono contenida en la entrega del menor en establecimiento benéfico*. Peculiaridades acrecentadas por la especial tipicidad del supuesto litigioso, en que la entrega la efectúa una *tercera persona* y no los padres naturales, con la *repercusión* en orden a la responsabilidad consiguiente para todos los implicados en la operación. Otra peculiaridad era la de *si ese abandono concreto en establecimiento benéfico podía ser revocado* —denunciado en el *motivo 3.º* del recurso de casación de los padres adoptantes— (100). La reducción del plazo a *treinta días* es apuntada por BERCOVITZ como posible origen de supuestos en que las madres naturales se vean privadas de sus hijos sin tener plena concien-

(96) Véanse CANO, *op. cit.*, págs. 19 y ss.; MANTECA, *op. cit.*, págs. 225 y ss.; CASTRO LUCINI, *op. cit.*, A. D. C., 1973, págs. 1231 y ss.; BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 339 y ss.

(97) Así, en CASTRO LUCINI, *op. cit.*, A. D. C., 1973, págs. 1238 y ss., quien certeramente apostilla «se demuestran aquí los peligros de dejar la instrucción del expediente al cuidado del establecimiento, que es también parte interesada en la adopción».

En orden a las posibles *amenazas y coacciones* del padre de la demandante (madre natural) y al *consentimiento no expreso o no oposición inicial al depósito de la niña* por parte de la madre, que deduce CASTRO LUCINI (véase *op. cit.*, pág. 1237), no aparecen en el texto literal de la sentencia, al menos en el que me fue remitido por la Revista.

(98) Véase BERCOVITZ: «Comentario al artículo 174 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 336 y ss.

(99) Así, BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 343.

(100) Lo plantea CASTRO LUCINI, *op. cit.*, pág. 1239, resolviendo la cuestión en sentido afirmativo.

cia de ello o en circunstancias cuestionables (101). Otra particularidad es la relativa a la *tutela* ejercida por el establecimiento benéfico cuando la filiación es desconocida: de un lado, habrá que adaptar el artículo 173, 2.º, D —prestar consentimiento— a la nueva regulación de la tutela en su artículo 239, que tiene una dicción *dispositiva* ('podrán') y no imperativa; de otro lado, al no mantenerse la dicción del antiguo artículo 212 (*representación en juicio* correspondiente al Ministerio Fiscal), se plantea la duda de si la eliminación del inciso ha sido voluntaria y deliberada o bien obedece a un *lapsus* legislativo, porque es evidente que el expediente de adopción no es un «juicio» a los efectos expresados (102). Finalmente, en cuanto a la *declaración por el Juez* de la situación de abandono, reina sobre este punto una absoluta orfandad legislativa y las opiniones son múltiples y dispares: para unos, habrá un especial pronunciamiento previo por auto en el mismo procedimiento (*sic*) adoptcional (103); para otros, «no resulta lógico que se declare la situación de abandono para luego rechazar la adopción. Sobre todo si, como parece lo normal, ambas cuestiones se declaran en el mismo auto» (104), e incluso se apunta la posibilidad de que «no se haga en el acto de adopción una declaración expresa sobre la situación de abandono, sino que dándola por existente, se proceda en consecuencia con respecto a la opinión de los padres por naturaleza» (105); otros, con excelente técnica, distinguen entre el auto dictado en el expediente inicial y el auto aprobatorio de la adopción (106); finalmente, para cerrar este punto, parece que la práctica muestra una disparidad absoluta entre el *expediente previo* de adopción —sobre todo, el tramitado ante el establecimiento benéfico— y el *acto de jurisdicción voluntaria* sobre la adopción, lo que, en principio, podría equivaler a que la fase del expediente sea normada por las reglas generales típicas del procedimiento administrativo en general (107) que tienen prevista la serie de recursos correspondientes, en tanto que la fase judicial se rige por la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1.819 y sigs.).

En el supuesto litigioso no aparece por ninguna parte referencia a la declaración de la situación de abandono de la niña recién nacida adoptada. No sabemos cómo, por qué, cuándo y quién emitió su decisión a tal respecto. Decisión que se tomaba, evidentemente, en contra de los padres naturales y sin haberles oído en el expediente.

b) La conveniencia del adoptando

La conveniencia del adoptando como requisito genérico de la adopción figuraba en el artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («... y que es útil al adoptando»). Fue introducido por la ponencia que elaboró el texto de la Ley de 1970, añadiendo un último párrafo al artículo 173, relativo a la «procedencia de la adopción» cuando el adoptante tuviera hijos,

(101) Así, *op. cit.*, pág. 345. Apunta también que para la adopción de recién nacidos se utiliza la vía fraudulenta de la simulación de parto: *op. cit.*, pág. 345, nota 19.

(102) En este sentido, MANTECA, *op. cit.*, págs. 225 y ss.

(103) Así, FERNÁNDEZ y MARTÍN GRANIZO: «La adopción», en A. D. C., 1971, pág. 769; ARCE y FLÓREZ-VALDÉS: «El abandono y su declaración judicial en orden a la adopción de menores abandonados», en R. D. P., 1978, págs. 379 y ss.

(104) Véase BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 349 (subrayados míos: J. C. G.).

(105) Véase BERCOVITZ, *op. cit.* en nota precedente (subrayados míos: J. C. G.).

(106) Implícitamente, en MANTECA, *op. cit.*, págs. 250 y ss.

(107) Contenidas en la vigente Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

que posteriormente fue *sustituido* por el de «conveniencia» para el adoptado» (108).

Para BERCOVITZ, «la conveniencia del adoptando implica, como es lógico, una *ponderación equilibrada de todos los intereses en juego*. En la medida en que la adopción no responda a semejante equilibrio, repercutirá también de forma negativa en el adoptando», y expone su opinión de que «los intereses económicos, siendo importantes, no son los únicos, ni siquiera los *principales* (al menos, siempre) que el Juez habrá de tener en cuenta» (109). Añade que el procedimiento de adopción previsto por nuestro ordenamiento es *insuficiente* por lo que se refiere a suministrar suficientes (*sic*) elementos de juicio al Juez (110), y que es un procedimiento *inquisitorial* en el que el Juez podrá y deberá recabar todo tipo de información a los efectos de valorar *discrecionalmente* la conveniencia de la adopción, de manera que queda confiado a la iniciativa del Juez un amplio campo de investigación. Para el autor citado, «un procedimiento inquisitorial *presupone* siempre cierto margen de arbitrio judicial. Es esencial para que el mismo se ajuste a sus funciones. Pero aquí el margen es, a todas luces, *excesivo*» (111).

Para MANTECA, es el mismo concepto de adopción el que conlleva la exigencia *tácita* del requisito de la 'conveniencia del adoptando', conveniencia que ha de ser *puramente objetiva* y que requiere una *calificación judicial*. El *fundamento* de tal calificación judicial reside en que se trata de una calificación y control sobre el *fondo* o '*causa*' de la adopción y responde al actual control público por órganos estatales de toda adopción (112).

En el *supuesto litigioso* este requisito acerca de la 'conveniencia del adoptando' no aparece como comprobado y cotejado en la exposición literal de la sentencia. Queda en el aire cómo y por quién se efectuó dicha calificación.

A mi juicio, este inciso 'conveniencia del adoptando' viene a significar lo mismo que una regla de contenido *indeterminado*, contenido a completar por el Juez *teóricamente* (113); es una regla inserta *dentro* de un trámite inicial esencialmente *administrativo*, lo que, en principio, remite al campo del Derecho administrativo y a la discrecionalidad (114). No parece descabellado pensar que en la mayoría de las veces la *calificación* acerca de esa 'conveniencia' se ha operado *antes que y fuera* de la inter-

(108) Véase en BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 332, el desarrollo legislativo de este inciso del precepto, hasta la reforma de la Ley 11/1981.

(109) Véase *op. cit.* en la nota precedente, pág. 333 (subrayados míos: J. C. G.).

(110) Véase *op. cit.*, págs. 333 y ss., donde señala los *fallos principales*: la inexistencia de un *periodo* de prueba entre adoptante y el adoptado (previsto en Alemania, Francia e Italia), el reducido elenco de personas que deben ser *oídas* y la inexistencia de *órganos públicos especializados* dedicados a tramitar y controlar esos contactos iniciales.

(111) Véase *op. cit.*, pág. 336 (subrayados míos: J. C. G.), y la referencia precedente a la importancia de los intereses *económicos* en juego derivados de los derechos sucesorios.

(112) Véase MANTECA, *op. cit.*, págs. 211 y ss. (subrayados míos: J. C. G.). Para una profundización de la evolución del contrato público sobre la adopción: es indispensable la remisión a E. BUSSI (*op. cit.* en nota 76 anterior), y sobre la *reserva al Emperador de la facultad de arrogar*, la cita que hace de ERCOLE: *Impero e Papato nella tradizione giuridica bolognese e nel diritto pubblico italiano del rinascimento*, Bologna, 1911, especialmente págs. 186 y ss.

(113) Ya vimos que en la *práctica* el establecimiento benéfico es quien decide y actúa inicialmente, limitándose la actividad jurisdiccional a recoger y dar por buenas las actuaciones precedentes.

(114) Para una ampliación de este punto puede verse la espléndida monografía de F. SAINZ MORAÑO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1979. Acerca de la discrecionalidad judicial, véase REVERTE NAVARRO: *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Murcia, 1980, especialmente págs. 16 y ss., en especial las págs. 18 y ss. (calificando el supuesto de adopción de discrecionalidad judicial pura), y pág. 35.

vención judicial, máxime en los supuestos de niños recién nacidos (115), y con *criterios* objetivamente desconocidos y subjetivamente discrecionales.

C) *Presupuestos formales*

Me refiero en este lugar a la serie de requisitos que afectan a la forma de dar vida a la adopción, en conexión con el supuesto litigioso en su caso, y por el mismo orden en que aparecen: la tramitación del expediente inicial, la intervención judicial, la escritura pública y la inscripción en el Registro Civil.

a) *La tramitación del expediente inicial*

Ni en el Código Civil ni fuera de él existe una normativa adecuada de los trámites *previos* al expediente de adopción, ni un control eficaz de los mismos, asegura BERCOVITZ (116), quien entiende que el Código ha conservado el sistema *tradicional* de que en la adopción de los acogidos en establecimientos benéficos la tramitación del expediente se encomienda a la administración de los mismos. Para dicho autor, la supresión del inciso del párrafo 2.º del artículo 176 [redacción de 1958] y la no inclusión de norma similar en la reforma de 1970, han de interpretarse en el sentido de que tales establecimientos benéficos *deben continuar* instruyendo los expedientes, y para ello utiliza los siguientes *argumentos*: el principio de 'máxima protección del menor', la no prohibición en el nuevo texto, el de que con otro criterio se llegaría al absurdo de dejar sin efectividad el propósito legislativo, el de conservación del criterio tradicional que inspiró la Ley de 17 de octubre de 1941 y la Ley de Reforma del Código Civil de 1958 (117).

Diversamente, entiende CASTRO LUCINI que —*quizá* en base a los *peligros* de dejar la instrucción del expediente al cuidado del establecimiento benéfico, *que es también parte interesada en la adopción*— «la reforma de 1970 ha suprimido el párrafo 2.º del antiguo artículo 176... Al haber suprimido este párrafo y manifestar el final del artículo 174 que 'la situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer el expediente de adopción', parece que es el propio Juez quien será competente para *instruir* la adopción de los acogidos en centros benéficos, cualesquiera que éstos sean» (118).

Los autores citados se han ocupado del tema de los *adoptandos sometidos a la tutela de un establecimiento benéfico*, pero no de los adoptandos depositados en *cualquier otro centro* o en manos de una persona física. Parece que en estos últimos supuestos debería, *teóricamente* al menos, corresponder la *instrucción* del expediente al Juez competente para entender de la adopción, lo que enlaza con el tema de la *declaración* de la situación de abandono antes visto y con las prácticas denunciadas en su momento.

Desde el punto de vista de que la instrucción corresponde al Juez com-

(115) Me remito a lo escrito antes sobre el perfil *estructural* de la adopción.

(116) Véase *op. cit.*, pág. 270.

(117) Véase *op. cit.*, «Comentario al artículo 174 del Código Civil», págs. 350-357. En cuanto al tema de los argumentos empleados, véase G. TARELLO: *L'interpretazione della legge*, ed. Giuffrè, Milano, 1980, págs. 341 y ss., especialmente 350, 357, 367 y 369.

(118) Véase su *Comentario* a esta sentencia en A. D. C., 1973, págs. 1238 y ss.

petente, tanto en el caso de los acogidos en establecimiento benéfico como en otros supuestos posibles, parece que la tramitación y fases procedimentales serán las señaladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los actos de jurisdicción voluntaria (arts. 1.825 y sigs.).

Desde el punto de vista de que la instrucción corresponde al *Director del establecimiento benéfico* —en cuanto a los adoptandos en él acogidos—, se opina que «la cuestión del procedimiento a seguir... no debe ofrecer dudas ni dificultades. La administración de dichas instituciones puede, ateniéndose a las normas administrativas por las que se rigen (sic), completadas con... practicar la correspondiente información en la que conste como resultado de la misma el parecer del establecimiento acerca de la adopción solicitada»... (119). A pesar de tales afirmaciones, no parece muy convencido BERCOVITZ de la bondad del sistema cuando denuncia dos consecuencias prácticamente inevitables: una, la ausencia total de coordinación entre dichos centros benéficos a los efectos de seguir unos criterios homogéneos; otra, la ausencia de garantías suficientes en la selección de los hipotéticos adoptantes, efectuada por personas no calificadas y no sometidas a control alguno.

Desde el punto de vista del *Derecho comparado*, la tramitación del expediente previo al acto jurisdiccional ha sido encomendada a diversos organismos especializados. Así, en Alemania, la 'Ley de Mediación de la Adopción' (AVG), de 2 de julio de 1976, dispone que se creará una red de oficinas de 'Mediación de la Adopción,' controladas por la 'Oficina de Protección de Menores' (JUGENDAMT) y autorizadas expresamente para la mediación entre los adoptantes y el adoptado (o sus representantes legales). Tales oficinas públicas pueden también ser creadas por instituciones privadas (confesionales o no), siempre que sean reconocidas por la autoridad competente. Las oficinas citadas tienen la función de asignar los adoptantes idóneos al adoptando y de comprobar si la adopción en concreto ofrece garantías de éxito. Fuera de dichos centros autorizados queda prohibido a toda otra persona gestionar una adopción, con excepciones que señala el parágrafo 5, 1, 2 (120). El sistema se culmina con una 'Oficina de Mediación Central'.

En la legislación de Italia esta tramitación inicial corresponde al llamado 'Juez tutelar' o Juez especial de menores, que, entre otras audiencias, debe contar con la del 'Instituto de Asistencia' correspondiente al domicilio del menor (121). Con todo, la más moderna doctrina italiana es propensa a 'desjurisdiccionalizar' y a 'administrativizar' las problemáticas familiares, siguiendo a la generalidad de los ordenamientos de las sociedades industriales evolucionadas (122), e incluso se habla de una *conexión y cooperación* entre órganos jurisdiccionales y aparatos del 'servicio social' cuando está en juego la posición de los menores; en este sentido, hablan algunos de un 'curador especial' elegido de entre las estructuras

(119) Así, en BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 351.

(120) Véase en A. LÓPEZ CABALLERO, S. J.: «La adopción en Alemania», en R. G. L. J., tomo LXXXII, núm. 5, mayo 1981, págs. 561 y ss., especialmente 567 y ss.

(121) Véase A. PINO: *Il diritto di famiglia*, ed. CEDAM, Padova, 1977, págs. 217 y ss., especialmente 225 y ss.

(122) Así, expresivamente, titulado el epígrafe «De la jurisdicción a los servicios sociales», E. ROPPO: *Il giudice nel conflitto coniugale*, ed. Il Mulino, Bologna, 1981, págs. 378 y ss., con cita de J. C. XUEREB: «La giurisdizione specializzata per i minori: una istituzione del passato o una soluzione per l'avvenire?», en *Esp. ried.*, 1978, núm. 4, págs. 50 y ss.

del 'servicio social para la infancia', y otros de un 'defensor cívico de los menores' dotado de extensas competencias (123).

A mi juicio, y desde el punto de vista de la práctica, parece que toda esta fase inicial de tramitación del expediente de adopción es una fase 'prejudicial' carente del más mínimo requisito de objetividad e imparcialidad —sobre todo, cuando la instrucción corre a cargo de un establecimiento benéfico—. Como fase 'prejudicial' que es, en principio suele estar normada —en la mayoría de las veces, tratándose de establecimientos benéficos— por las obsoletas disposiciones reglamentarias de tales centros. Lo que equivale a una inserción plena en el campo del *procedimiento administrativo general*, ya que tales centros benéficos tienen la consideración de *órganos provinciales (o locales)* de la beneficencia oficial, dependientes de una Administración provincial o local sometida, en consecuencia, al dictado de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (124).

Esto sentado, parece que tendrán su directa e inmediata aplicación los denominados *principios generales* del procedimiento administrativo (125), de entre los que interesa señalar aquí el del *carácter contradictorio* del procedimiento administrativo (art. 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo), que implica la posibilidad de *que se hagan valer* los distintos intereses en juego, y de que esos intereses sean adecuadamente confrontados *en presencia* de sus respectivos titulares antes de adoptar una decisión definitiva. Mucho me temo que dicho principio brilla por su ausencia en más del 90 por 100 de los supuestos de instrucción de expedientes de adopción por centros benéficos.

Por otro lado, considerada toda esta fase inicial como lo que es, típico *procedimiento administrativo* (126), la *competencia* (127) atribuida al correspondiente órgano administrativo es el antecedente de la potestad que, dinámicamente, origina en su ejercicio una serie de relaciones jurídicas

(123) Vide ROFFO, *op. cit.*, págs. 384 y ss., especialmente nota 108, y allí la cita de G. SALMÈ: «Dalla parte dei figli», en *Pol. del dir.*, 1980, págs. 30 y ss.; F. UCCELLA: «Spunti preliminari alla istituzione del difensore cívico dei minori», en *Giust. civ.*, 1980, II, págs. 301 y ss., y M. DOGLIOTTI: «Intervento pubblico e diritti del minore. Assistenza, giustizia, emarginazione», en el volumen colectivo *L'autonomia dei minori tra famiglia e società* (a cura de M. DE CRISTOFARO y A. BELVEDERE), Milano, 1980, pág. 173.

Todas estas ideas parece que nos retrotraen a la figura *histórica* en el Antiguo Reino de Aragón conocida como el 'Padre de Huérfanos'. Véase sobre el tema, F. ROJAS: *El Padre de Huérfanos de Valencia*, ed. Hijos de Vives Mora, Valencia, 1927: «...oficio creado por privilegio del Rey don Pedro II en 1338, con su tribunal, escribano y depositario; lo desempeñaba un *notario*...» (subrayado mío: J. C. G.). En relación con este punto, últimamente, véase RICO PÉREZ: «El 'Ombudsman' de Menores», en Revista *La Ley*, núm. 594, 18 enero 1983; COBO MEDINA: «Algunas consideraciones sobre la protección a la infancia en España», en Revista *Menores*, año I, núm. 2, marzo-abril 1984, páginas 16 y ss.; VACAS GARCÍA-ALÓS: «En torno a la figura del defensor de menores», en Revista *Menores*, núm. 3, mayo-junio 1984, págs. 66 y ss. El Estatuto de Autonomía para ARAGÓN (art. 33) ha reimplantado la vieja figura del 'Justicia Mayor', con misión de defensa de los derechos individuales y de lejano parentesco con el 'Padre de Huérfanos' medieval.

(124) Véase el artículo 1.4.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, que establece que «esta Ley será supletoria de las normas que regulan el procedimiento administrativo de las Corporaciones Locales».

(125) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 1977, págs. 376 y ss.

(126) Característica que podría también mantenerse para los supuestos —raros— de instrucción inicial judicial: véase luego, respecto de la jurisdicción voluntaria, lo que se dirá al respecto.

(127) En *Derecho Público* la idea de *capacidad* es sustituida por la de *competencia*, así como la idea de '*persona jurídica*' por la de órgano dotado de potestad. De ahí que no me parezcan apropiadas las calificaciones de CASTRO LUCINI acerca de «la imputabilidad a la persona jurídica de los actos ilícitos (civiles o penales) realizados por sus órganos o representantes»: véase *op. cit.*, A. D. C., 1973, págs. 1224 y ss. El órgano no tiene por qué tener responsabilidad, porque al órgano le es atribuida otra cosa: la competencia.

concretas (128). Aceptando como *presupuesto*, o bien la *actividad jurisdiccional* en jurisdicción voluntaria (arts. 1.825 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o bien un *órgano administrativo local* creado con competencias para la instrucción del expediente de adopción (el *típico* centro benéfico), aparece claramente la *potestad* como atribución *ex lege* y con una serie de aspectos reglados y discrecionales. Es precisamente este aspecto *discrecional* de la potestad del órgano (judicial, administrativo) el que puede originar problemas (128 bis), que deben tener solución partiendo de la *idea fundamental de que la potestad discrecional implica necesariamente una adecuación al principio de legalidad* a través del ajuste a la ley, del ajuste a la finalidad de la potestad, del ajuste a los criterios explícitos o implícitos de la ley y del ajuste a los principios generales (129).

Finalmente, desde el punto de vista del *supuesto litigioso*, el tema de la competencia y del órgano administrativo aparecían desarrollados perfectamente y con claridad en los *motivos 5.º y 6.º del recurso de la Diputación Provincial*, y en menor escala, en los *motivos 1.º y 2.º del recurso de los adoptantes*. El Tribunal Supremo los rechaza *sin entrar en el fondo del tema*, fundamentalmente «porque aun en el supuesto de ser aceptados, no producirían el efecto de *alterar* la parte dispositiva de la sentencia impugnada». Conviene recordar que la demanda estaba fundamentada en la *falta de comparecencia* del Director del centro benéfico en la *escritura pública*, defecto en la tramitación del expediente que acarrea la *nulidad* de la adopción *en base al último párrafo del artículo 176 entonces vigente* (aspecto *formal* de dicho precepto, en la terminología de CASTRO LUCINI). La cuestión la centra CASTRO LUCINI en si debe o no ligarse con el tema de la naturaleza de la adopción y considerando que el consentimiento de dicho funcionario *fue prestado anticipadamente* con la entrega de la niña, remitiéndose a la legislación notarial (130).

A mi juicio, toda la argumentación del *recurso de la Diputación Provincial —motivos 5.º y 6.º—* era y sigue siendo válida y correcta, dado que la *competencia* se refiere al órgano administrativo y *no* al funcionario, y dado que la *suplencia* implica una sustitución puramente personal en la titularidad de un órgano (prevista en el art. 15 de la Ley de Procedimiento Administrativo y art. 13, 9, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado). Es evidente que el *órgano que dicte un acto ha de ser el competente por razón del territorio, de la materia y de la jerarquía* y no otro órgano, y que *una cosa* es la incompetencia del órgano y *otra cosa* es la suplencia de la persona física titular del mismo (131). Dejo apuntadas estas ideas en este lugar a mayor abundamiento, dado que ni los motivos ni los considerandos que los rechazan fueron *ratio decidendi* del pleito.

(128) Para todo ello, y cuanto subsigue, véase VILLAR PALASÍ: *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General*, UNED, Madrid, 1974, tomo I, págs. 159 y ss.

(128 bis) Véase en tal sentido REVERTE NAVARRO: *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Madrid, 1980, págs. 181 y ss.

(129) Así, en VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, págs. 172 y ss.

(130) Véase *op. cit.*, págs. 1257 y ss.

(131) Así, en VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, págs. 231 y ss., y tomo II, págs. 68 y ss.

b) *La intervención judicial*

He caracterizado anteriormente a la adopción como un procedimiento de Derecho privado con cierta intervención pública. Actualmente esta intervención pública se manifiesta mediante el *control judicial*, que opera conforme a las reglas de la *jurisdicción voluntaria* (arts. 1.825 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Dado que aquí se opera en vía no dogmática y en función del supuesto litigioso, no me voy a referir al tema de si la adopción es acto judicial, ni al del momento perfectivo de la adopción, ni a cuál sea el elemento esencial o constitutivo de la misma. Me voy a limitar más modestamente a preguntar acerca del *porqué* de ese control judicial (haciendo recurso del criterio *histórico* para ver 'cuándo' aparece) y acerca del *qué* de tal control (yendo a buscar la 'esencia' de esa actividad judicial con un repaso rápido a las posiciones doctrinales al respecto).

1. *Criterio histórico*

Entre los *antiguos pueblos arios del Indostán* ya aparece la adopción como consecuencia de la necesidad de perpetuar el culto doméstico (132). No parece que fuera necesaria la intervención pública.

Entre los *babilonios y asirios*, la adopción aparece regulada desde la más remota antigüedad. La adopción —*marutu*— es un contrato que exige escritura pública y entrega efectiva del adoptado (133). El *Código de Hammurabi* dedica a la *marutu* los parágrafos 185 a 193, preceptos de difícil comprensión y objeto de interpretaciones diversas por los especialistas (134). Al parecer, el fundamento es el mismo, el de la familia doméstica y los cultos familiares.

Entre los *hebreos* no se encuentra referencia alguna a la adopción, ausencia quizá explicable porque la ley del levirato la hacía innecesaria (135). Ello no obstante, pueden rastrearse una serie de preceptos relativos a los *huérfanos* en la curiosa recopilación de los talmudistas (136).

Entre los *egipcios*, la adopción —*zesis*— tiene un carácter eminentemente patrimonial y sucesorio y se lleva a cabo redactando un documento (presumiblemente notarial) (137).

Entre los *griegos* aparece la adopción como un acto excepcional con finalidades sucesorias en orden a la perpetuación del culto familiar (138).

Entre los *romanos*, el nombre de adopción responde a preocupaciones tan alejadas de las actuales que no nos es posible comprender su verdadera naturaleza si no nos trasladamos a aquel ambiente, a aquel mundo. La adopción se subdistingue en *adoptio* (adopción propiamente dicha) y *adrogatio*, pero una y otra expresan sólo la agregación de un extraño

(132) Así, en el *Manava-Dharma-Sastra*, cit. de BONILLA SANMARTÍN (*op. cit.* en nota 42 precedente).

(133) Así, en RODRÍGUEZ ENNES: *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela, 1978, págs. 22-25.

(134) Véase *Código de Hammurabi*, de F. LARA PEINADO, Editora Nacional, Madrid, 1982, páginas 113 y ss., y las *notas* del comentarista números 482 y ss., en págs. 233 y ss. Véase también RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, y allí la cita de GAUDEMET, CRUVEILHER, FURLANI, MAZZARELLA, DAVID, SCHUPFER y SAN NICOLÒ.

(135) Véase RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 21-22.

(136) Véase *La MISNA*, ed. de C. DEL VALLE, Editora Nacional, Madrid, 1981, pág. 1417, y allí las citas.

(137) Véase RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 25-26, y notas 16 y 17.

(138) Véase RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 27-28 y nota 25.

elegido para acrecentar el grupo familiar (139): bien sirven para evitar la extinción de las grandes familias de la República, bien para designar sucesor en el Principado, bien para pasar de la clase de los plebeyos a la de los patricios. *En ningún caso es institución idónea para realizar una relación de filiación.* Comoquiera que aquí lo que interesa es la *intervención pública* en la adopción, me limito a consignar los requisitos de *forma en cada época* de la historia del Derecho romano: a) En la *época arcaica*, es la '*adrogatio*' la más antigua y primera históricamente, consistente en la propuesta —*rogatio*— que el Presidente de la asamblea de '*comicios curiados*' dirigía al pueblo en el sentido de si aprobaba o rechazaba la sumisión de un ciudadano a la potestad de otro, y tras la aprobación el adoptado hacía la *detestatio sacrorum* o renuncia al propio culto familiar (140), sin que existan reglas expresas al efecto, ya que se trata de un acto legislativo (*lex curiata*) realizado *populi auctoritate*. Por su parte, la '*adoptio*' aparece después de las *XII Tablas* y consiste en un acto jurídico especial de carácter *privado*, en cuya virtud —y por aplicación del viejo precepto *decemviral* sobre el *ius vendendi*— se procedía por tres veces consecutivas a la venta del hijo por el padre a favor de un tercero con el *pactum fiduciae* de manumitirlo, pero la tercera venta no iba seguida de manumisión, sino de una *segunda fase de adquisición de la patria potestad por el adoptante*, que es el verdadero acto de adopción: acto que reviste la *forma* de una *in iure cessio*, *proceso fingido* por el que el adoptante ejercita una acción imaginaria —*vindicatio in patriam potestatem*— contra el antiguo *pater familias*, por la que reclama como suyo al hijo que quería adoptar, resolviendo el *pretor* la disputa adjudicando el hijo al nuevo *pater*. Es aquí donde aparece por vez primera la intervención judicial (*imperio magistratus, veluti praetoris*) (141). b) *Epoca del Derecho clásico*: la institución, bajo las dos formas citadas, perdura con similares características. La '*adrogatio*' queda bajo el control del Colegio Pontifical, ya que la intervención del pueblo no tenía valor real, y solamente podía operarse en Roma (142). La '*adoptio*' conserva su primitivo formalismo durante toda esta época, y pasa a convertirse en Derecho de todo el Imperio con el Edicto de Caracalla (año 212). Limitándonos a la '*adoptio*', si en la etapa inicial aludida el adoptado —al ingresar en 'la familia adoptiva— rompía todos sus lazos con su familia originaria, en esta época clásica el *pretor* eliminará los inconvenientes introduciendo el nuevo parentesco de la *cognatio* y decidiendo que, si el adoptado entra

(139) Así, en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 46 y ss., con una perfecta descripción de las diversas etapas de la vida de esta institución, a quien sigo sustancialmente en lo pertinente al tema.

(140) Desaparecidos los comicios curiados, la representación de éstos recaía en 'treinta lictores', cuyo consentimiento queda como una formalidad, mantenida durante toda la *época clásica*: así, en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 46-53; R. SOHM (rev. MITTEIS-WENGER): *Instituciones de Derecho Privado Romano (Historia y sistema)*, trad. de W. ROCES, Ed. R. D. P., Madrid, 1928, págs. 487 y siguientes; B. BIONDI: *Istituzioni di Diritto Romano*, 4.^a ed., Milano, 1965, págs. 554 y ss.

(141) Así, en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 53-54; SOHM, *op. cit.*, págs. 487 y ss.; BIONDI, *op. cit.*, págs. 537 y ss. Hacen notar los autores citados que «el magistrado —a diferencia de los Pontífices respecto a la '*adrogatio*'— no ejercía aquí ningún control sobre la oportunidad del acto», y que podía la adopción celebrarse «en cualquier lugar en que hubiera magistrado romano con plena jurisdicción...; por lo tanto, *también en las Provincias ante el Gobernador* (véase GORDIANO, C., 8.47.1.). El procedimiento es calificado por RODRÍGUEZ ENNES de «tortuoso e inútilmente complicado», explicable por el primigenio carácter de la familia romana y por el significado de *cambio real de ciudadanía* que originariamente tenía la adopción.

(142) Véanse autores citados en nota 140. A una forma especial de arrogación, la denominada '*adoptio per testamentum*' (adopción testamentaria), se refiere RODRÍGUEZ ENNES (*op. cit.*, págs. 58 y siguientes) que, recogiendo la opinión de los romanistas italianos (BONFANTE, GUARINO, VOLTERRA), llega a la conclusión de tratarse más bien de una normal institución de heredero bajo la condición de que éste tome el nombre del testador (*nomen ferre*).

como *agnado* en la familia adoptiva, no rompe sus vínculos con su familia natural, en la que continúa como *cognado* (143). c) *Epoca del Bajo Imperio o postclásica*. En frase de SCHULZ, el arcaico y petrificado Derecho fue drásticamente reformado en este período. *Adrogatio* y *adoptio* sufrirán transformaciones radicales. El influjo de las costumbres helénicas y del pensamiento cristiano contribuye a dar un nuevo sentido a la adopción, en sentido *opuesto* al romano, ya que lo importante es el derecho a la asistencia y a la sucesión por parte del hijo adoptivo (144). De la adopción en interés del adoptante y de la familia considerada como grupo, se pasa a una nueva adopción en interés del adoptado: de la vieja *patria potestas* y de la antigua adopción sólo sobrevive el nombre. La nueva adopción pasa a asumir una *función ético afectiva*, en tanto en cuanto se concibe como un acto destinado a proporcionar consuelo a los matrimonios sin hijos (145). La adopción se configura ya como un *vínculo ficticio* de parentesco entre adoptante y adoptado y viene a ser un *sustitutivo* de la filiación natural (146), pero sin que las modificaciones introducidas en el instituto lo desvíen de sus bases clásicas en lo que a sus *efectos* se refiere. d) *Epoca justinianeana*: La doble influencia helénico-cristiana va a ocasionar la desaparición de los caracteres originarios de la institución. Justiniano consagra el principio de que la «adopción imita a la naturaleza» y lo desarrolla en forma concordante con el *ius novum* relativo a las instituciones familiares. En cuanto a la *adrogatio*, establece la nueva forma del *rescriptum principis* y puede también verificarse en provincias ante el gobernador. En cuanto a la *adoptio*, procede a la *abolición* de todo el arcaico y complicado procedimiento *decemviral*, por no entender su significado (147), y a *mantener la intervención del magistrado*: adoptante y padre natural se presentan *ante* el magistrado en su domicilio y declaran su voluntad de efectuar el negocio (voluntad a la que luego se adhiere el adoptado expresamente o a través de la forma pasiva de no disentir), teniendo el magistrado ya el *poder de control* de los requisitos de legalidad de la adopción; la *forma* ahora es adecuada al nuevo concepto de la adopción, ya que lo importante es que *el traspaso de la potestad* de uno a otro *pater familias* es diferente al antiguo procedimiento y el hecho de que el adoptado pase a ser en la familia adoptiva un simple hijo agregado a efectos de la sucesión; se distingue entre '*adoptio plena*' (hecha por un ascendiente consanguíneo paterno o materno del adoptado) o '*adoptio minus plena*' (hecha por un extraño), esta última clara construcción de una filiación artificial; queda ya la adopción *no* como una institución natural que sea parte integrante del sistema familiar, sino como una institución *excepcional y ficticia* dirigida a objetivos sentimentales y filantrópicos (148).

Entre los germanos es conocida la adopción desde épocas muy remotas. El *acto* de la adopción consistía en que el padre consanguíneo entregaba el hijo al padre adoptivo, sobre el que éste emprendía una serie de

(143) Así, en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 61-62; el pretor es el artífice del desarrollo de la '*adoptio*', que deviene pura *institución judicial* y no ya política.

(144) Así, en BONFANTE, citado por RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, pág. 62.

(145) Así, en D'ORS PÉREZ-PEIX: *Derecho Privado Romano*, 2.ª ed., Pamplona, 1973, págs. 247 y siguientes.

(146) Aparece ya en la *Paráfrasis de Teófilo* (pr. 1.11.4) la formulación del principio «*adoptio naturam imitatur*».

(147) Ver C.8.47 (48) de *adoptionibus*.

(148) Así, en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 76-82; SOHM, *op. cit.*, págs. 487 y ss.; BIONDI, *op. cit.*, págs. 558 y ss.

actos o ritos que daban expresión jurídica a la relación paterna (149). Las formas usuales eran la *adoptio in hereditatem* (*affatomia*, *thinx*), la fraternidad artificial y la *perfilatio*. El acto de creación de heredero (*adoptio in hereditatem*) se llevaba a cabo ante la Asamblea judicial pública mediante las formas de la adopción (150); su desaparición la conexas BRUNNER-SCHWERIN con el disfavor de la Iglesia sobre la filiación extramatrimonial (151). De todas estas formas, la más interesante es la *perfilatio*, de la que todavía se discute si es una forma más germánica de la *adoptio in hereditatem* o si se origina en prácticas procedentes de la deformación del Derecho romano vulgar (152). A lo que parece, la *adfilatio* o *perfilatio* fue siempre un acto de naturaleza privada celebrado únicamente entre el adoptante y el adoptado; constituía un término genérico que podía predicarse de relaciones jurídicas diversas (personales, patrimoniales e incluso espirituales) y que presenta claramente los caracteres de la *adoptio in hereditatem*: acto *intervivos*, irrevocable, de carácter eminentemente patrimonial, que deriva todos sus efectos de una *traditio* y que es un negocio privado sin ninguna intervención pública. La *perfilatio* se realizaba por medio de una escritura pública semejante a las de donación, compraventa, etc. (153).

En el Derecho histórico español reaparece la adopción con los mismos caracteres y regulación del Derecho romano justiniano en el transcurso del siglo XIII. Las *Partidas* recibieron las dos formas romanas de arrogación y adopción bajo el nombre genérico de 'porfijamiento', y subdividen la adopción en plena y menos plena (*Partida* 4.7.7 y *Partida* 4.16.1). El procedimiento consistía en la prestación del consentimiento efectuada por el prohijante y por el padre natural del prohijado o por éste mismo: en caso de *arrogación*, ante el Rey; en caso de *adopción*, requiere la intervención de la autoridad judicial («por otorgamiento de cualquier Juez», *Partida* 4.7.7; la fórmula de la escritura o Carta de Porfijamiento viene señalada en *Partida* 3, 18, 91 y 92). Esta regulación castellana de la adopción, verdadera recepción de la adopción romano-justiniana, viene a representar una total discordancia o desarmonía con el Derecho consuetudinario tradicional (154): las circunstancias políticas, religiosas y sociales justificadoras de la adopción en Roma habían desaparecido totalmente con las invasiones germánicas y la situación *de facto* de la adopción seguía igual en el siglo XIII, sin que existiera un ambiente social que la hiciera necesaria (155).

En el Derecho común, la adopción no merece un puesto especial: aunque en los formularios se reproduzcan los modelos para redactar los

(149) Véase PLANITZ: *Principios de Derecho Privado germánico*, trad. de C. MELÓN INFANTE, Editorial Bosch, Barcelona, 1957, págs. 332 y ss. y 363 y ss. BRUNNER-SCHWERIN: *Historia del Derecho germánico*, trad. de J. L. ALVAREZ LÓPEZ, Ed. Labor, Barcelona, 1936, págs. 233 y ss.; RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 90 y ss.

(150) También podía hacerse, más tarde, ante el Rey, el Conde o los 'missi dominici'.

(151) Véase *op. cit.*, pág. 234.

(152) Un excelente resumen de esta cuestión en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 104-125, y allí las referencias a PITZORNO, SCHUPFER y BRAGA DA CRUZ.

(153) Véase RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 104 y ss., especialmente 122. Véase también OTERO: «La adopción en la historia del Derecho español» (en el volumen *Dos estudios histórico-jurídicos*, C. S. I. C., Madrid-Roma, 1955, págs. 83 y ss.) y «Sobre la realidad histórica de la adopción», en A. H. D. E., 1958, págs. 1146 y ss.

(154) Así, en RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, págs. 136 y ss., especialmente pág. 149.

(155) Véase RODRÍGUEZ ENNES, *op. cit.*, pág. 150, y allí las citas de OTERO (*op. cit.* en A.H.D.E., página 1148) y de MEREA («Sobre a adopção no seculo XII», B.F.D.C., tomo XXXI, 1955, pág. 376).

documentos de adopción, son raras las alusiones a ella en la Edad Media y en la Edad Moderna (156).

En la *época de la codificación* (siglo XIX español), la situación no había variado y la *vigencia social* de la adopción era inexistente. Baste recordar que al prepararse el *Proyecto de Código Civil de 1851* había casi absoluta unanimidad en pasar en silencio la institución (157). La *doctrina de la época* era coincidente en esto; así, decían unos: «En España no tuvo más motivo —la regulación de la adopción de las *Partidas*— que la rutina de copiar cuanto disponían las leyes civiles...» (158), en tanto otros sostenían: «Poco frecuente entre nosotros (la adopción), debe su origen a las leyes romanas, a las que siguieron las *Partidas*, a pesar de no existir aquí las razones políticas, económicas, civiles y aun religiosas que la recomendaban» (159). Para P. GÓMEZ DE LA SERNA, «menos frecuentes son las adopciones en España que entre los romanos..., aunque... exigimos... los mismos requisitos que los romanos. Más sencilla, más filantrópica y más usada en nuestros días es la adopción de espósitos (*sic*) no reclamados por sus padres y la de los huérfanos abandonados. Conceden estas adopciones las Juntas de Beneficencia a personas honradas que tienen los medios de mantenerlos y educarlos...» (160). Más avanzada la codificación, uno de los primeros comentaristas decía: «Imagen pálida de la naturaleza o ficción de derechos, la adopción no ha figurado en nuestros Códigos sino por la influencia que el Derecho romano ejerció sobre nuestros legisladores» (161).

En la *codificación civil española*, el tratamiento de la institución —en lo que al tema de la *intervención pública* se refiere— fue variado y no uniforme (162). No aparecen referencias al instituto de la adopción en los *Proyectos de Código Civil de 1821 y de 1833*. En el *Proyecto de 1836* hay dos preceptos sobre los hijos abandonados (arts. 125-126, con una noción de *abandono* de gran técnica jurídica para aquel tiempo) y trata de la adopción en los artículos 370 a 383 (título XI del libro I: «De las personas»); en el artículo 374 dice que «para ejecutar la adopción, el adoptante y el adoptado deben comparecer por sí o por Procurador con poder es-

(156) Así, en OTERO, *op. cit.*, pág. 1148. También en E. BUSSI: *La formazione dei dogmi...*, citado en nota 76, pág. 285.

(157) Véase GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, tomo I, pág. 147.

(158) Véase HERNÁNDEZ DE LA RÚA: *Lecciones de Derecho español*, tomo I, Madrid, 1838, página 127 (subrayados míos: J. C. G.). En sentido similar, FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, 5.ª ed., Barcelona, 1897, tomo I, pág. 318.

(159) Véase GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, 14.ª ed., Madrid, 1886, tomo I, pág. 418 (subrayados míos: J. C. G.), y en otro lugar de la obra (tomo I, págs. 127 y ss.), a propósito de la *observancia* de la legislación alfoncina, señalan que: «Mas si el *Fuero Real* no había podido conseguir una obediencia general, y en gran parte de la nación había caído ante las exigencias de los nobles... mucho menos podía esperarse que prevaleciera desde luego una legislación desconocida hasta entonces, tomada del Derecho Romano y de los decretales, y contrariada por las preocupaciones y por los usos del país» (subrayados míos: J. C. G.).

(160) Véase *Curso histórico exegético del Derecho Romano comparado con el español*, tomo I, Madrid, 1850, págs. 97 y ss., especialmente 107 y ss. (subrayados míos: J. C. G.).

(161) Véase M. FALCÓN: *Código Civil español*, 1888, tomo I, pág. 189 (subrayados míos: J. C. G.). En otro lugar (*Exposición doctrinal del Derecho Civil español, común y foral*, 5.ª ed., Barcelona, 1897, tomo I, pág. 339) el propio FALCÓN escribe que «la adopción es institución importada por Don Alfonso el Sabio» (subrayados míos: J. C. G.). De manera similar, B. GUTIÉRREZ: *Códigos o estudios fundamentales del Derecho Civil español*, Madrid, 1874, tomo I, pág. 675, decía: «El origen de la adopción es romano... el Derecho reproduce bajo distintas formas las instituciones que representan una necesidad social: como ésta no lo era, los godos no la copiaron» (subrayados míos: J. C. G.).

(162) Para todo este examen, véase J. F. LASSO GATTE: *Crónica de la codificación española*. 4. *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. II, Madrid, 1980, especialmente págs. 7, 73, 89, 321, 497 y 545 y ss.

pecial ante el Juez del domicilio del adoptado, donde harán constar...» (163). En el *Proyecto de 1851* se regula la adopción en los artículos 133 a 141 del título V del libro I, consignándose en el artículo 139 que «la adopción ha de hacerse *presentándose ante el Alcalde* el adoptante, el adoptado y las personas que... deban prestar su consentimiento, y *se consignará en escritura pública*» (164). En el *Proyecto de 1869 del libro I*, la adopción viene regulada en su título VIII, artículos 161 a 175, estableciendo el artículo 167 que «la persona que se proponga adoptar y la que quiera ser adoptada *se presentarán ante el Juez de paz del domicilio del adoptante*, acompañados de las personas..., para prestar su correspondiente consentimiento» (165). El *Proyecto de 1882 de los libros I y II* trata de la adopción en sus artículos 139 a 146, en el capítulo V del título V (*Patria potestad*), y en lo que al tema aquí aludido interesa, dispone en sus artículos 144 y 145 lo que sigue: «La adopción *se verificará con autorización judicial*, debiendo constar necesariamente el consentimiento del adoptado..., y el Juez... *aprobará la adopción* si está ajustada a la ley y la cree conveniente el adoptado», y «*aprobada la adopción por el Juez definitivamente, se otorgará la escritura* en que consten las condiciones en que haya tenido lugar, y *se inscribirá en el Registro civil correspondiente*».

Este somero recorrido histórico debe completarse luego con la *aparición del Código Civil* en 1889 y sus respectivas reformas en este punto, para lo que me remito a la doctrina más autorizada y a los tratados de Derecho civil.

Para finalizar este punto, una ojeada panorámica a lo que sobre el tema disponen los *Códigos Civiles europeos* de nuestro entorno inmediato será suficiente. El *Código Suizo* —reformada la adopción por la Ley de 25 de junio de 1976 (entró en vigor el 1 de enero de 1978)— se refiere a la adopción en el capítulo IV del título VII («Del establecimiento de la filiación») del libro 2.º («Derechos de la familia») en su 2.ª parte («De los padres»), artículos 164 a 269, disponiendo el artículo 265, a), 2, que: «El consentimiento del padre y madre del niño es declarado, por escrito u oralmente, a la autoridad tutelar del domicilio o del lugar de residencia de los padres o del niño y *debe ser consignado en acta*». El *Código Francés* —reformada la adopción por Leyes de 11 de julio de 1966 y 22 de diciembre de 1976— trata de la adopción en el título VIII («Filiación adoptiva») del libro 1.º («Personas»), artículos 343 a 370, estableciendo el artículo 343 que «El consentimiento es dado por acta auténtica ante el Juez del Tribunal de Instancia, o el Notario francés o extranjero, o agente diplomático o consular francés, o ante el 'Servicio de Ayuda Social a la Infancia'...». En Italia, la reforma de la adopción se ha efectuado por la Ley número 184, de 4 de mayo de 1983, con una extensa regulación de 82 artículos, siendo la forma eminentemente judicial (competente el Tribunal de Menores del distrito en que se encuentra el menor, tanto para

(163) No aparece justificación alguna en la *Exposición de Motivos*. Los subrayados son míos (J. C. G.).

(164) Subrayados míos (J. C. G.). En cuanto a la justificación dada por GARCÍA GOYENA me remito a la nota 79 precedente.

(165) Subrayados míos (J. C. G.). En orden a la justificación, la *Exposición de Motivos* dice que «la adopción se ha introducido para consuelo de los que no tienen hijos».

la declaración de adoptabilidad como para la declaración de adopción, artículos 8 y 25 de la ley) (166).

2. Criterios doctrinales

La consabida frase tópica acerca de los ríos de tinta es aplicable en este lugar cuando se piensa en la inacabada e inacabable polémica acerca del *carácter* de la intervención judicial en la adopción, bien sea al tratar de la naturaleza del instituto, bien sea en el encuadre del sistema legislativo patrio, bien sea al analizar el momento perfectivo de la adopción, bien sea considerando el valor del auto aprobatorio de la adopción, bien sea al tratar de los elementos constitutivos de la adopción, bien sea si se atiende a la prestación del consentimiento, etc. Las olas levantadas por dicha polémica han afectado tanto a la opinión jurídica en general, que uno no puede menos de hacer notar el *impacto socialmente calculado* de esas olas y sus previsibles efectos. Con todo, no pienso entrar en la polémica, sino recoger de aquí y de allá los testimonios posibles en orden al *qué o esencia* de la actividad del Juez en este instituto y a su posible fundamentación. Entonces ocurre que la sorpresa salta ante nosotros: nadie se ha preocupado de si es o no conveniente la presencia judicial en el instituto, de su posible *porqué*, de la actividad desarrollada por el Juez. Calificaciones y descalificaciones, repartidas a diestro y siniestro y adoptadas la mayoría de las veces *en función* de un prejuicio o posición previamente adoptada, aparecen y desaparecen, *pero no se trata nunca de la esencia de la actividad judicial* en la adopción.

Para una mayor claridad, cabe aquí deslindar los distintos criterios doctrinales patrios en dos grupos, el de los civilistas y el de los procesalistas. Resumidamente me refiero a ellos como sigue:

a') Civilistas

Dentro de este subapartado cabría hablar de dos posturas irreconciliables: *la tradicional*, que considera —con diversos matices— que la adopción se perfecciona con la escritura pública y que la intervención judicial es a modo de *función calificadora* de la legalidad del acto y de la conveniencia de la adopción para el adoptado (167), y *la radical o maximalista*, que considera que la adopción se perfecciona con la *aprobación* por el

(166) Véase A. FINOCCHIARO y M. FINOCCHIARO: *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori (Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184)*, ed. Giuffrè, Milano, 1983, páginas 97 y ss. y 291 y ss.

(167) La relación sería interminable. En orden cronológico, en cuanto a la *legislación de 1958*: CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral* (rev. CASTÁN VÁZQUEZ), tomo V (Derecho de Familia), vol. 2.º (Relaciones paterno-filiales y tutelares), 7.ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1958, págs. 214 y ss.; GAMBÓN ALLX: *La adopción*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, págs. 150 y ss. y 170 y ss.; SANCHO REBULLIDA: «Notas para la perfección y formas de la adopción», en esta REVISTA, 1965, págs. 1109 y siguientes; DE LA VALLINA: «Naturaleza jurídica y acto constitutivo de la adopción», en R. D. P., 1969, págs. 437 y ss.

En cuanto a la *Ley de 1970*: PUIG BRUTAU: *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo IV (Derecho de Familia), vol. 2.º (Filiación. Patria Potestad. Adopción. Alimentos. Tutela), Ed. Bosch, Barcelona, 1970, págs. 296 y ss.; CANO REVERTE: «La nueva adopción», R. D. Not., 1971, págs. 24 y ss.; CASTRO LUCINI: «La nueva regulación legislativa de la adopción», en esta REVISTA, 1971, págs. 56 y ss.; MANTECA ALONSO-CORTÉS: «La adopción (Comentarios a la reforma de 1970)», R. D. Not., 1971, páginas 145 y ss., 152 y ss., 206 y ss. y 254 y ss.; CUEVAS CASTAÑO: «Visión crítica de la escritura de adopción», R. D. Not., 1979, págs. 407 y ss. y 416 y ss.; SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ-SANCHO: «Derecho de Familia (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)», vol. IV de los *Elementos de Derecho Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 698 y ss.

Juez de la adopción (168). Algunos autorizados expositores aparecen dubitativos (169). Recientemente, los comentaristas últimos del Código Civil se mantienen en la línea tradicional (170).

Los argumentos *en pro* de la tesis *radical o maximalista* pueden reducirse a estos grandes apartados: los de tipo jurídico-positivista (interpretación *literal* de los artículos del Código Civil), los de tipo dogmático (en orden a la prestación del consentimiento y al carácter de las resoluciones judiciales), los de tipo analógico (con relación al matrimonio), los derivados de la complejidad del actual procedimiento y los consiguientes a la problemática de las situaciones anormales (muerte del adoptante antes de la aprobación judicial o del otorgamiento de la escritura). De toda esa serie de argumentos únicamente rozan a la *esencia* de la actividad judicial en el instituto aquellos que se refieren al *carácter de las resoluciones judiciales*, que se postula como *constitutivo*, lo que se evidencia como una petición de principio, ya que es precisamente lo que debe probarse. A los restantes argumentos aludiré en el epígrafe siguiente.

De los argumentos *en pro* de la tesis *tradicional* únicamente me interesan aquí los relativos al *carácter* de la intervención judicial: para unos, es una autorización o permisión del acto (SANCHO REBULLIDA); para otros, es un acto de control de legalidad o de mérito de un acto jurídico realizado por particulares confiriendo *eficacia* al acto homologado o *acto negocial* (DE LA VALLINA); para otros, un acto de jurisdicción voluntaria no es marco idóneo para el encuadre de un consentimiento negocial (CUEVAS); para otros, el carácter constitutivo del auto judicial es requisito *sine qua non*, pero la *constitución del acto* es obra de los interesados como otorgantes de un negocio bilateral familiar (MANTECA) (171).

b') Procesalistas

También dentro de este subapartado aparecen dos grandes posturas *en orden a qué cosa sea la actividad judicial en el ámbito de la jurisdicción voluntaria*: la tesis *maximalista* entiende que ejercita un acto de ver-

(168) La lista es menos numerosa, pero de cierta entidad. Para la legislación de 1958: CAMY SÁNCHEZ-CANETE: «La adopción y figuras similares ante la nueva regulación», en esta REVISTA, números 368-369, enero-febrero 1959, págs. 65 y ss. y 73 y ss.; PERE RALUY: *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1962, pág. 480; CIMA GARCÍA: «Finalidad constitutiva del auto aprobatorio de la adopción», en *Rev. D. Proc. Iberoamericana*, 1970, núm. 2, págs. 413 y ss. Para la Ley de 1970: FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: «La adopción», *A. D. C.*, 1971, págs. 756 y ss.; GARCÍA CANTERO: «El nuevo régimen de la adopción», *A. D. C.*, 1971, págs. 837 y ss., y «De nuevo sobre el momento perfecto de la adopción», en *Estudios F. de Castro*, tomo I, Madrid, 1976, págs. 628 y ss.; RODRÍGUEZ CARRETERO: *La persona adoptada*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 101 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código Civil* (dir. M. ALBALADEJO), tomo III, vol. 2.º, 2.ª ed. rev., Madrid, 1982, páginas 352 y ss.

No incluyo en esta línea *radical* a J. VERGER GARAU, como hacen alguno de los indicados, porque me consta que en su estimable aportación sobre el tema («Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción», en *R. J. Cat.*, octubre-diciembre 1968, edición separata), al aludir a los puntos que deberían reformarse no dice que deba suprimirse la escritura de adopción.

(169) Así, Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, págs. 383-384.

(170) Véase VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Edersa, Madrid, 1984, pág. 316; J. BONET CORREA: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, tomo I (Título Preliminar y Libro I), Ed. Civitas, Madrid, 1984, pág. 493.

(171) Precisamente es notable que los recientes comentaristas de la última reforma italiana de la adopción, al aludir a la *prestación del consentimiento* ante el Tribunal de Menores (art. 25 de la Ley), digan sobre este punto que: «Además de la *inidoneidad* del mismo al incidir sobre un procedimiento de fondo marcadamente publicístico... introduciendo en el mismo elementos de *naturalidad privatística*», véase FINOCCHIARO, *op. cit.*, pág. 296 (subrayados míos: J. C. G.).

dadera jurisdicción (172); la *tesis minimalista* considera que se trata de una actividad típicamente administrativa, es una Administración pública de Derecho privado (173).

Los argumentos de la que llamo *tesis maximalista* se concretan en los siguientes *puntos*: superación de la dualidad jurisdicción contenciosa/jurisdicción voluntaria (dualidad derivada de los *signos distintivos* de la jurisdicción voluntaria: voluntariedad, ausencia de controversia, ausencia de partes litigiosas y contraposición entre *expediente* y proceso); superación de la dualidad jurisdicción/administración (inexistencia de la potestad de organización, ausencia de cosa juzgada, datos típicos de la inexistencia de jurisdicción); carácter *heterogéneo* de los actos de jurisdicción voluntaria regulados como tales en el Derecho positivo, y carácter *jurisdiccional* de los actos de jurisdicción voluntaria (174). Al tratar de la posibilidad de encontrar una *clasificación* satisfactoria de los actos de jurisdicción voluntaria, afirma que todo intento choca con la realidad positiva actual asistématica y en función de los criterios doctrinales imperantes distingue tales actos por la naturaleza de la participación estatal en la configuración jurídica, por el carácter de la intervención judicial y por la naturaleza de las relaciones jurídicas sobre que recaen. Atendidos estos criterios, la *intervención judicial* en la adopción se encuadra dentro de los actos civiles de jurisdicción voluntaria referentes al Derecho de familia, como acto de *documentación y publicidad del estado civil de las personas* y como acto *constitutivo* (175).

Los argumentos de la que llamo *tesis minimalista* parten del presupuesto de que la jurisdicción voluntaria es un concepto integrado por dos *notas*: la presencia de un órgano jurisdiccional y la existencia de un objeto jurídico privado. Jurisdicción voluntaria es, por tanto, la *administración judicial del Derecho privado*. De tal concepto se desprende la *esencia* o *razón de ser* de esa jurisdicción voluntaria: no es auténtica jurisdicción por no comprender verdaderas actuaciones procesales, tiene más bien un cometido estrictamente administrativo. La jurisdicción voluntaria es, pues, *actividad administrativa*, si bien *acotada objetivamente* en

(172) En nuestro Derecho, RAMOS MÉNDEZ: *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid, 1978, págs. 41 y ss., y *Derecho Procesal Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, epígrafe 79 (La jurisdicción voluntaria), págs. 1229 y ss., y allí la cita de la novísima doctrina italiana: SATTI, «La giurisdizione volontaria nell'unità dell'ordinamento», *Quaderni del diritto e del processo civile*, Padova, 1969, I, págs. 3 y ss., y en *Diritto processuale civile*, Padova, 1973, págs. 663 y ss.

(173) En nuestro Derecho, GIMENO GAMARRA: «Ensayo de una teoría general de la jurisdicción voluntaria», *A. D. C.*, 1953, págs. 10 y ss.; PRIETO CASTRO: *Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria*, págs. 590 y ss. (cita de RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 1235); GUASP: *Derecho Procesal Civil*, tomo II (Parte Especial), 3.ª ed., I. Est. Pol., Madrid, 1968, págs. 945 y ss.; SERRA: *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, pág. 619 (cita de RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.* y *loc. cit.*). Véase también GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1975, págs. 30 y 38 y ss.

Las referencias a la reciente doctrina italiana pueden verse en DE LA VALLINA (*op. cit.*, págs. 446 y ss.) y RAMOS MÉNDEZ (*op. et loc. cit.*): deben citarse los nombres de CHIOVENDA, CALAMANDREI, ZANOBINI, AURICCHIO, PALERMO y JANNUZZI. Últimamente, arguyendo en pro de un *tertium genus* (?), FAZZARALI: *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, y en «Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)», en *Encicl. dir.*, tomo XIX, Milano, 1970, pág. 334.

(174) Véase RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 1234 y ss., argumentando básicamente: que la presencia del Juez es garantía de jurisdiccionalidad, que existe un *processus iudicii*, que los actos llamados 'constitutivos' demuestran su jurisdiccionalidad y que existe cosa juzgada. Tales argumentos no se desarrollan *in extenso* y no parecen tener demasiada fuerza convincente. Como ejemplo del argumento *ad nomen*..., dice: «Si se desvaloriza el argumento personalista, para determinar la naturaleza del acto, habría que llegar a conclusiones un tanto atrevidas: v. gr., un Notario en un acto de presencia con el mismo contenido que una información para perpetua memoria (arts. 2.002 y siguientes de la LEC) desarrollaría función jurisdiccional; un Registrador actuaría con el mismo alcance en muchas de sus funciones, etc.» (*sic*). Dejo al buen lector que saque sus conclusiones.

(175) No dice nada en orden a la caracterización y esencia de esos que llama actos 'constitutivos'.

razón de que su materia la constituye el Derecho privado. El *fundamento* de la jurisdicción voluntaria debe ser negado y debe encaminarse la reforma de esta materia «a un acercamiento de esta figura a aquellos otros sectores del Derecho que verdaderamente son más afines a la misma que la judicial, como ocurre con las *notariales* y *registrales*, los cuales, verdaderamente, asumen una fisonomía extraordinariamente próxima a la jurisdicción voluntaria» (*sic*) (176). No se dan en la jurisdicción voluntaria los efectos propios de los procesos, ni existe cosa juzgada: la única eficacia es la *constitución* típica de los actos de jurisdicción voluntaria, dada la función de *administrar* el Derecho privado trabajando directamente sobre él para obtener unas *consecuencias propias de situaciones extra-procesales* (es una repercusión constitutiva, material, en la órbita del Derecho privado). Añade GUASP que la regulación de los artículos 1.825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere no sólo a la *adopción*, sino también a la *arrogación*, y que «*aunque se hayan modificado los supuestos materiales* a que se refiere esta normativa, *continúa en vigor la ordenación de la actividad del Juez con las modificaciones introducidas en ella por la norma civil*».

3. Mi posición

Por lo que se refiere al *porqué* de la intervención judicial en la adopción, una vez señaladas esquemáticamente las características de los *requisitos formales* de la institución en cada período histórica, parece que el *origen* de su aparición debe centrarse en el período formulario romano y en el complicado procedimiento de los negocios *per aes et libram*, pasando a ser un protagonista decisivo en el Derecho pretorio y deviniendo luego un formalismo más con la evolución de la institución. Con Justiniano, superado el arcaico procedimiento, reaparecerá la figura del Juez con un carácter distinto ('*imperio magistratus*'), quizá como representante de la potestad imperial. Tras un salto de siglos —por lo que a España se refiere—, vuelve el Juez a reaparecer en el siglo XIII con las *Partidas*, quizá como mera imitación de la técnica romano-justinianeana, pero en claro contraste con la realidad social. Nueva desaparición del personaje hasta bien entrado el siglo XIX, con el Proyecto de 1836. Se pierde en el Proyecto de 1851 y reaparece en el Proyecto de 1869. No cabe señalar, en consecuencia, una trayectoria rectilínea y uniforme a lo largo de los siglos para la tan debatida intervención judicial en la adopción. Quizá ni cabe hablar de trayectoria, dados los sucesivos ortos y ocasos de la figura que no posibilitan una panorámica exacta. No figurando como *constante histórica*, lo que parece evidente, tampoco parece posible hallarle un *fundamento* seguro a esta intervención; a lo sumo, cabrá hablar hoy, con técnica y visión modernas, de la necesidad y conveniencia de cierto control público en la adopción, pero no referido hacia atrás y al pasado como requisito permanente, uniforme y seguro.

Una visión *comparatista* con las restantes legislaciones europeas actuales tampoco ayuda demasiado: la opción por un *sistema judicial* más o menos puro es la elegida en Alemania, Suiza e Italia; la elección por un *sistema* acorde con nuestra *tradición jurídica* parece ser la de Bélgica

(176) Así, GUASP, *op. cit.*, pág. 949: subrayados del propio autor.

y Francia. Qué duda cabe que en todo ello la única *justificación* posible es la política, ya que el tema entra de lleno en la *política jurídica*.

Por lo que se refiere al otro gran tema, centrado en el carácter esencial de la *actividad* desarrollada por el Juez al intervenir en la adopción, y una vez conocidas las grandes discusiones doctrinales, parece posible sentar dos *premisas* iniciales: *una*, la de que la adopción es un negocio privado sometido a un control público; *otra*, la de que el Juez desarrolla una actividad de jurisdicción voluntaria. A través de la *premisa primera* se llega a una idea fundamental, la de que en todo negocio son decisivos los elementos del *consentimiento* y de la *causa*, con el corolario de que ese negocio *es un acto privado familiar, pero no un acto judicial*, y de que el control judicial afecta a la *causa* o propósito negocial de crear una filiación adoptiva (177). A través de la *segunda premisa* se obtiene la convicción de que la actividad del Juez no es jurisdiccional, sino *administrativa*, con el corolario de que *no* produciéndose el efecto de la *cosa juzgada material*, sus decisiones o resoluciones no son definitivas y *pueden reproducirse* en un proceso ordinario, y de que la *subsistencia* de la resolución judicial depende en buena parte de la conducta de los intervinientes en el expediente.

Por lo que se refiere a la *perspectiva desde el supuesto de hecho litigioso*, aparentemente el Juez que consideró conveniente la adopción, se limitó a dar como buenas las actuaciones precedentes del establecimiento, actuaciones incursas en vicio de nulidad dada la falta de audiencia de los padres naturales, nulidad que arrastraba la del auto judicial correspondiente.

En cuanto a la *'ratio' última* acerca de la intervención judicial en la adopción, consideradas las premisas precedentes, parece lógico suponer:

1.º El posible encuadre de la *justificación* de la intervención judicial en las preocupaciones que tenían los codificadores del siglo XIX en torno a los grandes temas de la vida social, preocupaciones que cristalizaron en una larguísima serie de preceptos dispersos en leyes sustantivas donde se exige la intervención judicial, quizá partiendo del *dato sociológico* de aquel entorno burgués-liberal que veía en la figura del Juez el único remedio posible a las desviaciones de la norma jurídica o a las dificultades de la convivencia social. Con los *datos sociológicos actuales*, desbordada la Administración de Justicia por innúmeros problemas (178) —de entre los cuales no es el más pequeño la gran cantidad de asuntos *no jurisdiccionales* a los que dedicar su tiempo el juzgador—, considerada la enorme proliferación de asuntos *criminales* y de temas de drogadicción, demostrada la evidente evasión o retraimiento de llevar a los Tribunales los conflictos jurídicos *civiles* —a causa de la lentitud, carestía y complicación de los procedimientos judiciales, como gráficamente muestra TOHARRA (179)— y postulada como *arquetípica* una figura del Juez que —además de conocer todas las ramas del Derecho— disponga de conocimientos

(177) Ese control judicial es un *presupuesto* o 'co-elemento' integrante del negocio adoptcional, calificado por el Tribunal Supremo como constitutivo y necesario para la validez del negocio: véase *nota 75 bis* precedente.

Control judicial que *no* equivale a una *función jurisdiccional* propiamente dicha, pero este tema enlaza con la otra premisa subsiguiente.

(178) Basta repasar la prensa diaria y las revistas especializadas, a las que me remito.

(179) Véase su obra *Cambio social y vida jurídica en España*, Ed. EDICUSA, Madrid, 1974, páginas 174 y ss., especialmente 194 y ss. y 198 y ss.

especiales en orden a psicología, pedagogía, técnicas de trabajo social, etcétera (180), no parece descabellado aventurar la hipótesis de que lo que está demandando la sociedad actual no es un Juez, sino un «Supermán», que sepa de todo y que trabaje cuarenta y ocho horas al día. Por el camino de la *especialización* según los temas a tratar, se conseguirá aumentar los conocimientos de los juzgadores, pero no por ello va a disminuir su trabajo.

2.º La configuración como *típica actividad administrativa* en cuanto a la *función* que el Juez desarrolla en el expediente de adopción, lleva a coordenadas *distintas* de las habituales. En lo *estructural*, porque su *auctoritas* va vinculada a la *potestad* implícita en el ejercicio de una función administrativa más, con lo que ello conlleva de discrecionalidad (181). En lo *funcional*, porque el desarrollo de esa potestad no es necesario que sea efectuado por un Juez, dado que, en base a los *criterios de política jurídica* imperantes en un momento dado, cabe suponer que en el futuro sea encomendada tal función de 'control' administrativo de la adopción a una *persona* o a un *órgano* designados o creados por la Administración (182).

C) La escritura pública

Caracterizada previamente la adopción *en su aspecto funcional* como un negocio privado familiar, y *excluidas* también en este lugar todas las polémicas habituales en torno a si es más el auto judicial que la escritura notarial (o viceversa), me voy a limitar también —como hice en el apartado *b)* precedente— a preguntar acerca del *porqué* de la escritura notarial y acerca de la *esencia* de tal escritura, con los recursos consabidos a los criterios históricos y doctrinales (en lo pertinente) respectivos.

1. Criterio histórico

He efectuado en el apartado *b)* precedente una exposición resumida de la evolución que la adopción ha tenido *en cuanto a los requisitos de forma* exigidos en cada período histórico concreto. Baste aquí la correspondiente remisión. Cabe así hablar de unos remotísimos precedentes de la intervención notarial en la adopción en los sistemas legislativos no europeos (India, Babilonia, Egipto) y quizá entre los griegos. Tras las invasiones germánicas y la proliferación de la *perfilatio* detectable a través de los numerosos cartularios medievales, parece defendible que tales

(180) Así lo demanda para el *Juez de Menores* MARÍA J. CORONADO: «El Juez de Menores», en Revista *Menores*, año I, núm. 3 (3.ª época), mayo-junio 1984, págs. 14 y ss., especialmente 19 y ss. En sentido concorde, C. COBO MEDINA: «Algunas consideraciones sobre la protección a la infancia en España», en la misma Revista *Menores*, núm. 2, marzo-abril, págs. 16 y ss., especialmente 29 y ss.

En lo que respecta a los *Jueces de Familia*, a quienes se les exigirá idéntica especialización, véase J. MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ: *Los Juzgados de Familia*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1981.

(181) Me remito a las *notas* 128, 128 bis y 129 precedentes. Véase también REVERTE NAVARRO, *op. cit.*, págs. 17 y ss., y 181 y ss. y 191 y ss.

(182) Que sea un «organismo social adecuadamente calificado», como propone FRIEDMANN (véase *nota* 72 precedente), o un 'Servicio social para la infancia', o 'defensor cívico de menores' (véase ROPPO, *nota* 123 precedente), o de un «Defensor de Menores» (L. VACAS), o de un 'Promotor de Menores' (MARTÍNEZ DÍAZ), o de un 'Ombudsman de menores' (RICO PÉREZ), o de cualquiera otra figura o denominación que en el futuro se introduzca (v. gr., el 'Servicio Nacional de Adopción' propuesto en las II Jornadas Nacionales sobre la Adopción de 1968), es lo de menos. Lo importante y trascendente es el hecho básico de que la *vigente* intervención judicial en la adopción articulada en el siglo pasado ha quedado obsoleta y sin sentido.

documentos eran típicamente notariales. Los historiadores han expresado, según vimos, cómo la legislación de *Partidas* rompía con la realidad social circundante, que iba por otros derroteros distintos a los romanos reintroducidos por Alfonso X. Hay que saltar al siglo XIX y encontrar la intervención notarial en el artículo 139 del *Proyecto de 1851*, regulación que, con ligeros altibajos, es la que pasará al Código Civil. Desde aquí, comentarios innumerables, a los que me remito.

Una visión comparatista nos lleva a las novísimas reformas introducidas en el Código Civil en Bélgica y en Francia, quienes mantienen la posibilidad de intervención notarial en sus artículos 349 y 343, respectivamente.

2. Criterios doctrinales

En este lugar cabe también —y sin entrar en la polémica ya citada— agrupar los comentarios doctrinales aparecidos en dos grandes grupos: *el radical o minimalista*, que considera que la escritura pública es superflua e innecesaria para la adopción (183), y *el maximalista*, que parte de la consideración de la escritura como acto constitutivo esencial para que surja la adopción (184). Por supuesto, que cada uno de estos grupos coincide, a su vez, y a la inversa, con los que denominé 'radical o maximalista' y 'tradicional' en orden a la intervención judicial.

Los argumentos de la *tesis maximalista o tradicional* se pueden reducir en esquema a éstos: los derivados del criterio historicista (los precedentes inmediatos de la institución: DE LA VALLINA, SANCHEZ REBULLIDA); los de tipo dogmático jurídico (la adopción es un negocio jurídico privado familiar solemne que requiere la forma de la escritura pública, con las cláusulas y estipulaciones convenientes al adoptado: DE LA VALLINA, SANCHEZ REBULLIDA, CANO, CUEVAS, CASTRO LUCINI, MANTECA y la práctica mayoría de la doctrina patria y jurisprudencia); los de tipo jurídico-positivista (interpretación literal, lógica y sistemática de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los arts. 173 y concordantes del Código Civil, y de la Exposición de Motivos de la Ley de 1970: SANCHEZ REBULLIDA), y los exclusivamente notariales (*contenido* de la escritura pública, con estipulaciones no incluidas en la autorización judicial: SANCHEZ REBULLIDA).

Los argumentos en pro de la tesis *radical, minimalista o negativa* de la escritura pública proceden de varios frentes y pueden reducirse a los siguientes:

- CAMY: de tipo jurídico positivista (interpretación literal de los antiguos arts. 176, 3.º, y 177 del Código Civil) y de tipo dogmático (los consentimientos se prestan en el expediente judicial).

- RODRÍGUEZ CARRETERO: de tipo dogmático (la modificación del estado civil que la adopción comporta exige una intervención judicial concretada en una resolución similar a las sentencias 'constitutivas' del estado civil; la extinción de la adopción se alcanza por sentencia judicial exclusivamente; en la *adopción simple* el *contenido* de la escritura queda

(183) Véase la relación de autores citada en *nota 168* precedente.

(184) Véase la relación de autores dicha en *nota 167* precedente.

reducido a la simple ratificación de los consentimientos exigibles para la perfección del negocio) (185).

● GARCÍA CANTERO: de tipo jurídico positivista (interpretación *lógica* del art. 173 del Código Civil (186) y de las modificaciones de la Ley de 1970); de tipo analógico (por comparación con el *matrimonio civil* como negocio familiar tipo y en relación a las hipótesis *anormales* del mismo), y de tipo formal (la escritura notarial, al igual que el *acta* del matrimonio civil, en sí misma es forma *ad probationem* y no *ad substantiam*, y en ella se reproduce fehacientemente lo que el Juez autorizó (187)...).

● BERCOVITZ: la abundante crítica de este autor en orden a la escritura pública es variada y abundante en argumentos de difícil encuadre (188), que literalmente reproduzco aquí:

1. La escritura no aporta nada al auto judicial de aprobación de la adopción.
2. (La escritura) no introduce ninguna especificación ulterior en la adopción.
3. El auto judicial aprobatorio tiene tanta fe pública como la escritura.
4. La escritura introduce un plazo de reflexión que no aporta nada nuevo.
5. Origina mayor lentitud en el procedimiento.
6. Produce un aumento de los costes.
7. Origina falta de seriedad y responsabilidad en los interesados que promueven el procedimiento judicial de adopción.
8. Determina una ocupación del organismo judicial en procedimientos inútiles si posteriormente no se otorga la escritura.
9. Origina una tendencia a descuidar el contenido de los autos aprobatorios de adopción en orden a la determinación de los apellidos del adoptado.
10. Produce complicaciones posibles y perjuicios a los interesados.
11. La escritura resulta inútil no sólo como elemento esencial, sino también como elemento de mera publicidad, como requisito en orden al Registro civil.
12. Si la escritura tuviera valor publicístico se solucionarían una serie de problemas (el de la muerte del adoptante antes de otorgarse la escritura, el del consentimiento del cónyuge del adoptando, el de la ausencia legal de un período máximo de tiempo entre la autorización judicial y la escritura pública).

(185) *Op. cit.*, págs. 101 y ss.: argumentación reproducida por GARCÍA CANTERO posteriormente. Curiosa utilización de vocablos no existentes en castellano, como 'otorgación' (*sic*) de escritura pública, quizá tomados subconscientemente de terminologías foráneas.

(186) Véase *De nuevo...*, cit., págs. 628 y ss., donde gráficamente dice: «Es cierto que el Código Civil no contiene ninguna norma que expresamente diga 'bajo pena de nulidad la adopción requiere'... Pero creo que el legislador implícitamente ha atribuido tal función al artículo 173...» (subrayados míos: J. C. G.).

(187) Véase *op. cit.*, en nota precedente, págs. 633 y ss., donde llega a afirmar: «Sólo se entiende la subsistencia de este requisito como un arrastre histórico», y en nota 24 dice que «el requisito de la escritura pública se introduce en el Proyecto de GARCÍA GOYENA con un alcance poco claro y por la vía de la LEC pasa a sucesivas redacciones del título de adopción en el Código Civil» (*sic*) (subrayados míos: J. C. G.). Así se escribe la historia.

(188) Véanse *Comentarios...*, cit., págs. 356 y ss. Alguno de estos argumentos ya venían expuesto anteriormente por CIMA GARCÍA (*op. cit.*).

3. *Mi posición*

En cuanto al *porqué* o *justificación* de la escritura pública, delimitados previamente los *requisitos formales* de la adopción en cada período histórico, tampoco en orden a la intervención notarial cabría hablar de una trayectoria rectilínea y uniforme a lo largo de los siglos, *aunque sí presumible* dada la abundancia de documentos y cartularios medievales (anteriores al siglo XIII) recogiendo *perfiltraciones*. Sí cabe afirmar que desde mediados del siglo XIX la exigencia de escritura pública para la perfección de la adopción es *una constante*. Tan es así que recientes reformas legislativas en países de similar tradición jurídica (Bélgica, Francia) siguen acudiendo en vía *opcional* a la escritura pública. El posible *fundamento* de esta forma (escritura notarial) quizá vaya ligada a una *doble idea*: la de que la adopción sigue siendo un acto privado y familiar, y la de que la alta cualificación y prestigio profesional del Notariado hacen a éste especialmente apto para *dar forma* a los actos jurídicos más importantes de la vida civil (189). Con todo, también es éste un tema de *política jurídica*, ya que, por especiales razones, un sistema puede ser variado por el poder público en atención a los intereses generales.

En cuanto al tema de la *esencia* de la escritura pública, conocidas las grandes posiciones doctrinales y las críticas a la escritura pública, parece posible efectuar estas *consideraciones previas*: *primera*, la de que la argumentación de la doctrina tradicional en base a criterios históricos, dogmáticos y notariales no ha sido desvirtuada por los oponentes o críticos radicales; *segunda*, que hay divergencias perfectamente superables en los argumentos jurídico-positivistas; *tercera*, que entre los críticos hay argumentos insatisfactorios e insuficientes, bien de tipo dogmático, bien de tipo formal, bien de tipo analógico, todos ellos merecedores de una revisión más completa que la mía; *cuarta*, que la crítica más reciente utiliza argumentos que nada tienen que ver con la escritura pública, en una primera aproximación al tema.

Por lo que se refiere a los argumentos *jurídico-positivistas*, al menos en alguno de ellos, hay una imputación (¿transposición?) de intenciones al legislador con olvido del principio de no distinguir donde la ley no lo hace (190), sin perjuicio de que el artículo 173 del Código Civil se está refiriendo a los *presupuestos* o antecedentes del acto jurídico privado en que la adopción consiste (191).

Por lo que se refiere al argumento *analógico* (192), argumento lógico decisional a emplear por el Juez, requiere encontrar una *semejanza* entre la hipótesis legal y el hecho no previsto. Es obvio que tal semejanza no se da entre la adopción y el *matrimonio civil*, como algunos pretenden. Sin entrar en el condicionamiento exigido por nuestra más autorizada doctrina (VILLAR PALASÍ) sobre la *relación biunívoca* de tal semejanza, es

(189) Razones éstas quizá determinantes de que, en el supuesto litigioso, el Juzgador de Instancia no declarase la nulidad de la escritura de adopción: argumento reiterado, según vimos, en los recursos de casación.

(190) Véase claramente la dicción de GARCÍA CANTERO en nota 186 precedente, y en lo que sigue: «el legislador pudo haberse contentado con un acta judicial...» (op. cit.). Pero no lo hizo, a lo que veo.

(191) Así, LACRUZ-SANCHO, op. cit., pág. 701.

(192) Sobre la analogía, por todos, véase VILLAR PALASÍ: *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, págs. 163 y ss., especialmente 174 y ss. y 207 y ss.

A la analogía como procedimiento *prelógico* alude DUARDE: *Una revolución en la lógica del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1933, pág. 75, que la califica de «antediluviana armazón mental blindada con el prestigio y la exquisita labor de sus defensores...».

decir, el carácter reversible de ésta. De buscar una semejanza habría que acudir al *reconocimiento de hijo extramatrimonial* (principio subyacente, *favor filii*).

Por lo que se refiere al argumento *formal*, en orden a que la escritura sea forma *ad probationem* —como el *acta* del matrimonio civil—, dejando aparte el argumento de tipo analógico ya excluido, confunden algunos la forma como requisito esencial del negocio y la forma como prueba del negocio (193). Hay un concepto de la forma en sentido institucional y otro en sentido legal, éste en relación con el caso concreto que la exige. Hay formas 'habilitantes' del negocio, formas 'integrativas' del negocio y formas de publicidad (194). Gráficamente escribe CHICO ORTIZ que «la escritura pública sólo puede tener dos finalidades: o ser forma constitutiva de la adopción o servir de vehículo para lograr la inscripción en el Registro civil, pero esta segunda finalidad debe ser descartada, a la luz del artículo 23 de la Ley del Registro Civil» (195). A mi juicio, pocas cosas más claras que todo lo relativo al estudio de las formas, en especial en la doctrina notarial, a la que me remito.

En cuanto a los argumentos de tipo *dogmático*, son de escaso valor y poco satisfactorios: 1) el que la adopción conlleva una modificación del estado civil tan importante que exija una resolución 'constitutiva' judicial no presupone la eliminación de la escritura, ya que existen otros importantes actos modificativos del estado civil (v.gr., reconocimiento, emancipación) que constan perfeccionados mediante escritura pública, y ésta no implica la eliminación de la actuación judicial (196); 2) el que la extinción de la adopción sólo se alcance con sentencia judicial, aparte de que incide en una aplicación incorrecta del argumento de analogía y de que olvida otros supuestos posibles de *extinción* de la adopción, es una consecuencia del principio natural de 'irrevocabilidad' implícito en toda adopción; 3) el que el *contenido* de la adopción —en los casos de adopción *simple*— se limite a la ratificación de los consentimientos exigibles para la perfección del negocio, es un argumento que quiere demostrar demasiado, lo que no es, ya que dicho contenido es siempre un *mínimo* (no un máximo), y, por otra parte, se elude la cuestión de la representación del adoptando menor de catorce años a efectos del consentimiento negocial (197).

Por lo que se refiere a los argumentos utilizados por BERCOVITZ, pese a su aparente aparatosidad, ofrecen mucho ruido, pero pocas nueces y, en esencia, poco o nada tienen que ver con la escritura pública, como voy a tratar de demostrar:

... Los argumentos que numero como 1, 2, 4, 7, 8, 9: no tienen ninguna relación con la escritura pública. A lo sumo, se tratará de unos temas de política jurídica.

... El número 3, de que el auto judicial aprobatorio de la adopción tiene tanta fe pública como la escritura, es tautológico y quiere probar demasiado. En principio, porque *de lo que el Secretario judicial —no el Juez— da fe es de las actuaciones judiciales*, pero nunca de los negocios

(193) Véase DE LOS MOZOS: «La forma del negocio jurídico», *A. D. C.*, 1968, págs. 745 y ss.

(194) Véase DE CASTRO: «El negocio jurídico», *I. N. E. J.*, Madrid, 1967, págs. 278 y ss.

(195) Véase «La adopción y el Registro de la Propiedad», en esta REVISTA, 1970, págs. 1401 y siguientes, especialmente 1436 y ss.

(196) Así, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 701.

(197) Así, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 702.

jurídicos *extraprocesales*, cual la adopción; además, por ley, la fe pública *extrajudicial* está reservada al Notariado (198); finalmente, porque, según vimos, mal puede un expediente de jurisdicción voluntaria, típicamente administrativo, servir de cauce o medio idóneo para instrumentar el acuerdo de consentimientos típico en todo negocio jurídico *privado*, y la adopción lo es.

... El número 5, sobre lentitud del procedimiento, además de poco serio, es infundado e increíble. Bastaría con la remisión a la cita de TOHARIA, antes efectuada (199). Pero todo el mundo sabe que el despacho de un asunto típico del estado civil —cual la adopción— es cuestión de pocas horas de trámite en un despacho notarial.

... El número 6, sobre el encarecimiento de costes, es poco serio e infundado (200).

... El número 10, que habla de «perjuicios», incide en un tema de *responsabilidad* notarial, lo que conlleva a denunciar el supuesto concreto, caso por caso.

... El número 11 hace de la cuestión supuesto, además de la confusión que conlleva entre Registro civil y Registro de la Propiedad. En el *Registro de la Propiedad*, como magistralmente sentenció LACRUZ BERDEJO, ingresan títulos, se inscriben actos y se publican derechos (más exactamente, titularidades) (201), en tanto que en el *Registro civil* se inscriben hechos inscribibles que acceden al Registro, bien como simples hechos, bien como declaraciones de voluntad, bien como documentos auténticos (202). En otro lugar me he remitido a la *forma* y sus comentarios.

... El número 12 alude a una serie de *problemas* que tendrían solución —se dice— si se eliminase la escritura pública. De creer al autor, sería fácil el remedio: suprimamos la escritura y se solucionan todos los problemas (203). Ahora bien, tales problemas no son propiamente problemas de la escritura, sino cuestiones implícitas en lo que CUEVAS ha denominado «patología» de la adopción: los derivados de las alteraciones subjetivas, los de la adopción *post mortem* (de adoptante o de adoptado), los del

(198) Del principio de *delimitación de competencias* y de la *invasión* en la competencia notarial se ocupaba (ya en 1946) GARCÍA OVIEDO: «La función notarial en la vida administrativa» (conferencia pronunciada el 14-3-1946), en *A. A. M. Not.*, tomo IV, 1948, págs. 329 y ss., especialmente 348 y ss.

Para una visión actualizada y reciente del tema, véase F. SAINZ MORENO: «Ejercicio privado de funciones públicas», en *Revista de Administración Pública*, enero-diciembre 1983, págs. 1699 y ss., especialmente 1717 y ss. y 1726 y ss.

(199) Véase *nota* 179 precedente.

(200) Véase *El País*, cit. en *nota* 45 precedente. Allí se da la cifra de *unas cien mil pesetas* como *coste* del procedimiento para la adopción. Si se toma en cuenta que la escritura de adopción costaba entonces —como hoy— entre 2.000 y 3.000 pesetas, se verá la enorme desproporción de cifras manipuladas y la poca credibilidad del argumento.

(201) Véase en *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1968, págs. 94 y ss.

(202) Véase Díez DEL CORRAL: *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, ed. JUNTA DE DECANOS DE COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA, Madrid, 1983, págs. 12 y 113.

(203) Que ésta sea una tendencia moderna *no quiere decir* que sea equivalente a una mayor dosis de libertad. Con gran autoridad pudo escribir IHERING (*El espíritu del Derecho Romano*, Abreviatura, traducción F. VELA, 2.ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1962, págs. 284 y ss., especialmente 501 y ss.) que «aunque la libertad... y la forma... parecen contradictorias, están, sin embargo, en dependencia mutua y relación oculta. El pleno auge de la idea de la libertad coincide con el reinado tiránico de la forma; cuando la libertad zozobra, la forma mitiga su rigor, y cuando, *bajo el régimen de los Césares*, la libertad se desploma totalmente, desaparecen también el formalismo y las fórmulas del Derecho antiguo. Esta coincidencia parece inexplicable, pero en la época de los Emperadores bizantinos las oraciones fúnebres con que acompañaron la desaparición de la forma, y la aversión y desprecio que le manifestaron, nos descubren esa relación. *Enemiga de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad; es el freno que detiene a los que quieren convertir la libertad en licencia, la que la contiene y protege. El pueblo que ama la libertad comprende instintivamente que la forma no es un yugo, sino el guardián de su libertad*» (subrayados míos: J. C. G.).

desistimiento, etc. (204). Cuestiones todas ellas que implican un vacío legal, una aporía legislativa, que lo único que demanda es una reforma de la ley cubriendo el vacío. *El supuesto de muerte del adoptante* durante la tramitación del procedimiento es tema resuelto en otros ordenamientos legislativos, generalmente en el sentido de retrotraer los efectos al momento de la muerte o de entender que la autorización judicial recaída es como si se hubiera producido antes de la muerte. *El supuesto de la exigencia del consentimiento del cónyuge del adoptando* (art. 173, 2.º, B), del Código Civil) lo que evidencia es el carácter de negocio *privado* en que la adopción consiste y que la fase judicial no es el nudo gordiano de la cuestión (205). *El supuesto de la no regulación de un período máximo de tiempo entre el auto judicial y la escritura pública* y la consideración subsiguiente de «ser puerta abierta al fraude» no deja de ser mera retórica: piénsese en los autos *declaratorios de herederos abintestato* pendiente el otorgamiento de la escritura de aceptación de herencia, supuestos más importantes y trascendentes que el de la adopción, y en tales casos, aunque el plazo sea más o menos largo, no por ello hay que eliminar la escritura.

Examinadas las consideraciones precedentes, parece posible concluir en orden a la *intervención notarial* en la adopción:

- 1.º Que en tanto en cuanto la adopción continúe siendo un *negocio privado familiar* fundado en un acuerdo de voluntades, la función autenticadora y de legalidad del acto es misión estrictamente notarial.
- 2.º Que de *lege ferenda* podría configurarse el sistema de la adopción como un acto judicial o administrativo, pero no por ello la adopción dejaría de ser un negocio privado familiar y no por ello la intervención judicial o administrativa *darían forma* al negocio celebrado, sino que la función que tal intervención presupone es la *de protección de personas y bienes* (206).
- 3.º Que si es cierto que «el sentimiento de justicia es la base de todo derecho» (RECASENS SICHES), habrá que atender al dato *sociológico* fundamental de lo que la convicción popular 'siente' ante la firma de la escritura de adopción (207). Ese sentimiento de lo que es justo va ligado, en nuestro caso, a la figura del Notario y no a otra persona o funcionario.
- 4.º Que la *esencia* de la actividad notarial —ejercicio privado de una

(204) Véase CUEVAS CASTAÑO, *op. cit.*, págs. 423 y ss.

(205) De ahí que el propio BERCOVITZ reconozca la «endeblez» de su utilidad final; *op. cit.*, página 366.

(206) Así, MANTECA, *op. cit.*, págs. 262 y ss. (subrayados míos: J. C. G.).

La referencia a una posible *revisión* del sistema en CUEVAS CASTAÑO, *op. cit.*, págs. 419 y ss., que propone un sistema *mixto* distinguiendo según puedan comparecer o no todos los que deben consentir, asentar o ser oídos y según exista o no oposición de intereses.

En cuanto a los problemas de la *organización judicial* actual, en parte denunciados por TOHARIA según expuse y que son actualidad permanente en los medios de comunicación social, basta la remisión a los argumentos de BERCOVITZ numerados como ocho y nueve para darse cuenta de cómo esa problemática judicial está pesando seriamente en la consideración del tema.

(207) En lo que a *mi experiencia personal* respecta, en más de dieciocho años de vida notarial solamente he autorizado *una escritura* (en un día de frío invierno en la semisierga de Huelva, en un pueblo minero), y en el momento de firmarla los padres adoptantes exclamaron que «con la firma del Notario ya no nos quita nadie esta hija» (!). Delicioso sentimiento, tan puro como ingenuo y tan lleno de fuerza expresiva y dramática, ya que toda la fase judicial precedente no les decía nada.

función pública, en feliz frase de F. SAINZ MORENO— es la de dar fe de los actos extrajudiciales en general, y de los negocios privados en particular (208).

d) *La inscripción en el Registro Civil*

Este requisito ha sido ampliamente tratado por nuestra doctrina, por lo que en este lugar procedo a las correspondientes remisiones (209).

Quiero, no obstante, hacer unas ligeras *matizaciones*: la primera, derivada de que muchos autores —y los propios *recurrentes* en esta sentencia comentada— parecen tener una concepción del Registro civil *como si fuera* el Registro de la Propiedad Inmobiliaria (210), cuando —como demostró en su día el maestro F. DE CASTRO (211)— *«el título de atribución del estado civil no es el documento, sino el supuesto de hecho del que depende su existencia jurídica, que puede ser o un simple hecho (artículos 136 y 17, 4.º, del Código Civil), una declaración de voluntad (artículos 15, 1.º; 18; 100; 131, etc., del Código Civil) o un acto o sentencia judicial (artículos 218, 221, 228, del Código Civil)»* (212); la segunda, respecto al valor de *lo afirmado por el Tribunal Supremo* que la adopción «es un concepto unitario» y que «los tres momentos integrantes del mismo tienen idéntico valor constitutivo» —*en el considerando 6.º*, que parece un *obiter dicta*, ya que la inscripción en el Registro civil *nunca* tiene valor 'constitutivo' (en el sentido de 'integrativo'), sino el valor de *medio de prueba privilegiado* de los hechos que al Registro civil tienen acceso (213)—; la tercera, que el título normal que *accede* al Registro civil es la escritura pública; la cuarta, que lo que *publica* el Registro civil *no es* la adopción *ni* una relación paterno-filial adoptiva, *sino una filiación*.

D) *Extinción de la adopción*

Tema éste que también ha originado una amplísima literatura, a la que me remito en este lugar (214).

Aquí solamente voy a aludir brevemente a tres *puntos*: una consideración general previa, el tema de la extinción a petición de los padres naturales del adoptado y el tema de los efectos de la extinción.

(208) Es curioso que, a pesar de los furibundos ataques en los últimos años a la intervención notarial en la adopción, a pesar de las poquísimas escrituras de adopción autorizadas por los Notarios (¿por qué?: otro impenetrable misterio) y a pesar del escaso rendimiento económico que la escritura de adopción reporta al Notario, si se repasan las aportaciones bibliográficas sobre esta materia en los últimos cincuenta años se observará que existe una elevadísima proporción de Notarios que se ocuparon del tema. ¿Otro misterio?

(209) Véanse GAMBÓN ALIX: *La adopción*, cit., págs. 178 y ss.; PERÉ RALUY, *op. cit.*, tomo I, páginas 479 y ss.; MANTECA, *op. cit.*, págs. 280 y ss.; CASTRO LUCINI, *Comentario...*, cit., págs. 1257 y ss.; BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 367 y ss.

(210) En el mismo sentido, CASTRO LUCINI, *op. cit.*, págs. 1257 y ss.

(211) Véase su *Compendio de Derecho Civil*, tomo I, vol. II, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 4.ª ed., 1968, pág. 208.

(212) Nótese que los artículos del Código Civil citados por DE CASTRO lo son en la redacción vigente en 1968.

(213) Distinguí muy bien GAMBÓN ALIX (*op. cit.*, pág. 179, nota 121): «Una cosa es el valor privilegiado y preferente de la inscripción como instrumento probatorio, y otra que la inscripción se erija en requisito cuya concurrencia es indispensable para que el acto surja a la vida jurídica con plena efectividad» (subrayados míos: J. C. G.).

(214) Véanse GAMBÓN ALIX, *op. cit.*, págs. 301-425; CASTRO LUCINI: *Comentario...*, cit., páginas 1221 y ss. y 1235 y ss.; CANO REVERTE, *op. cit.*, págs. 35 y ss.; MANTECA, *op. cit.*, págs. 317 y ss.; BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 395 y ss.; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, págs. 706 y ss.

1. Consideración general previa

Es de toda lógica comenzar aquí con la afirmación de LACRUZ-SANCHO de que «en principio, y en la medida en que resulten adecuadas y adaptables, se aplicarán a la adopción las categorías de *ineficacia* del negocio jurídico» (215). La exposición más completa de este tema es la que efectuaba en su día MANTECA ALONSO-CORTÉS, al que sigo aquí por su gran claridad y con las matizaciones relativas al supuesto litigioso comentado. Se examinan, por tanto, seguidamente los posibles supuestos de *ineficacia* de la adopción:

1) **INEXISTENCIA.** Por falta de alguno de los elementos esenciales y constitutivos de la relación adoptional: defecto de consentimiento, defecto de causa, defecto de formas esenciales constitutivas.

● **Falta de consentimiento:** ha de ser un defecto absoluto, tanto del consentimiento del adoptante como el del adoptado.

La falta de *otros* consentimientos provocará la **NULIDAD** (216).

● **Falta de causa:** bien porque ésta *falte totalmente* (supuesto improbable, dado que precisamente la intervención judicial tiene por *objeto comprobar oficialmente la existencia de la causa*) (217), bien porque sea *ilícita* (v.gr., adopción mediante precio o contraprestación, supuesto rechazable dada la naturaleza del negocio) (218).

● **Falta de forma esencial constitutiva.** La adopción, como negocio solemne que es, exige con valor 'integrativo' la forma *habilitante* de la intervención judicial y la forma pública de la escritura. La *falta* de cualquiera de ellas o su *nulidad* provocan la inexistencia o la nulidad de la adopción. Este era el gran tema del litigio, según vimos, centrado en el quicio del artículo 176 del Código Civil [redacción de 1958].

2) **NULIDAD.** Esta sanción era recogida en el artículo 176 [redacción de 1958], fundamental en este litigio, aunque fueran supuestos claros de *inexistencia*. Hoy, con la reforma de 1970, ha desaparecido como función específica. Con todo, entiende MANTECA aplicable el artículo 4 del Código Civil [redacción de 1889] en los supuestos de infracción de las normas contenidas en los artículos 172 y 178 del Código Civil.

3) **ANULABILIDAD.** Los supuestos típicos son los de *vicios* del consentimiento.

(215) Véase *op. cit.*, pág. 706; concorde, MANTECA, *op. cit.*, pág. 317. Para la categoría general, indispensable la consulta de L. Díez-PICAZO: «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», *A. D. C.*, 1961, págs. 809 y ss., y *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, tomo I, Madrid, 1970, páginas 285 y ss.

Por supuesto, todos los que propugnan la eliminación de la escritura pública *se olvidan* de este tema de la ineficacia de la adopción.

(216) Véase, sin embargo, la *sentencia de 11 de noviembre de 1961*, que entiende que la falta del consentimiento del cónyuge del adoptante determina la *inexistencia* de la adopción. Con MANTECA habría que estimar que lo correcto es entenderla como *nulidad*: *op. cit.*, pág. 319.

(217) MANTECA engloba aquí el *defecto de objeto* (transferencia al adoptante de la patria potestad) y el supuesto de *simulación*. Véase, sin embargo, la *sentencia de 30 de mayo de 1951*, que examina el supuesto de una causa consistente en obtener beneficios fiscales, estimándola válida.

(218) A pesar de ello, cabría afirmar que la *práctica totalidad de las adopciones constituidas* adolecen de este defecto sustancial. Me remito a los apartados correspondientes del análisis estructural efectuado anteriormente.

4) *RESCISION*. En sentido técnico, es una especie de la *anulabilidad* que opera por imperativo legal, fundada en que el negocio válidamente celebrado sufre una lesión objetivamente considerada. En este sentido, sólo hay una causa en el Código Civil: el artículo 177, 3, 2.º, equivalente al antiguo artículo 175, 2, 1.º, en la redacción de 1958. Este supuesto de hecho implica una fricción entre el principio de seguridad y estabilidad de la adopción y el derecho de los padres a no perder «por sorpresa» a los hijos si no es por causa a ellos imputable, problema que la ley resuelve a favor de los padres con ciertas limitaciones (219). Este era el gran tema del litigio aquí comentado, ya que los padres naturales *demandantes* habían ejercitado la acción de rescisión *en forma subsidiaria*, lo que les era más ventajoso: con la acción de nulidad ejercitada, bastaba probar la falta de un requisito legal (la 'audiencia' de los padres), en tanto que con la acción de rescisión habrían tenido que *pechar con la carga de la prueba* de que no hubo abandono o de que no fueron culpables del mismo (220).

5) *REVOCACION*. El negocio válidamente celebrado puede ser extinguido por un cambio de voluntad de uno de los sujetos del negocio. Causa *defendida* por todos los que entienden que la adopción es un negocio privado y *atacada* por quienes parten del principio general de irrevocabilidad de la adopción. LACRUZ-SANCHO dicen que en este punto la doctrina patria —*de lege ferenda*— y el Derecho comparado están divididos.

Como supuestos de *revocación* se citan (221): la contractual o por mutuo disenso (222), la legal, la judicial, la administrativa y la unilateral.

Respecto de las causas establecidas en el vigente artículo 177 del Código Civil, la doctrina también anda dividida: para LACRUZ-SANCHO, se trata de supuestos de extinción; para la doctrina mayoritaria, son supuestos de impugnación; para BERCOVITZ, son supuestos de revocación; para MANTECA, el primero es de revocación por voluntad condicionada de uno de los sujetos, el segundo es de rescisión y el tercero es de resolución; para CANO REVERTE, el primero es de resolución, el segundo de impugnación y el tercero de resolución (223).

6) *RESOLUCION*. La doctrina es casi unánime en considerar que esta causa es la contemplada en el artículo 177, 3, 3.º, del Código Civil.

2. La extinción especial a petición de los padres naturales del adoptado

Contemplada en el artículo 175, 2.º [redacción de 1958], pasa a ser el actual artículo 177, 3, 2.º Vimos ya, al tratar de la rescisión, las peculia-

(219) Solución criticada por ARCE, *op. cit.*, separata de la R. G. L. J., pág. 84.

(220) Así, CASTRO LUCINI, *op. cit.*, págs. 1221 y ss.

(221) Véase CASTRO LUCINI, *op. cit.*, págs. 1221 y ss. y 1238 y ss., donde plantea el tema de las excepciones al principio de irrevocabilidad y el engarce con los motivos 1.º y 2.º del recurso de la Diputación y el motivo 3.º del recurso de los adoptantes, ya que —al amparo de la acción de nulidad— los demandantes hubieran tenido que demostrar su falta total de culpabilidad en el abandono: planteamiento que no se produjo en el supuesto, según vimos.

(222) Véanse CASTRO LUCINI, *op. et loc. cit.*; MANTECA, *op. cit.*, págs. 344 y ss., quien recoge la idea de GAMBÓN ALIX (*op. cit.*, pág. 356) de que «este criterio no ha sido ni con mucho universalmente aceptado, seguramente por el arrastre histórico de la adopción en cuanto que relación paterno-filial constituida a imagen de la naturaleza (subrayados míos: J. C. G.), y entiende que en el futuro esta idea progresará una vez se afirme la adopción como institución típica de la beneficencia.

(223) Es difícil dar un encuadre exacto a cada uno de estos supuestos, fundamentalmente dada la naturaleza de negocio contractual familiar que la adopción supone. Véanse con mayor detalle: MANTECA, *op. cit.*, págs. 346 y ss.; CANO REVERTE, *op. cit.*, págs. 39 y ss.; BERCOVITZ, *op. cit.*, págs. 400-403; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, págs. 707-708.

ridades de esta acción y la carga de la prueba, tema obviado en el supuesto litigioso al ser ejercitada la acción en forma *subsidiaria*.

Las *diferencias de regulación* son examinadas atentamente por BERCOVITZ, y a su exposición me remito (224): en ella no falta la consabida 'puntada' a la escritura notarial en el tema del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción, se alude a la difícil diferenciación entre nulidad y rescisión y se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre ella, *esta sentencia* aquí comentada).

3. Los efectos de la extinción de la adopción

Actualmente regulados en el artículo 173, 4.º, del Código Civil, que sienta la regla de irretroactividad en cuanto a los efectos *patrimoniales*. En cuanto a los efectos *personales*, la extinción es retroactiva para LACRUZ-SANCHO y para BERCOVITZ (con las salvedades en orden a la nacionalidad y la vecindad (225)).

Una vez *declarada* la ineficacia (extinción) de la adopción, ésta quedará como no producida. En cuanto al *adoptado*, vuelve a la situación anterior a la adopción y se reintegra en su familia natural. Precisamente esta *reintegración* es la finalidad de la impugnación ejercitada. Este tema, *huérfano de tratamiento* legislativo, jurisprudencial y doctrinal, *subyace* en el supuesto de hecho litigioso de la Sentencia de 1973 aquí comentada: ¿quid respecto de la niña adoptada? Las consecuencias de la nueva situación —pasados siete años—, ¿a quién se imputan?

RECAPITULACIÓN PARCIAL

Parece llegado el momento de dejar terminadas estas notas en orden a la dimensión *funcional* de la adopción y finalizar aquí con los puntos siguientes:

- 1.º Es necesario efectuar un planteamiento no dogmático de la institución, en relación con los distintos intereses en juego (W. FRIEDMANN).
- 2.º Bajo el perfil funcional, la adopción se presenta como un procedimiento de Derecho privado con cierta intervención pública.
- 3.º Los presupuestos subjetivos aluden al necesario juego de consentimientos, básico para dar vida a la adopción, cuyo incumplimiento origina la nulidad de la adopción (*ratio decidendi* de la sentencia del Tribunal Supremo). Complemento de lo expuesto, las declaraciones de voluntad implícitas en el consentimiento negocial pueden prestarse en documento fehaciente presentado al Juez.
- 4.º La situación de abandono debería ser declarada por el Juez y presenta una serie de particularidades típicas cuando el menor se entrega en un establecimiento benéfico, peculiaridades que adornan el supuesto de hecho litigioso.
- 5.º La conveniencia del adoptado es una regla de contenido indeterminado a completar teóricamente por el Juez, regla inserta dentro de un procedimiento típicamente administrativo.

(224) Véase *op. cit.*, págs. 407 y ss.

(225) Véase *op. cit.*, págs. 708 y 411-413, respectivamente.

- 6.º El expediente inicial de la adopción viene a ser en la práctica una fase 'prejudicial' normada por obsoletas disposiciones administrativas, sometida a las reglas del procedimiento administrativo (Ley de 17 de julio de 1958) y en la que la potestad del órgano aparece con un fuerte aspecto discrecional.
- 7.º El porqué de la intervención judicial en la adopción proviene de un arrastre histórico, sin una constante histórica y sin ser requisito permanente, uniforme y seguro, viniendo hoy a responder a la demanda social de un Juez superdotado y superespecializado. La actividad judicial es propia de la jurisdicción voluntaria, eminentemente administrativa, viniendo en lo estructural vinculada a la potestad, y en lo funcional, a un control administrativo superior.
- 8.º El porqué de la escritura pública de adopción responde a que la adopción es un acto privado familiar solemne, siendo el Notario la persona encargada de 'dar forma' a los actos jurídicos más importantes de la vida civil. La actividad notarial en la adopción podrá —*de lege ferenda*— ser excluida, pero la adopción seguirá siendo un negocio privado familiar, y la actividad notarial seguirá siendo la función pública de otorgar fe haciencia con carácter exclusivo y excluyente.
- 9.º El título de atribución del estado civil es el supuesto de hecho concreto del que depende su existencia jurídica. El valor de la inscripción no es constitutivo, sino medio de prueba privilegiado de los hechos inscribibles.
- 10.º De los numerosos supuestos de ineficacia o extinción que analiza la doctrina es de relevante importancia, en el supuesto de hecho litigioso, el de la rescisión a petición de los padres naturales del adoptado. Queda pendiente el tema de las consecuencias negativas en cuanto al adoptado tras la declaración de extinción de la adopción.

VI. CONCLUSIONES

Efectuadas las consideraciones previas que he creído necesarias, presentado en detalle el supuesto de hecho determinante de una adopción que ha motivado estas reflexiones, resumidas unas notas en torno a la dimensión estructural de esta adopción y perfilados los puntos pertinentes en orden a la dimensión funcional *de esta adopción*, parece posible cerrar este comentario y como resumen, a modo de conclusiones, presentar los criterios siguientes:

- 1.º La adopción *estructuralmente* parece responder a un tipo puro de ficción manifiesta creadora del símbolo de la generación entre adoptantes-adoptado. *Funcionalmente* aparece como un supuesto de hecho constitutivo de un procedimiento de Derecho privado con cierto control público.
- 2.º Parece detectable una discriminación social hacia las madres solteras y un extraño mercado de niños recién nacidos.
- 3.º La entrega de un menor aparece rodeada de oscuras maniobras,

que evidencian la necesidad de una actividad administrativa de control total.

4.º La adopción, como negocio bilateral que es, requiere la prestación de los consentimientos básicos para darle vida. El incumplimiento de este requisito, causa de *nulidad* de la adopción, es la *ratio decidendi* del supuesto litigioso comentado (considerandos 1.º y 4.º de la sentencia del Tribunal Supremo).

5.º El expediente inicial de la adopción, fase prejudicial administrativa, está sometido a las reglas del procedimiento administrativo y debe adecuarse al principio de legalidad.

6.º El porqué de la intervención en la adopción, tanto del Juez como del Notario, responden plenamente a los criterios de la política jurídica y no son constantes históricas uniformes y permanentes.

7.º La actividad desarrollada en la adopción por el Juez es eminentemente administrativa y no jurisdiccional. La actividad notarial es la típica de dar fehaciencia y forma jurídica a los actos de la vida civil, y en la adopción responde a la consideración de la misma como un negocio privado familiar solemne.

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario

BIBLIOGRAFIA

La relación bibliográfica en tema de adopción sería muy abundante. Se ha procurado de intento una *selección* cuidada, que es *la directamente utilizada* en este trabajo, como sigue:

SANCHO REBULLIDA, F.: «Notas para la perfección y forma de la adopción», en esta *Revista*, 1965, págs. 1109 y sigs.

VERGER GARAU, J.: «Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción», en *R. J. Cat.*, octubre-diciembre 1968 (ed. separata).

DE LA VALLINA, A.: «Naturaleza jurídica y acto constitutivo de la adopción», en *RDP*, 1969, págs. 437 y sigs.

CANO REVERTE, J. M.: «La nueva adopción», en *R. D. Not.*, 1971, págs. 7 y sigs.

CASTRO LUCINI, F.: «La nueva regulación legislativa de la adopción», en esta *Revista*, 1971, págs. 41 y sigs. y 829 y sigs.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: «La adopción», en *ADC*, 1971, págs. 685 y sigs.

GARCÍA CANTERO, G.: «El nuevo régimen de la adopción», en *ADC*, 1971, páginas 789 y sigs.

MANTECA ALONSO-CORTÉS, J.: «La adopción (Comentarios a la reforma de 1970)», en *R. D. Not.*, 1971, págs. 101 y sigs.

RODRÍGUEZ CARRETERO, J. A.: *La persona adoptada*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973.

CASTRO LUCINI, F.: «Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973», en *ADC*, octubre-diciembre 1973, páginas 1218 y sigs.

GARCÍA CANTERO, G.: «De nuevo sobre el momento perfectivo de la adopción» (Comentario a la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 8 de junio de 1973), en *Estudios F. de Castro*, tomo I, Madrid, 1976, páginas 619 y sigs.

- RODRÍGUEZ ENNES, L.: *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela, 1978.
- CUEVAS CASTAÑO, J. J.: «Visión crítica de la escritura de adopción», en *R. D. Not.*, 1979, págs. 397 y sigs.
- LÓPEZ CABALLERO, A.: «La adopción en Alemania», en *RGLJ*, 1981, págs. 561 y sigs.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios al Código Civil*, tomo III, vol. 2.º, 2.ª ed. rev., Edersa, Madrid, 1982, págs. 260 y sigs.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: «Evolución histórica y realidad actual de la adopción en España», en vol. *Il Diritto del minore alla famiglia*, Napoli, 1982, págs. 391 y sigs.