

La nueva regulación legislativa de la adopción

(Estudio de la Ley 7/1970, de 4 de julio, que modifica
los artículos 172 a 180 del Código civil)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) *Origen y motivos de la reforma.* B) *Sistémática y orden de exposición.* C) *Concepto y evolución histórico-doctrinal;* a) Etimología y noción vulgar. b) Evolución histórica. c) Naturaleza jurídica: teorías: a') La adopción como contrato. b') La adopción como acto jurídico distinto del contrato. c') La adopción como acto complejo. d') La adopción como institución. e') La adopción como negocio jurídico-familiar.

I

INTRODUCCION

A) *Origen y motivos de la reforma.*

La Ley 7/1970, de 4 de julio—aparecida en el *Boletín Oficial* número 161 del día 7 de julio de 1970—, ha vuelto a modificar los artículos 172 al 180 del Código civil, correspondientes al capítulo V del título VII del libro I, que ya lo habían sido por la Ley de 24 de abril de 1958. Esta reforma no implica un fracaso de la anterior, como podría dar a entender el tiempo, escaso para lo que se acostumbra en las modificaciones de las instituciones civiles, que las separa, sino que responde al criterio de prudencia con que se afrontó la reforma de 1958 (puesto de relieve en la general equiparación del adoptado

pleno al hijo natural reconocido, frente a la del hijo legítimo, que establece la actual), debido, en gran parte, a que si estaba fuera de duda la necesidad de reemplazar el viejo texto del Código civil, no se mostraba con igual claridad cuáles habrían de ser los términos y el alcance de la reforma. La experiencia en la aplicación de la nueva regulación, la crítica que ésta hubo de merecer a la doctrina (1) y su incidencia en la opinión pública (2), han sido los

(1) Sin propósito exhaustivo pueden citarse, además de las obras de carácter general (v. gr.: J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. 2.º, 7.ª edición, Madrid, 1958, págs. 191-231; BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1960; D. ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, vol. V, 2.ª edición, Madrid, 1964; J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, Barcelona, 1966, págs. 419-437), las siguientes especiales sobre el tema: GAMBON ALIX, G.: *La adopción*, Barcelona, 1960; Id.: *Vigencia de las normas del Derecho foral catalán respecto de la adopción después de la Ley de 24 de abril de 1958*, R. J. C., noviembre-diciembre 1958, págs. 737-752; Id.: *Problemas que plantea la adopción en el Derecho penal*, R. J. C., septiembre-octubre 1959, págs. 667-683; BAS Y RIVAS, F.: *La adopción en los impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales*, en esta REVISTA, marzo-abril 1965, números 442-443, págs. 289-302; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *La adopción de expósitos y abandonados. Guía práctica y formularios*, Oviedo, 1968; Id.: *En torno a los conceptos de «abandonado» y «expósito» como sujetos de la adopción*, R. G. L. J., t. LV, números 3, septiembre 1967, págs. 323-343; CAMACHO EVANGELISTA, F.: *Familia agnaticia, familia cognaticia y adopción (s. III d. J.)*, en «Estudios de Derecho Romano» (Homenaje al Profesor don Carlos SÁNCHEZ DEL RÍO Y PEGUERO), Zaragoza, 1967, págs. 157-164; CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: *La adopción y figuras similares ante la nueva regulación*, en esta REVISTA, enero-febrero 1959, números 368-369, págs. 42-82; y marzo-abril 1959, números 370-371, págs. 194-242; CASASUS HOMER, E.: *La representación respecto a los derechos hereditarios del hijo adoptivo en la herencia del adoptante*, R. D. N., números 29-30, julio-diciembre 1960, págs. 213-224; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: *Las II Jornadas Nacionales sobre la adopción*, A. D. C., 1968, tomo XXI, fascículo 4.º, págs. 919-928; Id.: *La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción*, en «Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales», Montevideo, julio-diciembre 1967; Id.: *La prohibición de que sean adoptantes las personas que tienen descendientes legítimos*, en «Revista de la Obra de Protección de Menores», número 99, págs. 6-12; Id.: *Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español*, A. D. C., XVII-2, 1964, páginas 367-381; Díez GÓMEZ, A.: *La Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, con una breve exégesis*, R. D. N., números 21-22, julio-diciembre 1958, págs. 327-390, especialmente págs. 353-364; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Una nueva familia civil; la adoptiva*, Publicaciones de la Escuela Social y Junta Provincial de Beneficencia, Salamanca, 1963; FERRER SANCHÍS, P. A.: *Un comentario desde el punto de vista español al Convenio de La Haya de 1964 sobre adopción*, en esta REVISTA, septiembre-octubre 1969, número 474, págs. 1.255-1.268; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: *La institución contractual del hijo adoptivo y las disposiciones «mortis causa» anteriores y posteriores del adoptante*, R. D. P., noviembre 1959, tomo 43, págs. 936-965; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Notas sobre los derechos sucesorios del hijo adoptivo después de la reforma del Código civil*, R. D. P., febrero 1960, págs. 102-107; Id.: *Problemas de la sucesión del hijo adoptivo*, en «Estudios-homenaje al Profesor don IGNACIO SERRANO Y SERRANO», Valladolid, 1965, tomo I, págs. 405-412; MADRUGA MÉNDEZ, J.: *La adopción*, A. D. C., XVI-3, 1963,

principales factores determinantes de la nueva regulación que, siguiendo las directrices de la precedente, continúa la evolución de la institución en términos de una progresiva apertura a las necesidades sociales, facilitando y robusteciendo el vínculo adoptivo (3). Esta mutabilidad legislativa no es algo exclusivo de nuestra legislación, sino un denominador común a todas las legislaciones de los países civilizados en la época actual que, según su índice de progreso cultural y social, han sentido la necesidad de poner al día, en breves periodos de tiempo, la legislación sobre la materia. Por sólo citar un ejemplo en Francia se han registrado, a partir del texto de 1804, tres radica-

páginas 747-781; MORENO QUESADA, B.: *La tutela de los hijos adoptivos*, A. D. C., XVIII-2, 1965, págs. 435-469; DE LOS MOZOS, J. L.: *Adopción y pacto sucesorio*, R. D. E. A., número 22, octubre-diciembre 1968, págs. 11-23 PÉREZ VOITURIEZ, A.: *La adopción en el Derecho internacional privado*, en «Anales de la Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho», vol. II, 1964-65, págs. 55-113; SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Notas sobre perfección y forma en la adopción*, en esta REVISTA, septiembre-octubre 1965, núms. 448-449, págs. 1.109-1.113; SOTO BISQUERT, A.: *En torno al contrato de legado en la adopción*, en esta REVISTA, enero-febrero 1968, número 470, págs. 39-51; SOTO NIETO, F.: *Derechos sucesorios del hijo adoptivo en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, R. G. D., números 198-199, marzo-abril 1961, págs. 210-217 y 310-323, respectivamente; Id.: *Derechos sucesorios del hijo adoptivo en el Código civil español*, R. G. L. J., tomo 43, diciembre 1961, págs. 681-789; OGAYAR, T.: *La nueva regulación de la adopción*, «Revista de Derecho Judicial», número 2, abril-junio 1960, págs. 13-44; DE LA VALLINA DÍAZ, A.: *Naturaleza jurídica y acto constitutivo de la adopción*, R. D. P., junio 1969, págs. 437-456; VERGER GARAU, J.: *Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción*, R. J. C., octubre-diciembre 1968, págs. 901-960, y los trabajos del autor de este artículo: *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo. La adopción en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*. Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción; I. El adoptante. II. El adoptado, publicados en el Anuario de Derecho Civil, años 1962, 1966 y 1968, págs. 617-656, 69-79, 337-368 y 369-411, respectivamente, así como *Limitaciones a las disposiciones patrimoniales «mortis causa» establecidas en la escritura de adopción*, en «Estudios de Derecho civil en honor del profesor CASTÁN», publicados por la Universidad de Navarra, vol. III, Pamplona, 1969, págs. 95-130.

(2) La opinión pública hubo de manifestarse en diversas ocasiones y con insistencia a través de artículos y secciones de la prensa diaria (v. gr.: los de Mercedes Fórmica en *A B C*), contenidos en los números de 26 de enero, 18 y 25 de mayo, 1 y 8 de junio de 1969 y 4 de enero de 1970 sobre candentes problemas reales que demandaban una solución práctica y la difusión del Proyecto de reforma en los números del diario *Ya*, correspondientes al 30 de mayo de 1969 y 7 de febrero de 1970, creando un ambiente favorable a la reforma que ya había sido fomentado por reuniones de diversos Organismos protectores de la infancia, acerca de todo lo cual suministra una completa información en la sección «Vida jurídica», del tomo XXI, fascículo 4.º del Anuario de Derecho Civil nuestro buen amigo J. M. CASTÁN VÁZQUEZ (Vid. *Las XII Jornadas Nacionales sobre la adopción*, A. D. C., octubre-diciembre 1968, págs. 919-928).

(3) Como ya destaca la propia Exposición de Motivos del proyecto de Ley en sus tres primeros párrafos, conservados sin alteraciones—a diferencia de lo contrario con otros—en la Ley.

les modificaciones: en 1923, 1939 y 1966-67, y más de media docena de reformas parciales, también de importancia (4). Un panorama similar presentan la mayoría de las legislaciones, incluso aquellas que han regulado por primera vez la adopción en época reciente (5).

(4) Dichas modificaciones son: Ley de 17 de mayo de 1900, que modifica los artículos 353 y 354 del Código civil francés; Ley de 13 de febrero de 1909, modificando el artículo 347; Ley de 19 de junio de 1923, que facilita la práctica de la adopción, reformando toda la legislación precedente; Ley de 19 de julio de 1927, modificativa del nuevo artículo 352; Decreto-Ley de 29 de julio de 1939, llamado Código de la Familia, que renueva todo el título VIII del libro I del Código, reforzando los efectos de la adopción y creando la nueva institución de la legitimación adoptiva en la que, al parecer, se inspiró nuestro legislador para establecer la adopción plena; Ley de 8 de agosto de 1941 sobre la asimilación del adoptado, en ciertos casos, al hijo legítimo; Ley de 23 de abril de 1949, que inserta una nueva disposición en el artículo 350 del Código, relativa a los apellidos del adoptado; Ley de 17 de abril de 1957, modificando los artículos 344 y 368, a fin de permitir la adopción y la legitimación adoptiva de los recogidos antes del nacimiento de uno o varios hijos legítimos; Ordenanza número 58-1.306, de 23 de diciembre de 1958, tendente a facilitar y difundir la práctica de la adopción; la Ley de 1 de marzo de 1963 y, finalmente, la Ley de 11 de julio de 1966, que, junto con los Decretos de 2 de diciembre de 1966 y 12 de enero de 1967, que implica otra nueva modificación fundamental, casi una ordenación *ex novo* de la institución. Acerca de estas reformas y su concreto alcance puede consultarse: M. VISMARD: *Traité théorique et pratique de l'adoption et de la légitimation adoptive*, Sirey, París, 1.^a edición, 1951 (hay ediciones posteriores); P. VERDENAL: *L'adoption dans la Loi du 19 juin 1923 (thèse)*, París, 1923; ROUAST, A.: *L'apport de la Commission de Revision du Code Civil à la législation de l'adoption. Etudes offertes Julliot de la Norandière*, Dalloz, París, 1964, páginas 491-500; M. VISMARD: *L'adoption*, Librairies Techniques, París, 1968; F. VEGA SALA: *La reciente reforma de la adopción en Francia*, A. D. C., XX-3, julio-septiembre 1967, págs. 565-573; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: *La reforma de la adopción en el Derecho francés*, A. D. C., XVI-3, 1963, págs. 821-823.

(5) Las legislaciones pueden sistematizarse, desde este punto de vista, en: A) Legislaciones que han introducido la adopción recientemente en su Derecho, si bien ya conocían y practicaban de hecho la institución con anterioridad: Finlandia, Gran Bretaña, Noruega, Suecia y algunas provincias canadienses. B) Legislaciones que han regulado la adopción por primera vez, sin conocerla ni practicarla de hecho antes: Unión Sudafricana, Argentina, Australia, Colombia Británica, Nueva Escocia, Ontario, Quebec, Irlanda, Ecuador; El Salvador, Checoslovaquia y Turquía. C) Legislaciones que habiéndola regulado desde tiempo atrás, la han modificado recientemente: Bélgica, Brasil, Bulgaria, Chile, Costa Rica, Dinamarca, República Dominicana, España, Filipinas; Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, Islandia, Italia; Méjico; Nueva Zelanda; Panamá, Holanda, Perú, Polonia, Puerto Rico, Rumania; Portugal; Suiza; U. R. S. S., Uruguay, Venezuela y Yugoslavia. Acerca de su respectivo régimen jurídico apuntamos: M. ANCEL: *L'adoption dans les législations modernes*, Sirey, París, 1958 (hay ediciones más recientes); F. VEGA SALA: *La reciente reforma de la adopción en Italia*, A. D. C., XXI-3, 1968, págs. 643-654; J. M.: CASTÁN VÁZQUEZ: *La nueva Ley luxemburguesa de adopción*, A. D. C., XIII-3, julio-septiembre 1960, páginas 952-957; Id.: *La Ley chilena de legitimación adoptiva*, separata de la R. D. E. A., 1967; B. PIÑAR LÓPEZ: *La adopción en el nuevo Código civil filipino*, A. D. C., VII-4, 1954, págs. 1,175-1,186; RUTSAERT, J.: *La Ley belga de 10 de*

B) Sistemática y orden de exposición.

Circunscrito el objeto de este trabajo al estudio y valoración de la reciente reforma legislativa de la adopción en el Derecho español, prescindo de una detallada evolución histórica; tan sólo haré las indicaciones precisas para tomar conciencia de la actual manera de entender esta institución, tan diferente al criterio decimonónico, que inspiró su recepción en los Códigos, y como, por ello, los antiguos principios interpretativos no resultan válidos hoy día. Esto nos pondrá en franquía para indagar la *ratio legis* de su actual regulación positiva y concluir que es el interés del hijo adoptivo, superior al del adoptante e incluso al de la misma sociedad (valor primordial de la persona), deduciendo de ello que en los casos dudosos la interpretación de la norma ha de ser la más favorable para el adoptado (*non favor adoptator, sed adoptivus*).

A continuación se examina la naturaleza jurídica de la adopción, en una evolución doctrinal que guarda sensible paralelismo con el desarrollo histórico, expuesto anteriormente, para desembocar así en la calificación y el concepto, cara al Derecho español, destacando las notas principales que lo informan. A fin de comprobar cómo y en qué medida estos principios que inspiran la reforma patria se co-

febrero de 1958 en materia de adopción, (*La loi belge du 10 février 1958 en matière de filiation et d'adoption*), en «Ehe und Familie im Privatem und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht» (Bielefeld), año 8, número 6, junio 1961, págs. 239-241; W. NEVILLE BROWN: *La Ley de adopción de 1950 (The Adoption Act, 1950)*, en «Cuadernos de Derecho Anglo-americano», Barcelona, número 2, enero-junio 1954, págs. 97-108; *Ley de adopción de personas sancionada en septiembre de 1948, que regula esta materia sobre la cual omitió legislar el Código civil argentino*, A. D. C., 1949, II-3, páginas 1.158-1.160; H. POVIÑA: *La adopción*, en «Revista del Instituto de Derecho Civil», Universidad de Tucumán, 1949, págs. 9-40; F. MARTÍNEZ SEGOVIA: *Ley (argentina) de adopción de menores*, «Revista Internacional del Notariado», 1949, págs. 356-372; H. BRÜHL: *Die adoption deutscher Kinder durch Staatsangehörige der U. S. A.*, en «Neue Juristische Wochenschrift» (Munich-Berlin), año XI, cuaderno 36, 1958, págs. 1.381-82; H. GLASSING: *Voraussetzungen der Adoption*, Frankfurt-Berlin, 1957 (con muy buena bibliografía hasta la fecha); G. FAVERO: *Note sul problema dell'ammssibilità dell'affiliazione dei figli adulterini da parte del genitore naturale*, en «Studi in onore di B. Biondi», vol. IV, Milano, Giuffrè, 1965, págs. 271 y sigs.; C. GRASSETTI: *L'adozione è l'affiliazione*, en «Revista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone» (Milano), año VII, núms. 1-2, enero-junio 1965, págs. 27-33; F. SALVI: *L'affiliazione*, Milano, 1946. Es interesante la regulación del Código civil portugués (arts. 1.972-2.002), aprobado por Decreto-Ley núm. 47.344, de 25 de noviembre de 1966.

responden con los fines que debe cumplir la adopción, según los criterios sociales imperantes, se alude a cuáles sean éstos, para, de acuerdo con su respectiva importancia, desde el punto de vista de una buena política legislativa, admitirlos o rechazarlos. Para obtener una justa valoración conviene tener en cuenta los riesgos que en la consecución de dichos fines suelen presentarse y los medios para evitarlos o prevenirlos.

Seguidamente se exponen las clases de adopción, los requisitos comunales y especiales de ellas, tanto de fondo como de forma, y los efectos que producen en los diferentes órdenes personal, familiar y patrimonial, con especial referencia a los problemas que surgen de la regulación positiva, singularmente en el aspecto sucesorio. Sin olvidar las cuestiones de derecho transitorio e internacional privado que, junto con la extinción de la adopción, constituirán la última parte del trabajo, para finalizar con un juicio crítico sobre la oportunidad y contenido de la reforma.

C) *Concepto y evolución histórico-doctrinal.*

a) *Etimología y noción vulgar.*

La palabra francesa *adoption*, la italiana *adozione*, la portuguesa *adopção*, la inglesa *adoption* y la española *adopción* tienen la misma etimología (6), derivándose del latín *ad* (a, para) y *opto, as, are* (desear, elegir), de donde *optio, onis* viene a significar acción de elegir o escoger (7), encerrando, por tanto, la idea de preferencia —pues no se elige sino lo que previamente se ha destacado sobre algo—, sentido este último con que se utiliza corrientemente (v. gr.: adoptar un determinado género de vida). Etimología y significados que destacan todo lo que el íntimo, personal y afectivo hay

(6) La etimología alemana, aunque diferente, envuelve la misma idea; así, adopción—*Annahme an Kindes Statt*—quiere significar recepción en el lugar de hijo. En Derecho austríaco, el adoptante recibe el nombre de *Wahlvater* y el adoptado el de *Wahlkind*, esto es, padre o hijo elegido (Cfr. *Diccionario Slavy-Grossmann*, y A. QUINTANO-J. HEILPERN: *Diccionario de Derecho comparado*, I, alemán-español, Madrid, 1951).

(7) Vid. voz «adoption» en el *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, de Daremberg, París, 1877, t. I, págs. 75 y sigs.; Id.: «adoption» en *Larousse, Grand Dictionnaire universel du XIX siècle*, t. I, pág. 98, París, 1866.

o debe haber en el acto de adoptar una persona a otra. ¿Y qué relación hay más personal que la procedente de la generación, dado que el hijo viene a ser una prolongación del padre? (8). Por ello puede aceptarse inicialmente que la adopción es el acto mediante el cual se recibe legalmente como hijo a quien no lo es por naturaleza o la elección de una persona para que ocupe el lugar que correspondería al hijo según la sangre. Aparece ya aquí el esbozo de una idea que fue expresada por las *Instituciones* de JUSTINIANO, repetida posteriormente, la de que la adopción imita a la naturaleza (“*adoptio imitatur naturae*”, “*adoptio est aemula naturae, seu naturae imago*”) (9); y esta idea ha adquirido tanta fuerza que muchos de los requisitos y prohibiciones legales para adoptar o ser adoptado se explican precisamente por el deseo de aproximar la llamada por algunos “ficción legal” en que consiste la relación adoptiva en la realidad de la vida, encarnada en la generación.

Cuando se pretende establecer el concepto jurídico de la adopción surgen las dificultades, porque las definiciones de los autores, que vienen a coincidir en lo accidental, discrepan en lo esencial, cual es la determinación de su naturaleza jurídica. En efecto, al tratar de precisarla observamos cómo este término, que en principio es idéntico, parece cambiar de sentido con arreglo a las concepciones sociales y criterios legales dominantes en cada época y en cada legislación particular. Diríase que pesa sobre los juristas, cual terrible anatema, la imposibilidad de lograr un acuerdo, una misma solución, en las materias que someten a su examen, sobre todo en cuanto se plantea la cuestión de la “naturaleza jurídica” de una institución afrontada desde el punto de vista exclusivamente dogmático. Ello puede obedecer a que las ideas de otras épocas no ceden sin lucha ante las nuevas y que, aceptadas por juristas actuales en virtud de la línea de menos resistencia sin tener en cuenta que las razones históricas que las determinaron pueden no ser válidas hoy día, mantienen por mera inercia puntos de vista ampliamente superados por la conciencia social, de tal modo que las legislaciones —a pesar de su derogación— siguen pesando, a través de una interpretación desprovista de sentido histórico, como una losa sobre ge-

(8) Idea que inspira la primitiva sucesión hereditaria, conforme a la cual el heredero es un continuador de la personalidad de su causante.

(9) *Inst.*, 1, 11, 4.

neraciones posteriores a la de sus autores, a las que incapacitan para contemplar los problemas desde la adecuada perspectiva representada por las exigencias de la hora presente, a cuyo servicio debe ponerse el Derecho. Por otra parte, es cierto que, salvo contadas excepciones, el legislador o carece del sentido de anticipación o no se atreve a innovar de una vez, prefiriendo los tanteos y reformas parciales; con lo que la evolución legislativa suele ir a remolque de la ideológica y doctrinal marcada por las exigencias sociales con el riesgo de no acompasarse nunca, cual mito de Aquiles y la tortuga. De aquí que interese, en el sentido y con los límites impuestos, examinar, aun someramente, la evolución histórica de la adopción, a través de grandes rasgos que determinaron distintos principios rectores. Lo que es conveniente para formular luego, con pleno conocimiento de las exigencias actuales y desechando, por tanto, las ya superadas, el concepto técnico-jurídico de la adopción; modo de proceder que se estima preferible al de conceptuar ésta *a priori*.

b) *Evolución histórica.*

La adopción ha atravesado por tres grandes etapas a través de los tiempos. La primera, correspondiente a los Derechos antiguos, caracterizada por el formalismo y la consideración cuasi-pública de la institución, en la que se concibe a favor y en interés exclusivo del adoptante; una intermedia, en la que pierde el favor de que anteriormente gozaba—al variar los presupuestos socio-políticos—regulándose como acto desprovisto de las antiguas solemnes formalidades e incluso, en ocasiones, como acto meramente privado y en la que se considera como una institución filantrópica, con un sentido marcadamente paternalista, al que responden las codificaciones decimonónicas; y un período final en el que vuelve a gozar **de nuevo del favor del legislador**, por imposiciones sociales, quien la somete a rigurosas condiciones o requisitos de fondo y de forma, en interés primordial del hijo adoptivo menor, sin desconocer por ello el interés de la sociedad al que en parte corresponde el acentuado control estatal por medio de organismos especializados (comités de protección a la infancia, tribunales tutelares de menores, asistencia social, etc.).

Los orígenes de la adopción parecen ser antiquísimos, como corresponde a su inicial finalidad esencialmente religiosa, ligada a las ceremonias del culto a los antepasados, la cual acrecentó su importancia degenerando, por ende, con la pérdida del sentimiento religioso. El remoto legislador de los indios dice: "Al que la naturaleza no ha concedido hijos, puede adoptar uno para que cesen las ceremonias fúnebres (10). Aparece también regulada en el Código de Hammurabi (2.283-2.241 a. J. C.), practicada con frecuencia por los egipcios (caso célebre es la adopción de Moisés por la hija del Faraón) y por los hebreos (v. gr.: adopciones de Esther por Mardoqueo y de Efraim y Manasés por Jacob) (11), pero sólo el Derecho romano alcanzó su más amplia y completa regulación a través de una complicada evolución que no interesa a nuestro estudio. Bástenos señalar que se distinguió fundamentalmente entre la *adoptio* y la *adrogatio* (según que el adoptado fuere "alieni" o "sui iuris"), en la época clásica, y, ya en la justiniana, se diferenció la *adoptio plena* de la *minus plena*, según que el adoptante fuera o no un ascendiente del adoptado, lo que producía distintos efectos, pues mientras el ascendiente adquiría la *patria potestas* sobre el adoptado, quien quedaba desligado de su familia de origen, la *adoptio minus plena* sólo determinaba que el adoptado adquiriese derecho a suceder al extraño adoptante, sin que éste tuviese la cualidad de *pater* respecto a aquél, que permanecía vinculado a su familia de origen. Dentro de estas especies fundamentales se conocieron distintas variedades ("*adoptio ex tribus maribus*", "*in solacium amissorum liberorum*", "*per testamentum*", "*adrogatio per rescriptum principis*", "*per scripturam*", "*per populum*") siendo digna de mención la frecuencia con que se utilizó la adopción con fines políticos (v. gr.: para que un patricio pudiese alcanzar un cargo reservado a los plebeyos, se hacía adoptar por uno de éstos, originando la llamada *transitio ad plebem*) constituyendo en el Imperio un cómodo medio de vincular al sucesor y facilitar la transmisión de la dignidad imperial (12), idea que habría de pretender resucitar

(10) *Leyes de Manú*, XI, 10.

(11) VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, t. IV, 4.^a edición, Valladolid, 1938, pág. 472, núm. 1) cita como adopciones de tipo histórico el *levirato* del Derecho hebreo y el *niyoga* del Derecho hindú.

(12) Dando lugar a la *adoptio regia*, que en su origen fue una verdadera adopción, realizada en la forma ordinaria y productora de todos sus efectos, para

Napoleón Bonaparte. Ha preocupado a los autores el problema de determinar si en el Derecho romano estaba prohibido adoptar, lo mismo que ocurría en las legislaciones hindú y ateniense, a quien ya tenía hijos legítimos. En tiempos de GAIUS parece que podía adoptar quien tuviese hijos, más en el de CICERÓN la cuestión ofrece algunas dudas motivadas por el pasaje en que exclama: "¿Cuál es el Derecho que regula la adopción? ¿No es acaso preciso que el adoptante se encuentre en edad de no tener hijos y que antes de adoptar haya procurado tenerlos? Adoptar es pedir a la religión y a la Ley lo que no se ha obtenido de la naturaleza" (13).

En el Derecho germánico se conoció la *adoptio in hereditatem* (*affiliatio o afratio*) por la que el adoptado era introducido en la comunidad doméstica del padre adoptivo, originándose un recíproco derecho hereditario que constituía su principal efecto (14).

acabar transformándose y quedar reducida a un acto político independiente de las formas normales de la adopción y sin producir los efectos jurídicos de ésta. Ejemplo de «transiciones», verificadas a través de la «adopción», son las de L. Manlius Acidinus Fulvianus, que fue cónsul patricio en el año 575, hijo de un Fulvio y hermano por la sangre de su colega plebeyo—caso de adopción de un plebeyo por un patricio—, y de Clodio, adoptado por el plebeyo Fontetius en el 695 para acceder al tribunado—caso de adopción de un patricio por un plebeyo—, discutiéndose la posibilidad de abdicar directamente el patriciado por medio de la «transición», sin necesidad de apelar a la adopción. Entre las adopciones imperiales son notables las de Gaius Lucius y Tiberius por Augusto y la de Nerón por Claudio, que fueron verdaderas «adrogaciones», de las que ya había sido destacado y ruidoso precedente la llevada a cabo por Cayo Julio César en su último testamento fechado en su posesión de Lavicum el 13 de septiembre del año 45 a favor de Octavio y que tanto trabajo costó a éste legitimar (Vid. M. H. PRÉVOST: *L'adoption d'Octavie*, en «Rev. Int. de Droit antique», III année, t. V, 1950).

(13) Así resulta, para el Derecho ateniense, de un discurso de Demóstenes contra Leochares y de otro de Iseo, y para el romano del «Prodomo» de Cicerón (13, 14), en el que el célebre retórico y abogado de Arpino combatió la adopción de Clodio fundándose en que el adoptante tenía ya un hijo, exclamando que una tal adopción es contraria al Derecho religioso. Para estos y otros problemas de la adopción en el Derecho romano, así como para su tratamiento general, pueden verse: F. CAMACHO EVANGELISTA: *Familia agnaticia, familia cognaticia y adopción* (s. III d. J. C.), en «Estudios de Derecho romano» (Homenaje al Profesor don CARLOS SÁNCHEZ DEL RÍO Y PEGUERO), Zaragoza, 1967, págs. 157-164; F. SCHULZ: *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, págs. 136-142; J. ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, Madrid, s. a., 4.ª edic., págs. 454-459; F. GUTIÉRREZ ALVIZ: *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 1948; A. D'ORS: *Elementos de Derecho privado romano*, Pamplona, 1960, págs. 164-166; P. GÓMEZ DE LA SERNA: *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, 3.ª edic., t. I, Madrid, 1863, págs. 97-101; R. SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano*, traduc. española de la 17.ª edic. alemana por W. ROCES, Madrid, 1928, págs. 487-490; A. VINNIO: *Comentario académico y forense*, t. I, Barcelona, 1867, págs. 103-114.

(14) Vid. BRUNNER y von SCHEWERING: *Historia del Derecho privado germánico*, Madrid, 1936, pág. 233 y H. PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, trad. de MELÓN, Barcelona, 1957, págs. 333 y 363.

En la Edad Media decayó la práctica de la institución, como lo prueba su omisión y hasta su prohibición en las compilaciones del derecho consuetudinario. La *coutume* de Lille expresa taxativamente: *L'adoption n'a lieu* (15). Sin embargo, se recoge en nuestro *Fuero Real* (libro 4.º, título XXII, Ley 2.ª) y en *Las Partidas* (Partida 4.ª, título XVI) definiéndola: "*Adoptio* en latín tanto quiere decir en romance como porfijamiento. E este porfijamiento es una manera que establecieron las Leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de otros, *maguer non* lo sean naturalmente", añadiendo que "el porfijamiento es una manera de parentesco" (Partida 4.ª, título XVI, Ley 1.ª), inspirando su regulación los principios romanos, hasta el punto de que, según el profesor OTERO VARELA, la adopción de las Partidas es una total recepción de la justinianeas; por ello parece que no debería haber habido problema en la unificación con el régimen catalán, a salvo la cuestión sucesoria. Más lo cierto es que mientras Cataluña se mantuvo fiel a la posibilidad de adoptar aun teniendo hijos, no sucedió lo mismo con el Derecho castellano al recogerse en el Código civil. En el Derecho aragonés se inspiró la regulación en principios germánicos para adquirir caracteres originales llegándose a una amplia libertad de la que se hacen eco el *Fuero único De adoptionibus*, libro VIII y la *Observancia XXVII, De generalibus privilegiis*, libro VI: "Todo hombre de cualquiera condición que sea y aunque tenga hijos legítimos, puede entre ellos constituir hijo adoptivo". No obstante la amplitud del *Fuero* parece que fue institución escasamente vivida (16).

(15) Vid. P. VERDENAL: *L'adoption dans la loi du 19 juin 1923, (thèse)*, Paris, 1923, pág. 11.

(16) Vid. A. OTERO VARELA: *La adopción en la historia del Derecho español*, en «Dos estudios histórico-jurídicos», Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid-Roma, 1955, págs. 83-146; M. ALONSO Y LAMBÁN: *La adopción*, «Seminarario de la Comisión Compiladora del Derecho foral aragonés», Zaragoza, 1956; Idem: *Acerca de la posibilidad de adoptar habiendo hijos legítimos en el genuino Derecho aragonés*, en «Anuario de Derecho aragonés», C. S. I. C., t. VII, Zaragoza, 1953-54; J. COSTA: *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, 1880; ASSO Y DE MANUEL: *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5.ª edic., Madrid, 1792, libro 1.º, título VIII.

MUCIUS SCAEVOLE explica esa falta de arraigo de la adopción en Aragón con estas duras frases, en las que parece relampaguear el antiforalismo: «Si la *Observancia* 'Ne pater vel mater pro filio teneatur' consigna 'Item de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem'; si no existe la patria potestad legal, aun cuando de hecho y por derecho universal se reconozca; si a los catorce años el poderío, no del *Fuero*, sino del amor paterno, se entibia porque la autoridad del padre se extingue, ¿cómo van los aragoneses a buscar una institución que

Es preciso llegar a la Revolución francesa para encontrar de nuevo el favor de la institución. En la sesión de 18 de enero de 1792 la Asamblea Nacional decretó que "se invitaba al Comité de legislación a que comprendiera las Leyes relativas a la adopción en su plan general de Leyes civiles" (17). Esta especie de resurrección de la adopción y su consagración en el Código civil de 1804, cuando ya se había perdido gran parte del primitivo entusiasmo revolucionario, se explica por los autores de muy diversa manera: ora acudiendo a la influencia de la cultura clásica sobre las gentes de la época (18), unida a la de las ideas rousseauianas en boga (19) o al sentimentalismo de la época, ora a estimarse como un medio apto para realizar los ideales de igualdad y fraternidad, asegurando al propio tiempo una más equitativa distribución de las riquezas, con lo que se cumplía la parte económica del programa revolucionario. Hasta el extremo de que hubo quien llevado del entusiasmo del momento, llegó a propugnar su establecimiento como un *deber* sagrado para todo ciudadano que careciese de hijos y declarando que "el célibe es un asesino de la prosperidad" presentó una moción para obligar a aquéllos cuya edad estuviera entre los 35 a los 55 años a adoptar un niño de tres años, que sería designado por el respectivo municipio de entre los huérfanos más pobres de la localidad, bajo pena, si se negaba a adoptar, de privación de la ciudadanía (20). Así la adopción fue considerada como un medio de cumplir un deber cívico, idea a la que responde el artículo 4.º de la Constitución de 24 de junio de 1793 al conceder la nacionalidad francesa al extran-

finge un poder cuando el Fuero se complace, siquiera como protesta al absorbente Derecho romano, en negarlo?» (Comentarios, t. III, 3.ª edic., Madrid, 1893, páginas 371-378).

(17) Decreto de 18 de enero de 1792: «L'Assemblée Nationale décrète que son Comité de législation comprendra dans son plan général des lois civiles celles relatives à l'adoption» [Vid. para el estudio de este período, DEJOL: *Retablisement de l'adoption en France (thèse)*, París, 1911].

(18) Cfr. M. GUIBAL: *Rapport à la Chambre des Députés au nom de la Commission de législation civile*, J. O., Docs. parl., 1923, Chambre an. núm. 5.989, página 838, y M. PÉRÈS: *Rapport au Sénat*, J. O., Docs. parl. 1923, Sénat, an. núm. 620, pág. 29.

(19) Vid. M. PÉRÈS, cit. nota anterior y DAUBERMESNIL, Arch. not. A D. 11.30.

(20) Vid. BERLIER: *Idées offertes à la méditation de ses collègues*, en «Fenet, Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil»; OUDOT: *Dicours à l'Assemblée Législative le 25 juin 1792*; y la «requête» presentada por el ciudadano Henry, elector del distrito de Montmédy, al Comité de Législation, en Arch. Nat., D, III, 361.

jero que adopte a un niño francés (21). La adopción invade, con esto, la esfera del Derecho público y entre sus manifestaciones más célebres se encuentra la adopción llevada a cabo por la Asamblea Nacional, mediante Decreto de 25 de enero de 1793, en la hija del representante del pueblo Lepelletier de Saint Fageau, el cual había sido asesinado por un guardia realista a causa de haber votado la muerte de Luis XVI, hecho que puede considerarse como un precedente de la institución de los "pupilos de la nación", cuyo número se incrementó a consecuencia de las sucesivas guerras (22).

A pesar de esta favorable acogida inicial no se encuentra ningún texto que reglamente la adopción (23) hasta el primer proyecto de CAMBACÉRÈS, que le dedicaba un título, extensión reducido en el segundo proyecto a seis artículos incluidos en el título *De la paternité et de la filiation*, lo que se explica por la resistencia de los legisladores franceses encargados de la codificación, quienes no la veían con buenos ojos (24). Parece ya destinada a sufrir un nuevo olvido cuando lo evita el Primer Cónsul sosteniendo enérgicamente que "la adopción debe ser una imitación perfecta de la naturaleza; debe hacer salir completamente al adoptado de su familia originaria para vincularlo exclusiva e irrevocablemente a la de su padre adoptivo. En suma, la adopción debe ser, en cierto modo, un sacramento conferido por las más elevadas autoridades" (25). Se ha explicado esta defensa a ultranza y la predicada plenitud de efectos porque, al parecer, Napoleón pretendía utilizar la adopción para sus fines personales; en ausencia de herederos, tenía la intención de adoptar al hijo de su mujer Josefina, Eugenio de Beauharnais,

(21) Cfr. PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit civil*, París, 1911, t. I, página 494.

(22) En 1805 Napoleón adoptó a los hijos de los militares muertos en Austerlitz; en 1830 y 1848 Francia adoptó a los hijos de los ciudadanos muertos combatiendo por la libertad. Después de la guerra de 1870, por Ley de 26 de marzo de 1871, la adopción alcanzó a los huérfanos de guerra. Esta Ley anuncia ya la de 27 de julio de 1919 sobre los «pupilos de la nación».

(23) Sin embargo, las adopciones realizadas fueron confirmadas por la Ley de 25 de *germinal* del año XI, correspondiente al 13 de abril de 1803, «siempre que no fuesen acompañadas de alguna condición impuesta para adoptar o ser adoptado».

(24) FENET: *Recueil*, cit., 1836, t. X.

(25) «L'adoption doit être une imitation parfaite de la nature; elle doit faire sortir complètement l'adopté de sa famille naturelle pour le rattacher exclusivement et irrévocablement à celle de son père adoptif. Dès lors, l'adoption doit être, en quelque sorte, un sacrement conféré par les autorités les plus hautes» (Thibaudeau, *Mémoires*, cit., pág. 420).

o al hijo de la Reina Hortensia. Pero como estos proyectos sucesorios político-dinásticos no llegaron a cristalizar y ante la cerrada oposición del Cuerpo legislativo, Napoleón no mantuvo su primitivo criterio, sino que cedió ante el de sus legistas en las sesiones del Consejo de Estado de 16 de *frimario* y 4 de *nivoso* del año X, y así pudo manifestar BERLIER en la Exposición de Motivos presentada al Cuerpo Legislativo el 21 de *ventoso* del año XI, que "los autores del proyecto no habían tomado en consideración las Leyes romanas, las cuales no podían convenir a nuestras costumbres, sino que habían encontrado el verdadero punto de partida en el Código prusiano" (26). Así vino a quedar regulada la adopción en el título VIII del Código civil, aprobado por Decreto de 23 de marzo de 1803, publicado el 2 de abril, bajo la rúbrica "De la adopción y de la tutela oficiosa", comprensivo de los artículos 343 a 370, regulación que sólo proporcionó una vida efímera a la institución, siendo preciso llegar a los tiempos actuales para que su práctica aumentase considerablemente, en virtud de las causas que luego analizaremos, principalmente de orden social.

El Proyecto español de 1851 la introdujo un poco de matute y a manera de concesión particular, porque un vocal de la Comisión, natural de Andalucía, manifestó que en su tierra se daban algunos casos de ella (27), regulándola parcamente en los artículos 133 a 141

(26) «Les auteurs du projet n'avaient pas pris en considération les lois romaines les-queles ne pouvaient convenir à nos mœurs, mais qu'ils avaient trouvé le vrai point de départ dans le Code prussien» (Locré, VI, pág. 598). El mismo BERLIER había presentado un anterior proyecto de Ley sobre la adopción en la sesión del Consejo de Estado de 6 *frimario* del año X (Locré, VI, pág. 393). El Código prusiano que sirvió de modelo fue el de 1794, del que se recogió la tutela oficiosa, institución que debería servir para preparar o facilitar la adopción, a modo de ensayo de ésta. La regulación definitiva desvirtuaba así el inicial propósito napoleónico, del cual son muestras las siguientes palabras dichas por el que luego sería Emperador: «La loi ne devrait pas permettre l'adoption d'un enfant au-dessus de dix ans, afin que les sentiments de père et de fils puissent s'établir entre l'adoptant et l'adopté... L'adoption par la femme seule est inconveniente; l'adoption par le mari seul l'est également. Il n'y a donc de raisonnable que l'adoption en commun».

(27) «Es un hecho constante y notorio que la adopción no está en nuestras costumbres. Hubo, por tanto, en la Sección una casi unanimidad para pasarla en silencio; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su país había algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar este título con la seguridad de que sería tan rara y extraña en adelante, como lo ha sido hasta ahora, y porque al fin este título no es imperativo, sino permisivo o facultativo, y de una cosa que puede conducir a sentimientos dulces y benéficos» (GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ma-

constitutivos del título V del libro 1.º, con la particularidad de “hacerse presentándose ante el Alcalde el adoptante, el adoptado y las personas que, conforme al artículo anterior, deben prestar su consentimiento (esto es, las que deben dar consentimiento a los menores para contraer matrimonio y el curador del demente), y se consignará en escritura pública”. El criterio restrictivo y receloso con que se contemplaba la adopción parecen inspirar las siguientes palabras de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888: “Se autorizará también la adopción por escritura pública, y con autorización judicial, fijándose las condiciones de edad, consentimiento y prohibiciones que se juzguen bastantes a prevenir los inconvenientes que el abuso de ese derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia” (base 5.ª). La institución pasó sin pena ni gloria en las discusiones parlamentarias (28), pareciendo ajustada en general su regulación, contenida en los artículos 173 al 180, a los primeros comentaristas del Código, quienes la contemplaron como institución pública y benéfica, de carácter filantrópico y paternalista (29). Más con la preocupación por la eficacia práctica

drid, 1852, pág. 148). La profecía no se ha cumplido. Semejante criterio era estimado por algunos autores de la época como demasiado benévolo y postulaban una mayor restricción, que luego pasó al Código civil. Así RAMÓN O. DE ZÁRATE, en sus observaciones al Proyecto del Código civil (Revista de los Tribunales y de la Administración, Burgos, 1852, pág. 44) dice: «Deseamos que se prohíba la adopción, no sólo a los eclesiásticos y a los que tengan descendientes legítimos, como dice el artículo 134, sino también a los que tengan hijos ilegítimos. Es una prueba de depravación el arrojar de casa a sus propios hijos para traer otros extraños que ocupen el lugar que a los primeros había señalado la naturaleza». Parece que por hijos ilegítimos se refiere a los que lo sean naturales. Para las vicisitudes—que no fueron muchas—de la adopción en nuestra codificación civil puede verse: J. ROBLES FONSECA: *¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?*, en los números 170 y 171 de esta REVISTA, julio y agosto 1942, páginas 464-477 y 542-558.

(28) Cfr. «El Código civil. Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888 a 1189. Colección de discursos pronunciados en el Senado y Congreso de Diputados, por la redacción de la Revista de los Tribunales», Madrid, 1889; «Proyecto de Código civil. Enmienda presentada al Senado por Augusto Comas», Madrid, 1885. El Proyecto de 1882, al que corresponde esta enmienda de Comas, con el que coincide el Antiproyecto de 30 de abril de 1888, destinaba a la adopción los artículos 139 a 146, integrantes del capítulo V, del título IV [Vid. M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: «El Anteproyecto del Código civil en 30 de abril de 1888», A. D. C., oct-dic. 1960, XIII-4, págs. 1.171-1.193 y «El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)», Centenario de la Ley del Notariado, Sección IV, vol. I. Madrid, 1965, págs. 85-86].

(29) «La adopción, para vivir entre nuestras instituciones, tenía que revestir un carácter esencialmente benéfico y humanitario. Sólo al que carece de hijos, y no espera ya obtenerlos, debía, por consiguiente, serle permitido adoptar»... «La adopción además, como institución pública y benéfica, debía estar bajo el

de la institución, al socaire de su difusión, los juristas actuales tachan a la regulación del Código de anacrónica, en cuanto no corresponde a las nuevas necesidades (30), preparando así el camino para la reforma de 1958 (31) que, a su vez, desembocará en la actual. Cambio de criterio con el que finaliza la evolución histórica de la institución y que se corresponde con la elaboración doctrinal respecto a la naturaleza jurídica de la institución.

c) *Naturaleza jurídica: teorías.*

En la evolución doctrinal de la institución pueden señalarse las siguientes principales tendencias, coincidentes con determinados periodos de su evolución histórica, siquiera su planteamiento con mayor rigor científico haya sido relativamente reciente: 1.º La adopción como contrato; 2.º La adopción como acto jurídico distinto del contrato; 3.º La adopción como acto-procedimiento o acto complejo; 4.º La adopción como institución; y 5.º La adopción como negocio jurídico familiar.

amparo y protección del Estado». (M. FALCÓN: *Código civil español*, t. I, Madrid, 1888, págs. 199-200). En análogo sentido: J. M. MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código civil español*, t. II, 4.ª edic., Madrid, 1914, págs. 75-78 y Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*, t. III, 3.ª edic., Madrid, 1893, págs. 375-382. F. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, 2.ª edic., Madrid, 1898, pág. 1.065 dice: «Suprimido el exceso de la ficción legal, que la adopción en su sentido histórico representa, considerada como una mera institución de patronato, con un sentido genérico de protección y asistencia humanas, mediante las cuales... se realizan con ventaja indudable los fines de la pública caridad... sin esa exagerada equivalencia de la paternidad y de la filiación, y, menos, reputada como uno de los medios normales de constituir una familia, siquiera se califique de civil... parece indudable que la institución, lejos de ser exótica, fuera de época y digna de reproche, podría y debería figurar en el concierto de las civiles de una legislación culta».

(30) Por todos, recordamos la crítica del Profesor CASTÁN TOBEÑAS: *El Código civil... reglamenta la adopción... sin lograr darle una orientación práctica y un matiz moderno. Siguiendo el criterio de los Códigos del grupo latino, somete el nuestro la adopción a condiciones muy rigurosas, y, por otra parte, regula sus efectos de modo tal que la adopción se nos muestra como institución establecida en beneficio del adoptante más que del hijo adoptivo. En suma, resulta una institución de finalidad muy borrosa...* («Derecho civil español, común y foral», t. IV, 6.ª edic., Madrid, 1944, pág. 65 y «Derecho civil»—Registros—tomo III, 3.ª edic., Madrid, 1942, págs. 219-220). También puede consultarse, para una visión de conjunto, el discurso de recepción como Académico de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, de F. DE A. CONDOMINES VALLS: *La adopción. El Código civil y proyectos de reforma*, Barcelona, 1957, y la contestación de R. FAUS ESTEVE.

(31) Vid. bibliografía indicada en la nota (1).

a') *La adopción como contrato.*

La concepción contractual de la adopción es la que predomina entre los autores de fines del siglo pasado y comienzos del actual y a la que responden también los Códigos decimonónicos, siquiera muchos no la definen expresamente. La exposición de esta tesis puede resumirse en las siguientes palabras de MUCIUS SCAEVOLA: "¿Qué es la adopción? Basta leer el artículo 178 del Código, donde se habla del consentimiento del adoptado o del de las personas que suplen su incapacidad legal, para convencerse de que es un contrato. En efecto: hallamos la causa, la voluntad manifiesta, en el consentimiento, y lo que pudiéramos llamar contenido, o sea, las reciprocas obligaciones y derechos de adoptante y adoptado. Concurren, pues, los tres requisitos esenciales de todo contrato, según el artículo 1.261 del nuevo Código. Consentimiento, objeto cierto y causa, o sea, el sentimiento de liberalidad del bienhechor, para usar de las mismas palabras que emplea el Código civil" (32). También la atribuye carácter contractual ROBLES FONSECA, quien cita la opinión del profesor CASTÁN TOBEÑAS afirmando que se le da por el Código un puro carácter contractual opuesto al de institución de Derecho de familia que ha tenido siempre, y se altera el tradicional principio español prohibitivo de los pactos sucesorios. Pero estas palabras del que fue inolvidable Presidente del Tribunal Supremo, fueron dichas un tanto de pasada y resultan, desde luego, con escaso valor si se las compara con la opinión centrada sobre el tema del mismo autor vertida en su Tratado de Derecho civil, donde emplea el término contrato en un sentido muy lato, como sinónimo de convención jurídica o negocio jurídico bilateral (33). Dentro del marco contractual puede comprenderse la caracterización de la adopción como un contrato sucesorio, conforme a su remoto origen histórico, siendo de notar que no ha faltado alguna legislación de

(32) Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil concordado y comentado...*, cit., página 385.

(33) Cfr. J. ROBLES FONSECA: *¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?*, en los núms. 170 y 171 de esta REVISTA, julio y agosto 1942, págs. 464-477 y 542-558, especialmente págs. 476 y 542-3. J. CASTÁN TOBEÑAS: *La sucesión 'ab intestato' del hijo adoptivo*, R. G. L. J., 1961, págs. 39 y sigs.; «Derecho civil», *Notarías*, cit., pág. 59, donde la define como «acto jurídico» y en el tomo V. 7.ª edic. 1958, pág. 215.

origen latino que, como la rumana, considerase tradicionalmente la adopción como una simple institución de heredero por vía contractual, fórmula aplicada también por ciertos juristas de la provincia canadiense de Québec (34).

Apoyándose en tales razonamientos o en otros semejantes, como el de que la adopción se perfecciona mediante el consentimiento reflejado en la escritura pública, se encuentran definiciones, más o menos descriptivas, pero que insisten todas ellas en la esencia contractual. "Contrato irrevocable, revestido de formas solemnes, por el que, mediante la aprobación judicial, toma una persona adornada de las condiciones necesarias bajo su protección a un extraño que, sin salir de su familia natural y conservando todos sus derechos, adquiere el de ser alimentado por el adoptante, usar su apellido y heredar por testamento sin perjuicio de los herederos forzosos, si los hubiere", dice MUCIUS SCAEVOLA (35). "La adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima", manifiesta PLANIOL (36). "La adopción es un contrato que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad o maternidad y de filiación", expresa JOSSE RAND (37). "La adopción es un contrato sinallagmático y solemne, que crea entre dos personas vínculos ficticios de filiación", patentiza M. VISMARD (38). PUIG PEÑA, no obstante definirla como institución, afirma que su

(34) El mismo Profesor CASTÁN cita la opinión de SOHM, según la cual «la adopción para caso de muerte, como forma primitiva y precedente de la institución de heredero, se presenta en el antiguo Derecho griego y germánico—*affatoma*, *adoptio in hereditatem*—y en el primitivo babilónico». En idéntico sentido, manifiesta E. GARCÍA HERREROS que «la adopción es la primera forma de disposición de los bienes por causa de muerte» (La sucesión contractual, Madrid, 1902, página 105). En el sentido indicado en el texto, el Código civil rumano de 1864 Y para la legislación canadiense: M. PELAND: *Le Droit civil français: livre souvenir des journées de Droit civil de Montréal en 1934*, pág. 176.

(35) Loc. cit., nota (32).

(36) «L'adoption est un contrat solennel, soumis à l'approbation de la justice, qui crée entre deux personnes des relations analogues à celles qui résulteraient de la filiation légitime» (Traité élém. dr. civ., 9.^a edic. t. I, París, 1922, página 490).

(37) L. JOSSE RAND: *Derecho civil revisado y completado por André Brun*, t. I, vol. 2.º, La Familia, trad. esp. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, 1950, título III, parágrafo 1.297. El mismo autor afirma que «la familia adoptiva tiene una base puramente contractual, es creación completa del contrato de adopción».

(38) *Traité théorique et pratique de l'adoption et de légimitation adoptive*, «Recueil Sirey», París, 1951, pág. 1.

base es contractual (39). El Código alemán también la considera como contrato, ya que manifiesta en su párrafo 1.741: "Quien no tiene ningún descendiente legítimo puede por contrato con otra persona, adoptar a ésta. El contrato necesita la confirmación por el Tribunal competente"; y el 1.768 admite la revocación contractual. Pero se advierte que la idea contractual no es la única dominante, pues se requiere la confirmación judicial, y los autores cuyas definiciones hemos expuesto se cuidan de incluir en las mismas las peculiares notas de ese supuesto contrato.

Para refutar la tesis contractual existen, a mi juicio, argumentos más que suficientes. En primer lugar, la existencia de los elementos del contrato—consentimiento, objeto y causa—nada prueba. Hay muchos actos jurídicos que no son contratos y reúnen, sin embargo, los requisitos que señala nuestro artículo 1.261, el cual precisa los esenciales de todo contrato, pero no afirma que sea tal todo acto o negocio jurídico que los reúna. En segundo lugar, la noción de contrato aplicada a la adopción choca con el carácter esencialmente irrevocable de ésta, ya que no se trata de que las partes en uso del libre juego de sus voluntades hayan excluido la revocación, sino que la irrevocabilidad es en nuestro Derecho un carácter *ad nutum* de la institución, más aún que la gratuidad en el mandato. Además, se impone la intervención judicial en la fase en que se forma ya la adopción merced a la expresión, ante el juez, del consentimiento; éste no es un receptor pasivo, sino que interviene controlando la adopción—en el fondo y en la forma—y, en su caso, supliendo el consentimiento de ciertas personas llamadas a dario (artículo 173, párrafo penúltimo de la Ley que era el final del proyecto), de tal modo que al otorgamiento de la escritura no es preciso que concurren quienes no lo hicieron a la presencia judicial. Si la adopción origina un cambio en el estado civil y éste es indisponible por los particulares, siendo así que la materia contractual ha de ser disponible, no se ve cómo pueda convenirle la calificación de contrato. También es digna de consideración la imposibilidad, según la mayoría de las legislaciones y la doctrina, de sujetar a término o condición la adopción (40). Por otra parte, el contenido, los de-

(39) *Las situaciones finales en la adopción*, «R. D. P.», núm. 381, diciembre 1948, págs. 1.045 y sigs.

(40) En este sentido los artículos 1.575 del Código civil griego, 246 del vene-

rechos y obligaciones, están sustraídos al libre juego de la voluntad contra lo que ocurre en los verdaderos contratos (41). CAMY SÁNCHEZ-CANETE lamenta el que pueda atribuirse a la adopción la calificación de contrato, lo que significaría empequeñecer y desvirtuar la institución, sin resolver problema alguno, antes bien, nos llevaría a conseguir unos efectos que ni pueden ni deben ser admitidos. Y apunta juiciosamente que la calificación contractual debe ser descartada en nuestro Derecho, porque la nueva regulación—se refiere a la de 1958—no utiliza nunca la palabra contrato, sino que, al tratar de la forma, habla sólo de expediente y de escritura (42). Estas consideraciones son válidas para la reciente Ley, que la considera como un acto, a la vez, consensual y formal, sin que el consentimiento básico del adoptante y del adoptado mayor de catorce años tenga virtualidad suficiente, dado que no puede ser suplido por el juez, para dotarla de sustancia contractual, ya que, además del mismo, se precisan otros requisitos que no quedan cubiertos por ese consentimiento; es decir, no es bastante que las partes *quieran* la adopción, sino que *puedan* legítimamente quererla, siendo precisamente el juez quien decide esa posibilidad mediante su control en cuanto al fondo y la forma. Nótese que en toda adopción se exigen unos requisitos—v. gr.: justos motivos de la misma y que entrañe ventajas para el adoptando—que no por estar implícitos en nuestra legislación eran los menos importantes y han sido recogidos en los dos últimos párrafos del artículo 173. Otra solución conduciría, además, a atribuir naturaleza jurídica distinta a la adopción de mayores de catorce años no incapacitados, por un lado, y a la de menores o incapacitados para dar su consentimiento, de otro, en contra de la unidad que creo debe presidir la determinación de la naturaleza jurídica.

zolano de 1942, 375 del brasileño de 1916, 1742 del del B. G. B. y 10 de la Ley salvadoreña de 3 de noviembre de 1955. Por su parte, la jurisprudencia brasileña ha declarado la nulidad total de la adopción condicional (Decisión de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo federal de 22 de agosto de 1947 en recurso extraordinario núm. 11.698).

(41) Exposición y crítica de la teoría contractual se contiene en el artículo de A. DE LA VALLINA DÍAZ: *Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción*, «R. D. P.», junio 1969, págs 439-441

(42) *La adopción y figuras similares ante la nueva regulación*, en los números 368-369 de esta REVISTA, enero-febrero, pág. 47.

b') *La adopción como acto jurídico.*

Se desdobra en dos direcciones según que se estime predomina su carácter de acto de Derecho privado, o que, debido a la intervención más o menos destacada de un funcionario judicial o administrativo (43), se le atribuya la naturaleza de acto de Derecho público. con aplicación, en su caso, de las construcciones vertidas para explicar la índole de la jurisdicción voluntaria.

La consideración de la adopción como acto jurídico privado distinto del contrato tiene, por su misma amplitud, algunos antiguos precedentes (44), aunque los mismos no ofrezcan gran valor dado que la noción técnica del acto jurídico no alcanza su perfecta elaboración hasta el pandectismo (45). Por ello, limitándonos a los juristas modernos, encontramos cómo para VALVERDE es un "acto jurídico que crea entre dos personas una relación análoga a la que resulta de la paternidad y filiación legítimas", definición en la que parece inspirarse el profesor CASTÁN TOBEÑAS cuando dice que "es la adopción un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas" (46). En análogo sentido dirá DUSI que es un "acto jurídico solemne", en virtud del cual la voluntad de los particulares con el permiso de la Ley y la autorización judicial, crea, entre dos personas, una y otra, naturalmente extrañas, relaciones análogas a

(43) Recuérdese que el artículo 139 del Proyecto de 1851 exigía la comparecencia ante el alcalde. En la actualidad, establecen la competencia de órganos administrativos las legislaciones danesa, noruega, irlandesa, húngara, islandesa, rumana y yugoslava entre otras.

(44) ESCRICHE la define como «un acto solemne revestido de la sanción de la autoridad real o judicial, que establece entre dos personas relaciones de paternidad y filiación puramente civiles» (Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, 2.ª edic., Madrid, 1838, t. I, pág. 144). El «febrero» arreglado por GARCÍA GOYENA (t. I, Madrid, 1841), dice literalmente: «el acto por el que se recibe como hijo al que no lo es naturalmente (Ley I, tit. 16, Part. 4)». Parece, pues, que ésta podría ser llamada la tesis tradicional española. También BERLIER en la Exposición de Motivos al Cuerpo Legislativo francés la califica de acto (Loché, Lég. civ., VI, pág. 601).

(45) *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, Valladolid-Madrid, 1913, pág. 477 y añade que su naturaleza no es contractual: «El legislador español... la regula... como un acto más bien que como un contrato irrevocable, como la califica ROGÓN, al exigir más intervención en el que la privada de las partes».

(46) Cfr. *Derecho civil español*, cit. (Registros), Madrid, 1942, t. III, página 219; 7.ª edic., t. V, vol. 2.º, págs. 190-191,

las de filiación legítima (47) y BAUDRY-LACANTINERIE manifiesta que "se puede definir la adopción: un acto solemne que, sin hacer salir al adoptado de su familia por naturaleza, crea entre él y el adoptante una relación análoga a la que resulta de la paternidad y de la filiación" (48). Entre los Códigos que la definen como acto se encuentran el boliviano de 1831 (art. 179), y el guatemalteco de 1877 (artículo 267), así como el Decreto núm. 375, de 5 de mayo de 1947 de este último país (49).

El principal motivo de crítica a esta proposición consiste en su generalidad y excesiva amplitud, que inclina a rechazarla siempre que sea posible, como hemos de ver, formular otra más concreta. Y parece dar la falsa impresión de que estamos ante un fenómeno unitario desde el punto de vista estructural, siendo así que, conforme a nuestra legislación, se pueden distinguir al menos tres fases bien diferenciadas, judicial, notarial y registral.

Tampoco resulta satisfactoria la vertiente publicista de esta dirección doctrinal, que resulta fácil de admitir para quienes atribuyen al Derecho de familia una naturaleza afin a la del Derecho público. Y ello aunque pudiera intentar explicarse como un caso de jurisdicción voluntaria compartida, lo que allanaría el camino para conjugar la doble intervención de funcionarios judiciales y del notario, colocados ambos en un mismo rango en cuanto la naturaleza de su intervención en este caso es la misma (50). Pero es que no puede olvidarse el preponderante papel de la voluntad y la rea-

(47) Della filiazione e dell'adozione, 1924.

(48) «On peu définir l'adoption: un acte solennel qui, sans faire sortir l'adopté de sa famille naturelle, crée entre lui et l'adoptant un rapport analogue à celui qui résulte de la paternité et de la filiation», (mientras que COLIN Y CAPITANT se aproximan a la postura contractual antes criticada cuando expresan que se trata de un «acto jurídico (generalmente un contrato) que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y de filiación» (Curso elemental de Derecho civil, trad. esp. de la Rev. Gral. y Jur., con notas DE BUEN, Madrid, 1922, t. I, pág. 611).

(49) «Adopción o prohijamiento—dice el Código guatemalteco—es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante» y el Decreto la considera como «el acto jurídico de asistencia social por el que se toma como propio hijo al que no lo es verdaderamente».

(50) Vid. A. DE LA VALLINA: *Naturaleza jurídica...*, cit., «R. D. P.», junio, 1969, págs. 443-444. Sobre la jurisdicción voluntaria, R. GIMENO GAMARRA: *Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria*, «A. D. C.», 1953, VI-1, páginas 3-80; FONT BOIX, V.: *La función notarial y la jurisdicción voluntaria*, «R. D. N.», 1960, t. 29-30, págs. 225-283 y «A. A. M. N.», tomo XV, 1967, páginas 211-295.

lidad familiar en la que la adopción queda enmarcada. Una caracterización que prescindiera de ambas—voluntad y familia—o no las coloque en primer plano, difícilmente podrá convencernos de que es la adecuada.

c') *La adopción como acto complejo.*

Muy próxima a la suposición anterior es la tendencia de quienes estiman que estamos ante un acto complejo o de formación sucesiva, llegando algunos a aplicar a la adopción la noción de acto-procedimiento, de origen doctrinal principalmente administrativo. Y, en efecto, desde el punto de vista de la regulación legal no parece falta de lógica esta posición, dado que en nuestro sistema legal aparecen una sucesiva concatenación de actos (consentimiento manifestado en la solicitud inicial, en la posterior ratificación a presencia judicial y en el otorgamiento de la escritura; intervención del Ministerio fiscal; intervenciones del Tribunal tutelar de menores o de la Administración del establecimiento benéfico, en su caso; resolución judicial; función notarial y constatación registral) preordenados a la producción de un efecto único, efecto final jurídico, de modo que considerados aisladamente carecen de la necesaria virtualidad para provocar la modificación jurídica siendo precisa la realización de tales actos conexos y sucesivos para que entonces, por el conjunto de ellos y sin que pueda decirse que uno es más importante que otro, tenga lugar el efecto jurídico apetecido (51). Pero una cosa es la esencia de la adopción en sí y otra la del acto o actos por medio de los cuales se realiza. La explicación de su naturaleza jurídica debe tener en cuenta ambos aspectos, de suerte que no haciéndolo así se tratará de una caracterización parcial y, en cuanto tal, insatisfactoria, con independencia de que esa perspectiva parcial corresponda a la realidad. Esta es la deficiencia de esta teoría, que no es incompleta por contemplar sólo el aspecto externo, medial o instrumental. Además, desde el punto de vista privatístico no resuelve la cuestión de a qué parte del Derecho debe

(51) Vid. U. FRAGOLA: *Gli atti amministrativi*, «U. T. E. E.», 1952, págs. 60 y sigs.; A. SANDULLI: *L'attività di diritto privato delle pubblica amministrazione*, en las págs. 293 y sigs. de su «Manuale di Diritto amministrativo», 3.^a edición, edit. E. Jovene, Napoli, 1955; A. DE LA VALLINA: *Nat. jca.*, cit. nota precedente, págs. 442-443.

adscribirse, ni la de cómo y hasta qué punto juega la voluntad de las partes el control estatal.

d') *La adopción como institución.*

Bajo este epígrafe comprendemos las opiniones de quienes resaltan el matiz sociológico de la adopción, sin que con ello se quiera dar a entender que sea posible subsumir la adopción en los moldes tradicionales de la teoría de la institución tal como ha sido formulada por M. HAURIOU, SANTI ROMANO, G. RENARD o J. T. DELOS (52), pretensión a la que no parecen aspirar los autores que en sus defi-

(52) Con el término *institución* (del latín «in-statuer», establecer sobre, derivado a su vez del griego «istēm», lo inmóvil, lo fundamental) se quiere indicar toda organización establecida con cierta permanencia en un medio social. Prescindiendo de antecedentes más remotos, el término designa la teoría formulada por M. HAURIOU: (*La science sociale traditionnelle*, París, 1896; *Précis de Droit administratif*, 1907; *Précis de Droit public*, edics. 1916 y 1919; *Précis élémentaire de Droit constitutionnel*, edics. 1925 y 1929; *Principios de Derecho público y constitucional*, trad. esp. de C. RUIZ DEL CASTILLO, Madrid, 1927 y, sobre todo, su *Théorie de l'institution et de la fondation*, inserta en el fascículo 4.º de los «Cahiers de la Nouvelle Journée», 1925), quien fue seguido por los dominicos GEORGES RENARD: (*La théorie de l'institution*, París, 1930; *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Flammarion, París, 1933, y *La philosophie de l'institution*, Sirey, París, 1939) y JOSEPH T. DELOS: (*La théorie de l'institution*, en «Archives de Philosophie du Droit et de sociologie juridique», núms. 1-2, 1931, páginas 97 y sigs.), a los que habría de sumarse SANTI ROMANO: (*L'ordenamento giuridico*, 1918, del que hay traducción española con el mismo título en 1963; *Corso di Diritto amministrativo*, 1930; *Corso di Diritto costituzionale*, 1932, y *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1953—hay edic. anterior de 1937—), para caracterizar, fuera del positivismo, todo organismo dotado de fines vitales y medios de acción superiores en potencia y duración a los de los individuos que lo componen.

Aunque se trata de una teoría elaborada de cara al Derecho público, puede ser útil en Derecho privado para explicar determinadas organizaciones familiares y entes sociales, siempre que se la mantenga dentro de unos límites racionales y teniendo en cuenta, como advierte el profesor DE CASTRO y BRAVO que su esencia no es cuantitativa ni equivale a la relación jurídica en sentido abstracto, sino cualitativa, pues bajo ese nombre deben comprenderse sólo las formas básicas y típicas de la total organización jurídica («Derecho civil de España», I, Madrid, 1955, págs. 628-629), cuyos elementos son: 1. La idea de obra; 2. Poder organizado al servicio de esa idea; 3. Manifestaciones de comunión entre los miembros del grupo; 4. Potencia de continuidad y desarrollo; 5. Vida jurídica autárquica, singularmente merced a las normas que se da a sí misma y rigen las conductas de sus miembros con independencia de la Ley positiva, promulgada por el Estado; y 6. Estructura jerárquica y vinculante, sin la cual no puede concebirse, por lo general, orden jurídico alguno. Es evidente que la adopción no reúne todos ni siquiera la mayor parte de estos caracteres (J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS: *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, 1944; S. LISSARRAGUE: *El concepto de institución en el Derecho público de Hauriou. Su alcance filosófico-social*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», núms. 6 y 7, julio-diciembre, 1941, págs. 197-219).

niciones dan entrada al término "institución" o se refieren a esta noción más o menos de pasada. Así, F. PURG PEÑA dice que la adopción es aquella "institución por cuya virtud se establece entre dos personas extrañas relaciones de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima, para dar satisfacción a los más nobles y generosos impulsos de la voluntad humana" (53), L. RODRÍGUEZ-ARIAS que es un "acto jurídico plurilateral, cuya adaptación al orden jurídico es sancionada por la autoridad pública, y del que dimanen la creación, modificación o extinción de una relación jurídica institucional, dando nacimiento a derechos y deberes estatutarios" (54), J. ARIAS afirma que se configura como una institución social (55) y B. CAMY también tiene en cuenta el aspecto institucional (56), que ha hallado ecos legislativos y jurisprudenciales (57).

Esta teoría tiene en su haber que corresponde a la evolución sociológica experimentada por la adopción en los últimos tiempos y, en este sentido, destaca su importancia derivada del favor que

(53) *Las situaciones finales...*, cit., R. D. P., diciembre 1948; pág. 1.045, y en su Tratado de Derecho civil (t. II, vol. 2.º, pág. 126), la define como institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima.

(54) *La adopción y sus problemas jurídicos a la luz de la concepción comunitaria del Derecho*, R. G. L. J., julio-agosto 1950, págs. 89-90.

(55) *Derecho de familia*, Buenos Aires, 1952, pág. 342.

(56) Pues si bien la define «como el acto jurídico irrevocable, que, realizado en forma solemne, hace surgir entre dos personas, generalmente extrañas, los dos vínculos y relaciones de la filiación, en una mayor o menor amplitud, según su clase», añade que puede «servir igualmente la anterior definición para el caso de que lo que pretendiésemos definir fuese la institución y no el acto en que ella consiste» (*La adopción y figuras similares...*, cit., en esta REVISTA, enero-febrero 1959, págs. 47-48).

(57) Así sucedió en Francia, donde, a partir de la reforma operada por la Ley de 19 de junio de 1923, la doctrina empezó a abandonar el molde contractual, teniendo en cuenta la discrecionalidad judicial para apreciar la concurrencia de los «justos motivos» necesarios a fin de autorizarla. Esta evolución fue acentuada por el Decreto-Ley de 29 de julio de 1939, que cree la legitimación adoptiva, caracterizada por la sentencia de la «Cour de cassation» de 7 de mayo de 1957, contraponiéndola a la adopción ordinaria, como una «institución judicial».

No hay que ver aquí un refinamiento del análisis peculiar de los juristas europeos, pues es precisamente a la luz de estas nuevas concepciones como los legisladores hispano-americanos han transformado el antiguo régimen de la adopción (Vid. especialmente las discusiones de la Comisión de codificación de Venezuela, en el «Boletín de la Comisión codificadora nacional de Caracas», 1937, número 9, y, singularmente, el estudio de A. URBANEJA ARCHEPOHL sobre la naturaleza jurídica de la adopción, *ibidem*, págs. 30-31).

su práctica goza hoy día. Ahora bien, desde su consideración jurídico-privada peca por exceso, ya que la adopción tiene su marco natural en la institución familiar a la que pertenece y dentro de la que debe ser encuadrada. En rigor, la teoría de la institución no es técnicamente aplicable al Derecho privado, cuyo sistema y método difiere del Derecho público, según los principios de personalidad y comunidad que respectivamente los inspiran (58). Los autores que acuden a la institución para tipificar la adopción no aluden con ello a un específico modo de ser, sino que emplean el término en un sentido vago, general e indeterminado que, por otra parte, tampoco es el único, pues los más recurren simultáneamente a calificarla de "acto". Por último, y esta objeción no es la menos importante, ya se ha visto cómo no convergen en la adopción los presupuestos y notas indispensables para considerarla como verdadera institución.

e') *La adopción como negocio jurídico-familiar.*

Es la posición a la que parece inclinarse nuestra doctrina más reciente. Así, M. LÓPEZ ALARCÓN (59), SANCHO REBULLIDA, quien la define como "el negocio jurídico de Derecho de familia en cuya virtud se establece, entre adoptante y adoptado, una relación jurídica en cierta medida semejante a la paternofillal" (60), A. DE LA VALLINA, que la califica de negocio jurídico familiar, bilateral y eminentemente formal (61) e incluso el profesor CASTÁN TOBEÑAS, después de haberla definido como *acto*, participa de esta opinión (62).

(58) Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO: *Compendio de Derecho civil*, 2.ª edición, Madrid, 1964, pág. 25. Según este querido y admirado maestro, la teoría de la institución no ha conseguido, desgraciadamente, en el Derecho privado la debida precisión para ser útil (*Derecho civil...*, cit., I, pág. 628).

(59) *La adopción y el Registro civil*, Pretor, enero-febrero 1956, pág. 8, compartiendo la opinión de RUGGIERO.

(60) En el capítulo XX del *Derecho de familia*, en colaboración con el Profesor LACRUZ BERDEJO (Barcelona, 1966, pág. 419), y en su artículo, luego recogido en dicho capítulo, *Notas sobre perfección y forma en la adopción*, en esta REVISTA, números 448-449, septiembre-octubre 1965, págs. 1.109-1.113.

(61) *Naturaleza jurídica...*, cit., R. D. P., junio 1969, págs. 444 y 453.

(62) *Derecho civil español...*, cit., t. V, vol. 2.º, Madrid, 1958; pág. 215: «Puede afirmarse—dice—que la adopción es un contrato (en el sentido de convención jurídica o negocio jurídico bilateral), ya que requiere, no sólo el consentimiento del adoptante, sino también el del adoptado, si es mayor de edad, o el de las personas que debieran darlo para su casamiento, si es menor o incapaz».

Efectivamente, si se acepta la categoría de los negocios jurídicos familiares, cabe encuadrar en la misma a la adopción y definirla, de acuerdo con el régimen legal vigente, como un negocio jurídico familiar y de formación sucesiva, bilateral, solemne e irrevocable, por el que mediante la autorización judicial y el otorgamiento de la escritura pública, una persona (adoptado) adquiere respecto de otra o de ambos cónyuges (adoptantes) el parentesco legal del que derivan relaciones recíprocas análogas a las de filiación y paternidad legítimas que modifican su estado civil, incluido, en su caso, el ejercicio de la correspondiente patria potestad.

No creo que exista inconveniente en atribuir a la adopción el carácter de negocio jurídico familiar y, al propio tiempo, afirmar su formación sucesiva, por cuanto no se trata de términos incompatibles, que se excluyan mutuamente, sino perfectamente compatibles al fijarse preponderantemente en distintos aspectos: la caracterización como negocio jurídico mira a la adopción en su integridad, en bloque, mientras que con la formación sucesiva se alude al proceso formativo integrado por una serie de actos, algunos de los cuales tienen idéntico valor; de tal modo que cuando se han dado una serie de actos formalmente constatados (consentimiento, autorización judicial, escritura pública, inscripción registral) entonces y sólo en ese momento surge la adopción como negocio jurídico familiar.

Su naturaleza familiar no ofrece dudas, una vez admitido su carácter de negocio jurídico, ya que mediante la adopción se establece un nuevo tipo de familia, de creación eminentemente legal, la adoptiva, cuyo ámbito personal y patrimonial es, precisamente por no fundarse en la naturaleza, más restringido que el de la familia legítima (63).

(63) Acerca de la familia adoptiva, ESPÍN CÁNOVAS: *Una nueva familia civil; la adoptiva*, Publicaciones de la Escuela Social y Junta Provincial de Beneficencia, Salamanca, 1963; L. CAMPAGNA: *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali dell'Università di Messina, número 77, A. Giuffré, Milano, 1966; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, cit., 1958, págs. 12-13.

¿Hasta qué punto cabe aplicar el término «negocio jurídico» en el Derecho de familia? Todo depende del criterio, más o menos amplio, que se tenga acerca del negocio jurídico. Si se limitase a un estricto sentido patrimonial en el que jugase ampliamente la autonomía de la voluntad, resultaría descartada, en principio, su aplicación a la adopción, que establece directamente una relación

En cuanto tal negocio jurídico del Derecho de familia participar de los caracteres que la doctrina les atribuye (64), algunos de los cuales, los más relevantes, se recogen en la definición descriptiva que he dado. Así, los caracteres de *solemne e irrevocable* (este último a pesar de su posible extinción a petición de parte interesada o del Ministerio fiscal en determinados casos, según el artículo 177 del Código civil que, como se verá, no encajan en el concepto técnico de revocabilidad) en consonancia con la trascendencia, seguridad y fijeza que requieren las relaciones familiares en general y de estado civil en particular (65).

Se trata, al propio tiempo, de un negocio jurídico *de formación sucesiva*, es decir, integrado por una serie de actos que se van produciendo escalonadamente según el orden previamente establecido por la Ley, de modo que no podría otorgarse primero la escritura pública (y menos aún, pretender previamente la constancia registral) a reserva de obtener luego la aprobación judicial. Y ello por las siguientes consideraciones, entre otras que pudieran apuntarse:

— El carácter imperativo o de orden público interno que, en general, tienen las normas correspondientes, las cuales establecen

personal y sólo indirectamente surte los correspondientes efectos patrimoniales. Pero si aceptamos el concepto que da el profesor DE CASTRO Y BRAVO como «la declaración o acuerdo de voluntades, con los que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos» (*El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 34), nada impide calificar de tal a la adopción. Hay, por tanto, negocios jurídicos patrimoniales (contratos) y negocios jurídicos extra-patrimoniales, entre los cuales se encuentra la adopción. La línea divisoria vendría marcada por la circunstancia de producir o no directamente efectos jurídicos pecuniarios o, dicho vulgarmente que su contenido propio y directo sea o no crematístico. El que en la determinación de esos efectos juegue la voluntad de las partes (v. gr.: testamento con o sin disposición de bienes, en el que sólo se reconoce a un hijo natural), no debe impedir la diferenciación objetiva y *a priori*, de acuerdo con la regulación legal típica. En el mismo Derecho de obligaciones tenemos negocios jurídicos, como la asunción de deuda, e incluso la subrogación, que están teñidos de una coloración personalista (arts. 1.205, 1.211 del Código civil). De igual modo, los negocios jurídicos familiares pueden llevar consigo ingredientes patrimoniales (v. gr.: capitulaciones matrimoniales) que no desvirtúan, sin embargo, su esencia personal (en el ejemplo propuesto, las capitulaciones se pactan de acuerdo con las exigencias y cualidades de unos determinados esposos).

(64) Vid. L. Díez-PICAZO: *El negocio jurídico del Derecho de familia*. R. G. L. J., junio 1962, y separata, págs. 6 y 7 especialmente; A. DE LA VALLINA: *Naturaleza...*, cit., R. D. P., junio 1969, pág. 444, número 3.

(65) El profesor don Federico DE CASTRO incluye a la adopción entre los negocios jurídicos de carácter formal (*El negocio jurídico*, cit., pág. 279).

claramente la necesidad de obtener primero la *aprobación* del Juez competente con intervención del Ministerio fiscal (art. 173), otorgarse a continuación—esto es, una vez “aprobada la adopción por el Juez” (art. 175)—escritura pública y proceder seguidamente a su constancia en el Registro civil.

— Que es lógico que así sea, porque la apreciación de si concurren o no los requisitos necesarios es una función que, encuadrable dentro de los llamados actos de jurisdicción voluntaria, compete a órganos judiciales, con preceptiva intervención del Fiscal que, si no la exigieran los artículos 173 del Código civil y 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vendría de todos modos impuesta por otros preceptos legales, al engendrar la adopción un cambio de estado civil (arts. 5.º núm. 2 del Reglamento orgánico de su Estatuto, aprobado por Decreto de 27 de febrero de 1969 y 4.º, 92 y 97 de la Ley del Registro civil).

— Que los actos relativos al estado civil no pueden ser afectados por una condición, de modo general, como sucedería si se dejara sujeta la adopción a la ulterior aprobación judicial. La condición no conviene en líneas generales a las relaciones de estado civil. De mantener otra solución, se incurriría en la posibilidad de otorgar una escritura que de nada habría de servir si el juez denegaba la aprobación, mientras que en el actual sistema, el ámbito de calificación notarial es mucho más restringido, como se verá en el momento oportuno (v. gr.: el notario no puede negarse a autorizar so pretexto de que, a su juicio, la adopción no se inspira en justos motivos o no ofrece ventajas para el adoptado) (66).

(66) El profesor don José CASTÁN TOBEÑAS parece rechazar la posibilidad de una adopción condicional al decir: «No prohíbe el Código que el contrato de adopción se concluya por medio de representante, ni bajo condición o término. Parece que será válido el consentimiento manifestado por medio de apoderado con poder especial, pero es muy dudoso, en cambio, que pueda ser admitido el término y mucho menos la condición» (*Derecho civil...*, edición 1958, t. V, volumen 2.º, cit., págs. 215-216). Abundo en tal apreciación. En todo caso, la condición o el término habrían de ser aprobados por el Juez y dudo mucho que, efectivamente, el Juez autorizase una adopción condicionada o sometida a término; seguramente resolvería que se reprodujese la petición una vez que el evento condicionante se hubiera o no realizado, según los casos, esto es, cuando hubiera desaparecido la incertidumbre.

En cuanto al problema concreto apuntado, parece claro que la escritura no puede tener por celebrada la adopción bajo posible resolución si no se obtiene la aprobación judicial, ni tampoco someterla a la condición suspensiva de obtenerse dicha aprobación, por cuanto la calificación del Notario sobre los requi-

Aunque la cuestión ha de ser examinada luego con mayor detenimiento, merece la pena preguntarse cuál es el respectivo valor de los actos que, unidos, integran la adopción. Fundamentalmente: La autorización judicial, la escritura pública y la constatación registral ¿tienen el mismo valor constitutivo? ¿Cabe, por el contrario, establecer alguna diferencia?

Del preámbulo del Proyecto parece desprenderse el idéntico rango y valor constitutivo de esos tres requisitos (67). No obstante, la cuestión no puede decidirse por las palabras de la exposición de motivos, no vinculantes. Una cosa es lo que en ella se dice y otra muy distinta puede ser la expresión legal, a la que hay que atenerse. Y el artículo 175 del Código civil sólo dice que "se inscribirá en el Registro civil correspondiente", sin hacer referencia, en inciso alguno, a su eficacia o validez (v. gr.: no dice: "... y, para su eficacia, se inscribirá..."). Ante la escueta dicción legal, ¿cabe atribuir valor constitutivo a la inscripción de la adopción en el Registro civil? Si, según la interpretación que la mejor doctrina da a la legislación relativa al estado civil (arts. 2.º y 62 de la Ley y 18, 19, 25 y 330 de su Reglamento) se requiere disposición expresa para que la inscripción tenga alcance constitutivo (68), la respuesta debe ser negativa: la inscripción de la adopción en el Registro civil no es constitutiva. Lo que puede encontrar confirmación en la falta de alusión expresa a la inscripción en el antes transcrito párrafo de la exposición de motivos, que sólo cita "el concurso de la voluntad, la autori-

sitos precisos para autorizar la escritura condicional invadiría la competencia reservada al Juez. Y si fuera necesaria la previa apreciación y declaración de la situación de abandono (art. 174, párrafos 5.º y 6.º), la imposibilidad de otorgar en primer lugar la escritura es aún más evidente.

(67) «No se han introducido modificaciones sustanciales en la consideración de la adopción como un acto, a la vez, consensual y formal, que requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de escritura pública, todo ello con igual valor constitutivo». Pero no hay que creer, contra lo que parece dar a entender este párrafo, que en la legislación derogada fuese cuestión pacífica la del valor de los requisitos, especialmente aprobación judicial y escritura, en torno a los cuales se discutía cuando se perfeccionaba la adopción. Con lo que, bien se estimase perfecta al aprobarla el Juez, bien al otorgarse la escritura, lo cierto es que nunca sería constitutiva la constancia en el Registro civil que, por otra parte, no se efectúa mediante un asiento de inscripción, sino a través de una inscripción al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento que, en el fondo, viene a ser una nota marginal (art. 46 de la L. R. C.).

(68) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1964, página 339.

zación judicial y el otorgamiento de escritura pública". Del conjunto de los preceptos legales no se desprende que en cualquier caso en que se modifique el estado civil—lo que sucede con la adopción—la modificación no surtirá efecto alguno mientras no se inscriba. Por último, la solución propugnada era la mantenida por la generalidad de la doctrina bajo la vigencia del anterior régimen legal del estado civil y no parece que haya fundamento serio para cambiar de criterio bajo la actual legislación (69).

La consideración de la adopción como negocio jurídico bilateral viene dada porque normalmente juega en ella el consentimiento de dos personas, que aparece como fundamental: el del adoptante y el del adoptado mayor de catorce años y capaz. Frente a ello, creo que no cabe aducir los casos en que el adoptando no presta su consentimiento (por ser menor de catorce años o incapaz) o aquellos otros en que adoptan los cónyuges, además de cuando intervienen otras personas u organismos si el adoptando es menor de veintiún años (art. 173, párr. 2.º), para calificar, respectivamente, el negocio jurídico de unilateral y plurilateral, porque precisamente en el primer caso la Ley llama a otras personas a dar el consentimiento por el adoptando menor o incapaz e incluso en la situación de abandono existe la voluntad del Director del Centro benéfico de dar al acogido en adopción (art. 174), lo que no impide que la voluntad del adoptando pueda ser eventualmente tomada en consideración para extinguir la adopción (art. 177, núm. 1), revelando así cómo el legislador concibe la relación como eminentemente personal y bilateral, entre adoptante y adoptando, cuyas respectivas voluntades son las únicas que el juez no puede suplir (art. 173, párrafo 4.º). La voluntad de esas personas que actúan por el adoptando menor o incapaz o la del juez que la suple, basta para que la adopción conserve su característica bilateral, aparte de que no se concibe persona alguna tan desamparada que carezca incluso de guardador de hecho al que también alude la Ley (art. 173, párrafo 3.º). Cuando concurren, además del adoptando mayor de catorce años, pero menor de veintiuno,

(69) Vid. M. LÓPEZ-ALARCÓN: *La adopción y el Registro civil*, «Pretor», enero-febrero 1956, números 41-42, págs. 5-43, especialmente págs. 16 y 17. En el Derecho alemán la adopción es eficaz sin necesidad de inscripción en el Registro del estado civil (G. BETZKE: *Die Eintragung der Adoption in Standesregister*, E. F., junio 1956, págs. 172-174).

otras personas a dar el consentimiento para la adopción (art. 173, párrafo 2.º), el negocio no se convierte en plurilateral; puesto que la voluntad de estas personas puede ser suplida por el juez (art. 173, párrafo 4.º) carece de la trascendencia precisa para calificar el negocio de plurilateral. Su única trascendencia es cuando se oponen y entonces, como no puede efectuarse la adopción, está de más hablar de si ésta es bilateral o plurilateral. Tampoco la adopción realizada por ambos cónyuges hace perder a ésta su carácter bilateral, pues viene a ser como si se realizaran dos adopciones que, por razón de su simultaneidad e íntima relación de convivencia entre adoptantes y adoptados, se funden externamente en una sola, al actuar los dos adoptantes en el mismo sentido, para conseguir idénticos fines y respecto a la misma persona (70).

En el resto del concepto que he dado se destaca, en primer lugar, al adoptado, en interés del cual se concibe la institución. Si ya respecto a la reforma de 1958 se había podido afirmar que la *ratio legis* es la protección al adoptado, que ha de tenerse presente en la interpretación del texto legal (71), lo mismo y con mayor motivo ha de seguirse manteniendo en la actualidad, tras una reforma que, sin entrañar novedad considerable respecto a la precedente, persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo. Ese robustecimiento se traduce en la equiparación general de los hijos adoptivos a los legítimos—y no a los naturales reconocidos: compárense antiguos artículos 174 y 179 con los actuales artículos 176, párrafo 1.º y 179—conforme a una tendencia muy difundida actualmente que responde al frecuente deseo de los adoptantes y viene a potenciar el instituto de la adopción. Esta equiparación se traduce en una modificación del estado civil, como se verá con detalle al estudiar los efectos de la adopción, y lleva consigo, si el adoptado es menor de edad que

(70) Consideran la adopción como negocio jurídico bilateral, entre otros, F. SANCHO REBULLIDA y J. L. LACRUZ BERDEJO, en el artículo del primero, *Notas sobre perfección y forma de la adopción*, en esta REVISTA, septiembre-octubre 1965, páginas 1.111-1.112), al que responde sustancialmente la redacción del número 346 del *Derecho de familia* (Bosch, 1966), debido a ambos profesores, y también A. DE LA VALLINA: *Naturaleza jurídica...*, cit., R. D. P., junio 1969, pág. 453:

(71) Puede comprobarse en mi trabajo *Limitaciones a las disposiciones patrimoniales «mortis causa» establecidas en la escritura de adopción*, publicado en el volumen III de los «Estudios de Derecho civil en honor del profesor CASTÁN», citado, págs. 101-102.

la patria potestad la ejerza el padre adoptante incluso con preferencia a la madre por naturaleza esposa de aquél (es decir, cuando el marido adopta al hijo, incluso legítimo, que su esposa tuvo: artículo 176, párrafo 3.º *in fine*).

(Continuará).

FRANCISCO CASTRO LUCINI.

Notario.