

La adopción

JOAQUIN MADRUGA MENDEZ

Profesor Adjunto de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. Sistemática del Código civil.—Necesidad de la reforma. Fundamento.—La adopción en España.—II. Requisitos personales.—Requisitos formales.—III. Efectos de la adopción.—A) Patria potestad.—B) Impedimento para el matrimonio.—C) Parentesco.—D) Derechos sucesorios.—E) Nacionalidad.—F) Estado civil.—IV. Extinción de la adopción.—A) Causas naturales.—B) Nulidad.—C) Anulación.—D) Impugnación.—V. Instituciones análogas a la adopción.—A) Adopción especial por la Ley de 1941 de los acogidos en establecimientos benéficos.—B) Prohijamiento de expósitos.—C) Acogimiento familiar.—VI. Nuevas orientaciones en torno a la adopción en el derecho comparado.—La adopción en Francia.—La adopción en Italia.—La adopción en la Rusia Soviética.—La adopción en Inglaterra.—La adopción en Alemania.—La adopción en Dinamarca.—La adopción en Uruguay.—La adopción en Filipinas.—VII. Consideraciones finales.

I. SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL

El deseo de los reformadores del Código civil de encuadrar todas las modificaciones dentro de su articulado sin variar su numeración y evitar la disgregación de las normas, les ha obligado a mantener sobre esta institución la sistemática existente desarrollando su contenido en Capítulo V del título VII del libro I y siguen considerándola en el artículo 167 como uno de los medios de acabar la patria potestad, olvidando que pueden ser adoptados los mayores de edad y los huérfanos que no están sometidos a la patria potestad.

Necesidad de reforma.—La orientación del Código y de las leyes especiales era híbrida y borrosa y planteaba a la doctrina y a la jurisprudencia difíciles problemas. Influidos por las tendencias entonces dominantes concibió la adopción —como se dice en la exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de 1958— con perfiles y efectos muy estrechos. Mucius Scaevola (1), en sus comentarios al Código civil, compara la adopción a un árbol corpulento y frondoso del que se hubieren ido podando ramas, hasta dejar sólo el tronco, para expresar que en nues-

(1) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*. 5. edición Madrid, 1942, pág. 630.

tro Código dicho instituto jurídico había quedado reducido a la más mínima expresión. Considera que la adopción, como los órganos sin uso, se ha ido poco a poco atrofiando. Resumiendo su juicio crítico sobre la disciplina de la adopción en nuestro Código escribe: "Que la misma por una parte busca en las apariencias personales, por la diferencia de edad, la imagen de la naturaleza entre el padre e hijo y, por otra parte, cercena los derechos del adoptado o los somete a un formalismo ridículo".

De aquí que una poderosa corriente de opinión haya propuesto la reforma del Código en este aspecto y la consiguiente sustitución de sus normas confusas, aisladas y carentes de desarrollo por otras más precisas y sistemáticas. Por otra parte, como dice Planiol (2): "Los defectos del Código, aunque señalados desde hace mucho tiempo, resultaron más patentes después de la guerra de 1914 a 1918. Los huérfanos de la guerra eran numerosos y muchos los hogares en que los padres habían sido muertos por el enemigo y la adopción pareció a muchos como medio de reparar parcialmente estas desgracias. Pero era necesario que la adopción de los menores fuese posible y que las condiciones y formalidades se simplificaran. De ahí nació la nueva legislación de la adopción".

El número excesivo de formalidades exigidas, el rigorismo con que estaba regulada y los requisitos minuciosos que se exigían la hacían poco apetecible o inaplicable. Sobrevino la conflagración de 1914 y, como dice el mismo autor, los numerosos huérfanos de guerra y la infancia desvalida, hacían urgentísima una transmutación de principios. Lejos de existir una adopción de constitución lenta y preñada de dificultades, forjada en beneficio del adoptante, de interés privado, debería existir un instituto simple, práctico y útil en beneficio del huérfano y de la infancia desvalida, de constitución fácil y carente de rigorismos y formalidades. Ya en Francia, donde también el Código civil había rodeado a la adopción de una reglamentación estrecha, tal vez, como dice Colin y Capitant (3), para impedir que los ciudadanos se desvíen del matrimonio, se han llevado reformas y las Leyes de 19 de julio de 1923, 29 de julio de 1939, 8 de agosto de 1941, 15 de abril de 1943 y 23 de abril de 1949, han tenido este objeto.

En nuestra Patria prueba esta corriente de opinión el Decreto dictado por el Gobierno marxista de 1937, en cuyo preámbulo se afirma: "Son muchos los españoles que llevados de este humanitario deseo (de adoptar) y con el convencimiento de que la razón del afecto está por encima de la ley de la sangre, se han dirigido a este Ministerio en solicitud de que se modifiquen las disposiciones del Código civil en materia de adopción, sometida a una reglamentación rígida y severa im-

(2) PLANIOL RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*. Traducción de Mario Díaz Cruz, Cultura, S. A. La Habana, 1939. Tomo II, pág. 787.

(3) COLIN Y H. CAPITANT: *Curso elemental del Derecho civil*. Traducción de la última edición francesa, por la redacción de la revista General de Legislación y Jurisprudencia con notas sobre el Derecho civil español, por Demófilo de Buen. Madrid, 1922. Tomo I, pág. 612.

primiéndoles un sentido más generoso y amplio que permite encauzar y renovar la vieja institución jurídica flexibilizando sus normas para que éstas cobijen a aquellos nobilísimos sentimientos”.

En el mismo sentido la Exposición de Motivos de la ley de 17 de octubre de 1941 estima: “Las normas sobre la adopción contenidas en el Capítulo V, del título VII, del libro I del Código civil, no han satisfecho en la práctica el propósito de suplir los vínculos paterno-filiales dados en la generación, respecto de los seres más desvalidos e inocentes, abandonados en torno de una casa de expósitos o recogidos en otros establecimientos benéficos. Respecto de ellos, es muy frecuente el prohijamiento que casi siempre crea lazos de verdadera afectación familiar que ligan perdurablemente al prohijado con sus prohijantes, sin que por las dificultades procesales se constituya un verdadero estado jurídico dentro de las normas que para la adopción señalan las disposiciones vigentes”.

Recogidas las experiencias de la guerra y sobre todo la experiencia doctrinal y práctica durante la vigencia del Código civil, se hacía preciso cambiar la orientación de éste con su adopción petrificada e inoperante, plasmando en realidad cuantas innovaciones ha señalado la doctrina y las legislaciones de otros países, haciendo más eficiente este instituto jurídico, robusteciendo los derechos y obligaciones de aquellos que no estando unidos por la naturaleza, lo están por la voluntad, el cariño y la convivencia.

Fundamentos.—En los últimos tiempos se ha discutido el fundamento que puede tener la adopción, y al comenzar el período de la codificación surgió una enconada lucha entre los que aconsejaban su mantenimiento y los que demandaban su abolición. Se alegaba combatiendo la adopción que fomenta las relaciones ilícitas contribuyendo a que se tengan por adoptivos hijos que son ilegítimos o a encubrir a la vista del público afectos de otro género. Se ha insistido que retrae a los hombres del matrimonio con la esperanza de adoptar un hijo que le prodigue sus cuidados en la vejez. Por esta razón la Iglesia ha mirado con cierto recelo esta institución. Otros han considerado que por medio de la adopción se trata de eludir un precepto legal o en fraude de disposiciones fiscales, o de aquellas otras, como ocurrió en Roma, para evitar la aplicación de las leyes Julia et Papia Popea, que sancionaron el celibato. Influidos sin duda por estos argumentos fueron muchos los códigos del siglo XIX, que rechazaron la adopción o la acogieron con dificultad o disgusto (4).

Todos los ataques que se dirigen contra la adopción están basados en presunciones harto débiles empleadas contra una institución que ha resistido la mudanza de los siglos. Muchos de esos peligros son quiméricos y aun pudiendo ser efectivos, son vicios de los hombres más que de la propia institución. En favor del mantenimiento de la adop-

(4) Código civil de los Países Bajos de 1838, el portugués de 1867, el chileno de 1857, el argentino de 1869 y el de Guatemala de 1877.

ción han militado, como dice Blas Piñar (5), otros factores políticos, sentimentales y benéficos, que han hecho que en tiempos recientes renazca la Institución aunque, como dice Espín (6), con otros caracteres de los que tenía antiguamente, sobre todo en el Derecho romano en que implicaba una absoluta separación de la familia de donde procedía el adoptado para ingresar en la del adoptante.

Después de todo, hay que repetir lo que la Cour de Cassation de Francia, al dictaminar sobre la conveniencia de implantar la adopción: "Hay peligro en la introducción de ciertas leyes, que no están en armonía con las costumbres, cuando se imponen imperativamente; pero aquellas otras de simple facultad, leyes permisivas, que conceden un derecho no hay peligro de ningún género en su reconocimiento y admisión". Este fue el principal motivo que influyó en los redactores de los Códigos civiles del siglo XIX para incluir esta institución en los mismos, ya que como dice Berliér en su discurso sobre la adopción, el bien necesita ser, las más de las veces, indicado para ser cumplido. Esta dirección de pura tolerancia fue seguida por el Código francés de 1804, italiano de 1865, rumano de 1864, Uruguay de 1868, Colombia de 1867 y más tarde el Código alemán de 1866 y el suizo de 1907, que regulan la adopción sujetándola la mayoría de ellos a tal número de requisitos que la hicieron impracticable.

La adopción, en efecto, responde a una serie de exigencias humanas que pugnan por encontrar su fórmula correspondiente. Lo que la ciencia descubre es beneficio para los individuos y ventajas para la Sociedad. Ganan los primeros la felicidad que encierra para el adoptado y las afecciones que supone. La sociedad gana en ver multiplicados los lazos de cariño y se alegra de tener en la adopción un nuevo auxilio para socorrer a hijos desamparados y pobres que serán comúnmente los preferidos en este acto. Por eso los legisladores se han visto obligados, bien a aminorar o a dulcificar las rigurosas condiciones con que aparecía regulada en los primeros Códigos: Italia, en el Código de 1942; Rumanía, en el Código de 1939; Polonia, en la Ley de 1939; Bélgica, en la Ley de 1940; Panamá, en el Código de 1917; Costa Rica, en la Ley de 1 de agosto de 1934; Perú, en el Código de 1936, y Francia en las reformas llevadas a cabo en las leyes de 1923, 1941, 1943 y 1949. O bien a recibirla sin dificultad en el cuadro de sus instituciones; ya como Argentina, ley de 15 de septiembre de 1948, e Inglaterra, "Adoption of children act", de 4 de agosto de 1926, y "Adoption of children Regulation Act" de 1939; ya como Rusia y Chile, que después de suprimir la adopción vuelven a regularla, ley del derecho de familia de Rusia de 19 de noviembre de 1926, artículos 57 y siguientes y ley número 7.613 de 21 de octubre de 1943. Dinamarca,

(5) BLAS PIÑAR: *La adopción y sus problemas jurídicos*. Madrid, 1954, página 7.

(6) ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*. Volumen IV Familia, Madrid, 1956, pág. 272.

Ley 25 de mayo de 1956; Uruguay, Ley número 10.674 de 20 de noviembre de 1945, y Filipinas, Código de 1949.

La adopción en España.—Al iniciarse la codificación en España debió plantearse la misma controversia a juzgar por el informe emitido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, al acudir a la información pública suscitada a propósito del proyecto del Código civil de 1851, en cumplimiento de la R. O. de 12 de junio del mismo año, manifestando: “Es cuestionable si debieran o no abolirse las adopciones. La opinión no las favorece, la Comisión las respeta por una justa consideración a los autores del Proyecto”.

Sin embargo es interesante hacer constar que en el proyecto de Código civil de 1836 se regula esta institución en los artículos 372 al 383 y se determinan los derechos sucesorios abintestato de los hijos adoptivos después de los ascendientes y hermanos legítimos (art. 2.211).

Los preceptos del Código civil, que han estado vigentes hasta la reforma de 1958, en materia de la adopción, no hacían eficiente esta institución que quedaba establecida en beneficio del adoptante más que del adoptado. La nueva Ley de 24 de abril de 1958 ha reformado los artículos 172 a 181 del Código civil y ha mejorado notablemente la situación de los niños abandonados y expósitos, conforme el espíritu de protección al débil que inspira el nuevo orden político español, adaptando la adopción a las necesidades del momento y corrigiendo las graves deficiencias de la legislación civil anterior. De esta forma se ha hecho más eficaz la institución y ha avanzado en sus efectos de una manera parecida a lo que ha hecho la legislación francesa, al introducir en el cuadro de sus instituciones familiares la llamada Legitimación Adoptiva (7) para los hijos menores de cinco años de padres desconocidos o que hayan muerto, que ha roto con los inconvenientes de la adopción clásica, inclinándose a conceder al hijo adoptivo respecto a la familia de los adoptantes, los mismos derechos y también las mismas obligaciones que si hubieran nacido del matrimonio, y rompiendo con la persistencia del adoptado en la familia natural. De la legitimación adoptiva francesa ha dicho Vismard (8) que “es una adopción más completa aún, que asimila al adoptado a un hijo legítimo”.

Después de la reforma el Código regula la adopción en el capítulo V, del título VII, del libro I, que comprende tres secciones: la primera, trata de disposiciones generales a las dos clases de adopción plena y menos plena y abarca desde el artículo 173 hasta el 177; la segunda, de la adopción plena, está integrada por los artículos 178 y 179; la tercera, se refiere a la adopción menos plena y sólo contiene el artículo 180.

Distingue la reforma dos clases de adopción: la plena y menos plena. Ha preferido el empleo de estas expresiones a otras utilizadas en el derecho extranjero. Como dice el Preámbulo de la Ley: “Cues-

(7) Decreto Ley de 29 de julio de 1939, modificado por la Ley de 8 de agosto de 1941 y Ley de 23 de abril de 1949.

(8) WISMARD: *L'adoption et la legitimation adoptive*. París, 1951, pág. 86.

ción especial se ha hecho de tal terminología, sin echar en olvido que habrá de tener en los primeros momentos los inconvenientes de la novedad. Pero otros términos, como “acogimiento”, “afiliación”, “prohijamiento”, tienen su propio significado, y su empleo para la adopción podría resultar perturbador”. La adopción plena se ha instituido para los niños abandonados o expósitos. En esta adopción el adoptado queda respecto al adoptante en una situación muy parecida a la del hijo legítimo respecto al padre y viene a coincidir en líneas generales con la legitimación adoptiva de otros países, es decir, constituida con todas las garantías estatales por esposos y que otorga prácticamente un verdadero “status filiationis” y de familia, creando un vínculo permanente de carácter irrevocable. La adopción menos plena se configura de forma parecida a la única que conocía el Código antes de la reforma, aligerando las formalidades exigidas para practicarla, dando validez a los derechos sucesorios pactados en la escritura de adopción siempre que no perjudique la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante.

Vamos a exponer los requisitos y efectos de la adopción admitidos después de la reforma del Código.

II. REQUISITOS PERSONALES

Personas que pueden adoptar: A) DOCTRINA GENERAL. 1.º Los que se hallen en pleno uso de sus derechos civiles (art. 1.º, párrafo 1.º). Lo que implica que han de tener capacidad de obrar íntegra y perfecta. Dado el texto del artículo 32 del Código civil, resultan incapaces para adoptar los menores, los imbéciles o dementes (aunque tengan intervalos lúcidos), los sordomudos, los declarados pródigos y los que sufren interdicción civil. Si cualquiera de estas causas sobreviniera al adoptante después de formalizada la adopción no creemos que ello afecte, en principio, a la subsistencia de la misma.

A diferencia de otros Códigos y fundamentalmente de sus modelos francés e italiano no enumera el nuestro entre los requisitos que han de concurrir en el adoptante el de buena fama y reputación, y el de haber proporcionado al adoptante durante un cierto período de tiempo alimentación y cuidados, pero aun cuando no sea impedimento no cabe duda de que todo ello se reflejará en el expediente e influirá en la decisión del Juez. Tampoco cabe en nuestro Derecho la dispensa de edad permitida por otros cuerpos legales extranjeros.

2.º Que el adoptante haya cumplido treinta y cinco años (art. 173, párrafo 1.º). La edad mínima para adoptar ha sido fijada en treinta y cinco años, pues, como dice el preámbulo de la ley, la experiencia ha enseñado que la de cuarenta y cinco establecida por el Código resultaba en exceso dilatada e impedía de hecho muchas adopciones.

3.º El adoptante ha de tener, por lo menos, dieciocho años más que el adoptado (art. 173, párrafo 2.º). La diferencia mínima de

edad del adoptante y del adoptado ha sido aumentada de quince a dieciocho años, siguiendo en esto la reforma a los Códigos alemán, suizo e italiano. A este respecto el Código filipino de 1949 reduce en su artículo 337 la diferencia mínima de edad a dieciséis años.

4.º El adoptante no debe tener ningún descendiente, legítimo ni legitimado o hijos naturales reconocidos (artículo 173, número 2.º). Se ha considerado como tal prole legítima para el efecto de excluir la adopción, no sólo la que haya nacido antes de ésta, sino la que está meramente concebida conforme a las reglas del artículo 29, que tiene al concebido por nacido para todos los efectos que les sean favorables. La única novedad de la reforma ha sido la inclusión de los hijos naturales reconocidos. Fuera de estos casos no se opone a la adopción, la existencia de un hijo ilegítimo ni tampoco la existencia de un anterior hijo adoptivo.

5.º Conserva el Código la prohibición de adoptar a los eclesiásticos (art. 173, número 1.º). En esta prohibición deben de estar comprendidos por analogía, como ocurre en el matrimonio, como impedimento que establece el artículo 83, no sólo los clérigos que hayan recibido órdenes mayores, sino también los profesos en una orden religiosa canónicamente aprobada, ligados por votos solemnes de castidad, más si se tiene en cuenta que los votos religiosos serían incompatibles con el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes que nacen de la adopción.

6.º Igualmente conserva la reforma la prohibición de adoptar al tutor respecto de su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas (artículo 173, número 3.º).

7.º Si el adoptante está casado necesita el consentimiento de su consorte (artículo 183, número 4.º). Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente y fuera de este caso nadie puede ser adoptado por más de una persona. Se suprime por tanto en nuestro Código, la prohibición del Derecho Romano y de las Partidas, de adoptar las mujeres, que sólo podían hacerlo "ad solacium amissorum, liberorum" por "indulgencia principis". También ha suprimido la incapacidad que establecía el Derecho Romano y las Partidas a los inhábiles para la generación.

Entendemos con Sánchez Román, aunque este punto es discutido, que pueden adoptar los extranjeros, ya que según el artículo 27 del Código Civil, gozan de los mismos derechos que los españoles.

B) *Especialidades de la adopción plena*.—1.º Los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio (artículo 178, párrafo 1.º). Este requisito obedece al deseo de reservar la adopción para los matrimonios sin hijos.

2.º Las personas en estado de viudedad (artículo 178, párrafo 1.º). Parece justo admitir la posibilidad de esta adopción a los viudos, teniendo en cuenta los beneficios que se derivan para adoptante y adoptado. Este es el criterio de la ley uruguaya de legitimación adoptiva de 20 de noviembre de 1945.

Personas que pueden ser adoptadas.—A) DOCTRINA GENERAL. Todas las personas, tanto mayores como menores sin otro requisito que el adoptado tenga dieciocho años menos que el adoptante. Si el adoptado es menor o incapaz, ha de hacerse constar en el expediente de adopción el consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio, señaladas en el artículo 47, y si fuera casado el de su cónyuge (artículo 173 y 176, párrafo 1.º del Código Civil).

En el artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se dispone que cuando el adoptado sea mayor de siete años, el Juez le hará comparecer para explorar su voluntad. No se ha recogido esta regla en el artículo 176 reformado donde se dice que en el expediente de adopción, si se tratara de la adopción de menor o incapaz, se manifestará a la presencia judicial el consentimiento de las personas que debieran darlo para su matrimonio y si fuera casado, el de su cónyuge. Entendemos que según este artículo resultarían identificados menor e incapaz al sustituir en ambos casos su consentimiento por el de otras personas y, por tanto, sin que el Juez tuviera que escuchar al menor, cualquiera que fuese su edad. Así, en el mismo artículo 176 se dispone que "Si el adoptado estuviese sometido a la tutela de una Casa de Expósitos y otros establecimientos de beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado si tuviere suficiente juicio". De modo semejante cuando se pida por los hijos legítimos o naturales la extinción de la adopción, se dice en el artículo 175 que el Juez ponderará los motivos alegados, oyendo al adoptado si su estado de razón lo permitiere. Sería absurdo que se diera audiencia sólo a los tutelados en las Casas de Expósitos y no a los demás adoptados, como si únicamente aquellos pudieran tener suficiente juicio. Asimismo, resultaría inexplicable que se oyese a todos los menores, cuyo estado de razón lo permita, en caso de pedirse el fin de la adopción y que, sin embargo, no se les oiga cuando se trata de reducirles a la condición de tutelados. Resulta de lo dicho concluir más de acuerdo con la finalidad de la Ley y con la naturaleza de la adopción que se ha suprimido la regla de la ley de Enjuiciamiento Civil por excesivamente rígida y que ha sido sustituida por la de que el Juez deberá siempre ponerse en contacto con el menor, bien para averiguar la suficiencia de su juicio o estado de razón o bien para explorar su voluntad respecto a la adopción.

Se discutía antes de la reforma de 1958 si podía ser adoptado un cónyuge sin el consentimiento del otro. En el supuesto de la adopción de la mujer casada, parecía que podía ser necesaria la representación o licencia del marido en virtud de lo que disponen los artículos 60 y 61 del Código Civil, y si se tratara de la adopción de un varón también parecería que debía exigirse la conformidad de la mujer por establecerlo así el artículo 164 para los adoptantes, pero en contra se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 1951, fundándose en que dados los términos en la redacción de los artícu-

los 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 174 del Código no podía sostenerse que constituya requisito necesario para la validez de la adopción el consentimiento del adoptado, pues este último precepto solamente exigía el del cónyuge del adoptante, negando rotundamente que sea necesario el consentimiento de la esposa. Este problema ha sido resuelto de manera clara y terminante en el artículo 176 reformado al establecer que si el adoptado es casado necesitará el consentimiento de su cónyuge.

Sin embargo, continúa el Código sin resolver el problema de si pueden ser adoptados por sus padres los hijos ilegítimos, por no haber incluido en su articulado un precepto prohibitivo como el del artículo 293 del Código italiano o permisivo como el artículo 1.747 del Código alemán. La jurisprudencia francesa, ha examinado la cuestión en reiteradas resoluciones, manteniendo el criterio de que las incapacidades para la adopción deben resultar de un texto preciso y formal de la ley, y es indudable que ningún texto del Código francés declara a los hijos naturales reconocidos incapaces para ser adoptados por sus padres.

En nuestro Derecho, como era lógico, por sus trascendencia práctica, ha tenido también repercusión esta discusión doctrinal y mientras Burón y De Diego dicen que si consta la paternidad no pueden ser adoptados, Valverde considera que el Código no lo prohíbe y que el medio de la adopción puede ser conveniente para esos desgraciados excluidos de los beneficios de la legitimidad y de la legitimación. Los anotadores de Ennecerus, enfrentándose con el problema escriben que, si la paternidad natural consta, por estar ya reconocido el hijo natural o por indicarse en la escritura de adopción el vínculo existente entre el adoptante y adoptado no es lícita la adopción, pues siendo mayores los derechos del hijo reconocido que los del adoptivo perjudicaría aquélla la condición del hijo. Más si no consta en forma legal la paternidad ilegítima, no se comprende en el terreno jurídico, y prescindiendo de los matices morales del problema, por qué puede negarse la posibilidad de la adopción.

La Dirección General de Registros en Resolución de 23 de octubre de 1947, ha resuelto que, con arreglo a la legislación española, el hijo natural reconocido por la madre bajo cuya potestad se encuentra, no puede ser adoptado por ella, tanto porque la adopción, según frase corriente imita a la naturaleza y es más fuerte el lazo natural y de sangre que la simple imitación, cuanto por qué el hijo natural reconocido tiene más derechos, con arreglo al Código que el adoptivo.

En el mismo orden de cosas debió resolver la reforma negativamente la posibilidad de si un cónyuge puede adoptar a otro. Dusi, que se preocupó especialmente del problema ya estimó que dicha posibilidad se oponía a la naturaleza misma de la adopción. ¿Cómo podría un cónyuge comportarse como hijo del otro?

Igualmente a la adopción de hermanos no dedica el actual articulado del Código ningún precepto. A nuestro juicio, como sugiere

la doctrina reciente, el vínculo de fraternidad en nada se opone a la adopción y mucho menos en un ordenamiento jurídico como el español, en el que el hermano adoptado agregaría a los derechos que con respecto al otro le corresponden, como miembro de su familia natural, aquellos que la adopción estatutariamente lleva consigo.

Finalmente se ha planteado el problema de si un extranjero puede ser adoptado por un español. En el artículo 345 del Código Civil francés tal y como ha quedado redactado después del Decreto de 29 de julio de 1939, modificado por orden de 19 de octubre de 1945 claramente se establece que un francés puede adoptar a un extranjero o puede ser adoptado por un extranjero.

Nada dice el Código sobre este punto. Los autores consideran que la extranjería no es causa que produzca la incapacidad para la adopción en vista de la declaración general del artículo 27 del Código Civil. El artículo 20, en la nueva redacción que le ha dado la Ley de 15 de julio de 1954 concede la facultad de solicitar la adquisición de la nacionalidad española a los extranjeros adoptados durante su menor edad por españoles, en el caso de que hubiesen residido en España durante dos años. Por otra parte, la Resolución de 7 de abril de 1952 contempla un supuesto de adopción de una española por un matrimonio argentino, que descansa en el hecho indiscutido, de que aquélla, a pesar de ser válida y anotable la adopción en nuestro Registro Civil, no implica la pérdida de la nacionalidad de la adoptada.

A la vista de estos preceptos puede defenderse la posibilidad de la adopción de un extranjero por un español, sin embargo, Mucius Scaevola (9) concluye negando esta posibilidad.

B) *Especialidades de la adopción plena.*—Únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, llevan más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes (artículo 178, párrafo 2.º). En nuestra opinión, estimamos que este precepto debe referirse también, al hablar de “prohijados”, a los acogidos de conformidad con la Ley de 1937, ya que no hay razón de ninguna índole para excluirlos.

No es muy explicable que la reforma haya excluido de la adopción plena a los huérfanos, que están en las mismas condiciones para ser adoptados que los expósitos y abandonados. El preámbulo de la Ley en este punto se limita a decir que “no se ha estimado conveniente extender la adopción plena a los huérfanos, que siempre podrán ser susceptibles de adopción menos plena”.

Se plantean dos problemas interesantísimos una vez que ha tenido lugar la reforma de 1958:

1.º ¿Los adoptados con arreglo a la antigua adopción del Código, pueden solicitar la adopción plena? Estimamos que es posible siempre que reúnan los requisitos que para la adopción plena establece

(9) MUCIUS SCAEVOLA: Ob. cit., página 671.

el Código actual, por ser mayores los beneficios que esta adopción concede a adoptantes y adoptados.

2.º ¿Los adoptados en forma menos plena pueden transformar la adopción posteriormente en plena? Siendo como es la adopción una institución en beneficio del adoptado, debería autorizarse si reúne como en el caso anterior los requisitos de la adopción plena señalados en el artículo 178 actual.

REQUISITOS FORMALES

En la actualidad, la forma de la adopción se encuentra establecida por los artículos 176 y 177 del Código civil y los artículos 1.825 a 1.832 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Son aplicables a la adopción los textos antes citados, en cuanto sean compatibles, pero las incompatibilidades se resolverán dando preferencia al Código Civil, según entiende Royo Martínez (10).

La adopción es un acto complejo sometido a formalidades judiciales, notariales y registrales, por este orden. Las dos primeras integran el procedimiento y la última la registración.

a) Fase judicial.—Es un acto de jurisdicción voluntaria que se inicia mediante escrito dirigido al Juzgado de Primera Instancia competente, que lo es el del domicilio del adoptante (artículo 62, regla 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin necesidad de valerse de Abogado ni de Procurador (arts. 4 y 10 de la misma Ley), en cuyo escrito expondrá el adoptante las razones que tenga para ella y que concurren los requisitos legales (los exigidos en el Código civil). Se acompañarán al escrito las partidas de bautismo o certificaciones de nacimiento del adoptante y adoptado y los demás documentos que sean pertinentes y se ofrecerá información sobre los extremos que no puedan justificarse con documentos, así como sobre la utilidad de la adopción para el adoptado (artículo 1.825 de la Ley Procesal).

Deberá constar necesariamente el consentimiento del adoptado, si es mayor de edad, si es menor o incapaz el de las personas que debieran darlo para su matrimonio y si fuese casado, el de su cónyuge (artículo 176, párrafo 1.º del Código Civil).

Prestado el consentimiento, el Juez admitirá la información ofrecida, con citación del Fiscal (artículo 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y, previo dictamen del mismo, el Juez, después de practicar las diligencias que estime necesarias y de subsanar o suplir los defectos u omisiones que hubiere notado, aprobará la adopción si está ajustada a la Ley y la cree conveniente al adoptado.

Entendemos aceptable la tesis de algunos autores de que la aprobación judicial no subsana los defectos procesales cometidos en el expediente, ni convalida los requisitos de fondo inobservados, aunque

(10) ROYO MARTÍNEZ: *Derecho Familia*. Sevilla, 1949, página 310.

la adopción producirá sus efectos, mientras no se decrete dicha nulidad en el procedimiento correspondiente.

También se discute si cabe recurso contra el auto denegatorio de la adopción. Castán (11) es de opinión que contra la negativa de la autorización judicial no otorgan nuestras leyes recurso alguno. Sin embargo, los artículos 1.818 y 1.819 para los actos de jurisdicción voluntaria autorizan contra referido auto, que es definitivo, el recurso de reposición y, en su caso, el de apelación.

Finalmente se discute si es revocable el consentimiento prestado ante la autoridad judicial, frente a la irrevocabilidad del manifestado ante Notario y que revela una superioridad en este caso de la función notarial sobre la judicial y es la consecuencia de que el expediente de jurisdicción voluntaria preceda al otorgamiento de la escritura. En nuestro concepto es revocable el consentimiento prestado por el adoptado, bien mediante manifestación de voluntad en este sentido, o bien mediante abstención de prestarlo en la escritura. Si el adoptado estuviese sometido a la tutela de una Casa de Expósito u otro establecimiento benéfico, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado, si tuviere suficiente juicio y a sus más próximos parientes, si fueran conocidos. El expediente se elevará al Juez, quien en el plazo de ocho y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impiden (párrafo 2.º del artículo 176).

b) *Fase notarial*.—Dice el artículo 177 reformado que aprobada definitivamente la adopción por el Juez se otorgará escritura expresando en ella las condiciones con que se haya hecho y se inscribirá en el Registro Civil correspondiente.

Tres notables conclusiones se deducen del precepto parcialmente transcrito.

1.º Que la aprobación judicial precede al otorgamiento de escritura. Lógicamente debería seguirse un orden inverso, pues la aprobación, acto el más solemne, definitivo y garantizador de la legitimidad de la adopción, debería cerrar el complejo adoptivo.

2.º Que la escritura ha de expresar las condiciones con que se haya hecho la adopción. Su estructura habrá de ser ésta: Comparecencia, manifestación de los interesados de que no concurre ningún impedimento legal, exposición de antecedentes, estipulaciones y el otorgamiento. El testimonio del auto que aprobó la adopción se protocolizará con la escritura. En ésta intervendrán las mismas personas que en el expediente judicial.

3.º Que la adopción se perfecciona mediante la escritura.

Pero no todos los autores sitúan en este momento la perfección de la adopción. Resumiremos las diferentes opiniones:

1. Unos la refieren a la prestación del consentimiento (Puig Peña, Blas Piñar).

(11) CASTÁN TOBEÑAS: Notas a Kipp y Wolfí, tomo 4.º, *Derecho de Familia*, página 168.

2. Otros se inclinan por el momento de la homologación judicial, más valorándolo de distinto modo (12):

- a) Como elemento complementario del consentimiento (Dusi).
- b) "Condictio iuris" del acto (Diana).
- c) Acto constitutivo de la adopción (Ruggiero, Cicu).

3. Una tercera tendencia alude a la inscripción registral (Mucius Scaevola).

En nuestro Derecho es la escritura, el acto constitutivo de la adopción. Con el solo expediente judicial no puede decirse que se ha perfeccionado la adopción; es preciso la escritura, que, además, determina la extensión de aquélla en cuanto al uso de apellidos del adoptante y a los derechos sucesorios del adoptado. Podemos afirmar con Piñar, que el consentimiento inicial es sólo una necesaria y concorde pretensión procesal; la aprobación judicial, un "nihil obstat", que declara que la adopción está ajustada a la ley y que es conveniente al adoptado, y la escritura pública, por último, recoge el único consentimiento de eficacia creadora. Según la terminología de De Castro (13), la escritura es título de adquisición del estado adoptivo.

No es aplicable al Derecho español, la doctrina del Código Civil italiano de 1942, de que la muerte del adoptante después de la presentación del acta de consentimiento no interrumpe el procedimiento, ya que, en nuestro Derecho, la muerte del adoptante o del adoptado o su incapacidad antes del otorgamiento de la escritura, devendrá imposible la adopción. Todo ello a consecuencia del carácter prevalente y sustantivo que hay que atribuir a la escritura.

c) *Fase registral*.—La adopción tiene acceso al Registro Civil, pues es un acto concerniente al estado civil de las personas (artículo 325 del Código Civil y artículo 1.º de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957). El artículo 177 del Código dice, que la escritura de la adopción se inscribirá en el Registro Civil correspondiente. Este precepto está en consonancia con la redacción dada al artículo 46 de la Ley del Registro Civil de 1957, que ha sustituido al artículo 60 de la Ley de 17 de junio de 1870, según el cual la inscripción se hará al margen de la de nacimiento. De esta forma la nueva Ley del Registro Civil resuelve la duda que existía relativa a si se trataba de una anotación o de una inscripción a favor de esta última.

(12) Tomadas estas direcciones de Rodríguez Arias "La adopción y sus problemas jurídicos a la luz de la concepción comunitaria del Derecho" (a propósito de una conferencia del Dr. Blas Piñar en el Colegio Notarial). R. G. L. J. Julio-agosto 1950, página 98.

(13) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO; *Derecho civil de España*. Parte General. Tomo II, vol. 1.º. Madrid, 1952, página 78.

III. EFECTOS DE LA ADOPCION

A) *Parria potestad*.—Es uno de los efectos más típicos de la adopción. Señala el Código, en el artículo 174, que "La adopción atribuye al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad". Este artículo 174 está en consonancia con el 154, párrafo 2.º que establece que los hijos adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre o de la madre que los reconoce o adopta y que los hijos tienen la obligación de obedecerlos mientras permanezcan en su potestad y tributarles respeto y reverencia.

Esta patria potestad, como dice Beltrán de Heredia Castaño (14), es una relación especial que no es simplemente atributiva de un poder, ni se puede configurar en su aspecto interno o estructural como un verdadero derecho subjetivo privado, según ha puesto de manifiesto Cicu, sino que es, ante todo, un deber; y en lo que tiene de poder lo es como potestad (no simplemente porque su nombre así lo indica, sino también por su alcance), es decir, es el desenvolvimiento de una actividad jurídica puesta al servicio de un interés superior; nota típica y característica por consiguiente del "officium" de la función.

El deber abstracto y genérico que este poder significa, se actúa y concreta en una serie de deberes que marcan los límites de aquel ejercicio y al propio tiempo los medios para poder obtener aquel fin de carácter superior típicamente familiar, consistente en la educación e instrucción de los hijos menores.

Estos deberes y derechos son los siguientes:

1.º *Convivencia*.—Única manera de cumplir los padres adoptivos su misión de guarda y custodia al menor y la dirección del mismo, así como las relaciones de educación e instrucción y correlativamente las de obediencia, reverencia y respeto.

Está establecida en el artículo 155 del Código civil al establecer entre los efectos de la patria potestad, respecto a las personas de los hijos sin distinción, el deber de tenerlos en su compañía. Es un deber que pesa sobre el padre o madre que adopta y mucho más si lo hacen conjuntamente, y dicha obligación es básica, de tal manera que, difícilmente podrían desarrollarse todas las demás funciones que los padres tienen que cumplir con respecto a sus hijos. No es un deber recíproco, porque la Ley lo impone solamente sobre el titular de la patria potestad y en consideración a éste, no al contrario, es decir, el hijo no tiene esta obligación respecto de los padres adoptantes, mientras sea menor de edad, porque no tendría sentido, y este deber queda reducido como establece el párrafo 2.º del art. 154 del Código al padre o madre que adopta.

2.º *Corrección y castigo*.—Está también establecido para todos los hijos no emancipados sin distinción en el párrafo 2.º del art. 155, con la limitación de que se haga moderadamente para poder llevar a cabo

(14) BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO: *Aspecto civil y penal del abandono de familia*. Revista Derecho privado, 1955, página 6.

la misión educadora, ya que si se hace con excesiva dureza, se comete en realidad un abuso de este poder, sancionado en el artículo 177 con la privación o suspensión de la patria potestad.

De igual modo el párrafo último del art. 156 apunta a los padres adoptantes para impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa, que deberá serle prestado en apoyo de su propia autoridad sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en instituciones legalmente autorizadas, respaldando y apoyando de esta manera su propia autoridad.

De igual manera, el que adopta tiene el derecho a reclamar la intervención del Juez Municipal, para imponer a sus hijos, hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre con el visto bueno del Juez, para que la detención se realice.

Complemento de esta disposición, es la Real Orden de 12 de marzo de 1891, según la cual esta corrección la cumplirán los hijos en el caso de no haber ningún establecimiento especial al efecto, en alguno de beneficencia, dedicado a tal fin, aunque, entendemos, que esta disposición ha sido derogada por la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948, a los cuales podrán acudir los padres adoptantes que deseen corregir a sus hijos indisciplinados, menores de dieciséis años, cuyos Tribunales organizados en toda España, tienen establecimientos de observación y de corrección legalmente autorizados, prohibiéndose terminantemente su reclusión a menores de dieciséis años en prisiones o departamentos policíacos comunes de detención.

3.º *Representación.*—El número 1.º del artículo 155 concede al padre o, en su defecto, a la madre adoptante, la facultad de representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho. Su razón de ser está en el hecho de que mientras el hijo no esté en condiciones por edad de ejercitar sus propios derechos, es totalmente necesario que alguien los ejercite en su nombre. Y este alguien no puede ser otro que el padre o, en su defecto, la madre adoptante, ya que la patria potestad natural se ha extinguido o suspendido por lo menos por la adopción a tenor de lo que dispone el art. 167 del Código civil. Según esto corresponderá a los padres adoptantes, ejercitar en nombre del hijo, todos los derechos privados personales del hijo, es decir, los referentes a la personalidad del hijo: A la libertad personal, a la integración física y moral, al honor de hijo y las correspondientes acciones judiciales. En la adopción menos plena los padres adoptantes, a tenor del art. 166 reformado, no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos adoptivos, y tampoco tienen la *administración* si no aseguran con fianza sus resultados a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que deban concurrir a la adopción. En consecuencia, entendemos que los derechos privados patrimoniales del hijo adoptivo, que impliquen facultad de administración, no podrán ejercitarlos los padres adoptantes, si no aseguran con-

fianza sus resultados a satisfacción del Juez o de las personas que deban concurrir a la adopción.

Con estas garantías se busca indudablemente evitar que pueda ser el lucro o un interés perjudicial para el menor el móvil de la adopción.

Cuando las personas designadas en el art. 176 presten su conformidad, no será necesaria la intervención del Juez. La administración se sujetará a los derechos y obligaciones que se establecen en el artículo 163 del Código civil. En el caso de que no se den estas garantías ¿a quién corresponderá la administración? No podrá ejercitarla el padre legítimo, porque la adopción es uno de los medios de terminar la patria potestad (art. 167), ni tampoco el tutor, puesto que aquí existe la patria potestad del adoptante, y sólo a falta de éste puede abrirse la tutela (art. 199). No existe otro medio que nombrar un administrador en la forma que cabe tratándose de los bienes de un menor, y con las obligaciones generales de los administradores o aplicar el art. 494 del Código que dispone que "no prestando el usufructuario la fianza en los casos que deba darla, podrá el propietario exigir que los inmuebles se pongan en administración; que los muebles se vendan; que los efectos públicos y títulos de crédito nominativo, o al portador, se conviertan en inscripciones, o se depositen en un banco, o establecimiento público y que los capitales o sumas en metálico, y el precio obtenido de la venta de los bienes muebles se inviertan en valores seguros".

En Francia, según el artículo 351, modificado por el Decreto de 29 de julio de 1939, el adoptante administrará los bienes del adoptado en las mismas condiciones que el padre legítimo administra los de sus hijos.

En Italia, el Código civil de 1942, en su art. 301, párrafo 4.º, concede también al padre adoptante, la administración de los bienes del adoptado, durante su menor edad, y aunque no le concede el usufructo legal, puede emplear las rentas para los gastos de mantenimiento, educación e instrucción del menor, con la obligación de invertir el excedente de un modo productivo.

En Alemania, el hijo adoptivo adquiere la situación jurídica de hijo legítimo del adoptante (art. 1.757 del Código civil) y el adoptante deberá formar a sus expensas un inventario del patrimonio del adoptado, cuando por virtud de la patria potestad, esté sometido a su administración dicho patrimonio, cuyo inventario, deberá presentar al Tribunal de Tutelas.

•4.º *Licencia para el matrimonio del adoptado.*—Consecuencia de la patria potestad que adquiere el adoptante sobre el adoptado y de la obligación de respeto y obediencia que impone a los hijos adoptivos el art. 154 del Código civil, es la facultad que nuestro Código en su artículo 47, párrafo 2.º reformado, concede al adoptante para dar la licencia para el matrimonio del adoptado, con las sanciones que impone el art. 50, si el menor se casase sin haber obtenido dicha licencia. En su defecto, si la adopción es plena se pedirá al Consejo de Fami-

lia, y si es menos plena, antes que a éste a las personas de la familia natural a quien corresponda.

5.º *Alimentos*.—El deber recíproco de adoptante y adoptado de suministrarse alimentos, es otro de los efectos típicos de la adopción en nuestro Código civil. “Adoptante y adoptado —dice el párrafo 2.º del art. 174— se deben recíprocamente alimentos”. El fundamento de esta deuda alimenticia familiar se encuentra en la idea de la necesidad de un vínculo de solidaridad de personas y comunidad de intereses que unen necesariamente a todos los miembros de una familia. No constituye, como dice Cicu (15) un verdadero derecho subjetivo privado, sino más bien un derecho subjetivo típicamente familiar, es decir, es una simple acción para obtener la observancia de aquel deber que tiene su fundamento, como dice Beltrán de Heredia de Onís (16), en el derecho a la vida configurado como un “derecho de la personalidad”. Su existencia y efectividad están, por consiguiente, protegidas por la ley, con independencia e incluso contra la voluntad del propio favorecido, como obligación típicamente familiar está vinculada a la obtención de un fin superior, por encima del simple interés individual. De éste se deduce que los sujetos titulares de este derecho de alimentos carecen por ley de la facultad de disposición de aquel derecho, que ni es patrimonial, ni de crédito, y está formando parte como un bien de su patrimonio. Esto supone, como dice Beltrán de Heredia Castaño (17), que no es renunciable, ni transmisible, ni susceptible de transacción, ni de compromiso, ni objeto de compensación, ni es prescriptible como establece el artículo 151 del Código civil.

La extensión de esta deuda alimenticia está determinada en el título VI, del libro I del Código civil, puesto que el artículo 153 establece que las disposiciones contenidas en dicho título son aplicables a los demás casos que por este Código, por testamento, o por pacto se tenga derecho de alimentos, salvo lo pactado y ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley, para el caso especial de que se trate. Por lo tanto, los alimentos que recíprocamente se deben el adoptante y el adoptado, son los llamados civiles, determinados en el artículo 142, es decir, no solamente deben referirse a lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica en armonía con la posición social del adoptante y el adoptado, sino que tratándose de este último si fuese menor, la palabra alimentos comprende también la educación y alimentación del alimentista.

Ahora bien, la obligación sancionada en el artículo 174, afecta exclusivamente a las personas del adoptante y del adoptado. Así no puede entenderse obligado el adoptado respecto a los ascendientes del propio

(15) CICU: *Derecho de Familia*, traducción al castellano. Buenos Aires, 1947, página 136.

(16) BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS: *La obligación legal de alimentos entre parientes*. Acta Salmanticense, Universidad de Salamanca, 1958, página 33.

(17) BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO: *Ob. cit.*, páginas 19 y 20.

adoptante, ni el adoptante en relación con los descendientes, aunque sean legítimos del propio adoptado.

La reforma de 1958 resuelve expresamente el concurso del adoptado con los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos del adoptante, dando preferencia al derecho de estos últimos, como basados en los vínculos de la naturaleza. No implica en principio esta salvedad del artículo 174 exclusión del hijo adoptivo, sino mera preferencia de los parientes de sangre, cuando el adoptante carezca de medios de fortuna para atender a la vez a su obligación con aquel y con éstos. Se ha suprimido el derecho preferente de alimentos que a los ascendientes del adoptante, como a los hijos concedía el artículo 176.

Finalmente, en el caso de concurrencia del adoptante con hijos legítimos o naturales reconocidos del adoptado, les corresponderá a éstos preferencia sobre aquél, ya que el deber de alimentos es recíproco.

En Francia el adoptado debe alimentos al adoptante si está necesitado y recíprocamente el adoptante debe alimentos al adoptado. Fuera del caso en que el adoptado deje de pertenecer a la familia natural, la obligación de suministrar alimentos, continúa existiendo entre el adoptado y sus padres. Sin embargo, los padres del adoptado no están obligados a suministrarle alimentos más que cuando no pueden obtenerlos del adoptante (artículo 355, según el Decreto de 29 de julio de 1939).

Según el Código alemán, viene obligado, el adoptante, antes que los padres legítimos del adoptado, a proveer a la alimentación de este último y a la de sus descendientes, a los cuales se extienden los efectos de la adopción (artículo 1.766).

El Código italiano de 16 de marzo de 1942 prescribe que el adoptante debe alimentos al hijo adoptivo, con preferencia a los progenitores, legítimos o naturales, de él. El hijo adoptivo debe los alimentos al adoptante en concurrencia con los hijos legítimos (artículo 436).

6.º *Apellidos.*—El adoptado puede usar los apellidos del adoptante, bien como únicos apellidos, si la adopción es plena, bien con su apellido familiar, si la adopción es menos plena, según lo dispuesto en los artículos 178 y 180 reformados. En la adopción plena es preceptivo para el adoptado usar el apellido del adoptante, ya que el artículo 178 dice que “aunque conste su filiación, *ostentará* como único apellido los de su adoptante o adoptantes”. En la adopción menos plena es facultativo el usar el apellido del adoptante, al decir el artículo 180 que “podrá usar” con el apellido de la familia el del adoptante.

B) *Impedimento para el matrimonio.*—En el derecho antiguo, la adopción perfecta, o sea, aquella por la cual pasa el adoptado a la potestad y familia del adoptante, producía impedimento: 1.º Dirimente entre el adoptante y el adoptado y los descendientes de éste, puestos bajo su potestad al tiempo de la adopción, el cual impedimento era

perpetuo; 2.º entre el adoptado y los hijos del adoptante mientras los hijos de éste están bajo la patria potestad; 3.º entre el adoptante y la mujer del adoptado y entre el adoptado y la mujer del adoptante.

En España la adopción es impedimento dirimente. El número 5.º del artículo 84 establece que no pueden contraer matrimonio el padre o madre adoptante y el adoptado, éste y el cónyuge viudo de aquéllos y aquéllas y el cónyuge viudo de éste. También está prohibido el matrimonio por el número 6.º del mismo artículo, entre los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado mientras subsista la adopción.

Tal es la ley canónica vigente en España respecto a la adopción, pues el derecho canónico acepta como ley propia la legislación civil en esta materia (cánones 1.059 y 1.080).

C) *Parentesco*.—Conviene distinguir la relación parental del adoptado con su familia natural y la que tiene con el adoptante.

a) En relación con la familia natural.—Como regla general establece el Código que el hijo adoptivo, a pesar de la adopción, conservará los derechos sucesorios que le correspondan en la familia por naturaleza (art. 174, párrafo 5.º). Entendemos que los efectos de los impedimentos de consanguinidad y afinidad para la celebración del matrimonio subsisten, y únicamente quiebran los efectos propios de la patria potestad, puesto que se transmiten al adoptante. Por lo que respecta al deber de alimentos éste se transforma en subsidiario, o sea, que el verdadero padre no tiene obligación de suministrar alimentos al hijo que ha salido del hogar, cuando el padre adoptante puede dárselos (art. 179). En el caso que concurren a reclamar alimentos, el padre adoptante y el padre natural, por encontrarse ambos en la indigencia, el hijo si tiene medios suficientes para subvenir a las necesidades de ambos deberá hacerlo, pero si no, siguiendo el sistema de reciprocidad del Código civil, deberá atender primero al padre adoptante antes que al padre natural.

En la adopción plena, según Espín (18), el parentesco que siempre crea la adopción, es más intenso que en la adopción menos plena y esa mayor intensidad buscada por el legislador debe reflejarse lógicamente en una mayor relajación de los vínculos del parentesco de sangre. El legislador al regular la adopción plena ha procurado evitar interferencias de la familia natural en la familia adoptiva, inclinándose por la adscripción del adoptado a esta última. El artículo 179 en su párrafo 2.º establece que “el adoptante está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes colaterales por naturaleza, pero conservará los derechos sucesorios y también los alimentos cuando nos los pueda obtener del adoptante en la medida necesaria”: “los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho, salvo los que asistan a los padres por razón de la deuda alimenticia cuando se

(18) ESPÍN CÁNOVAS, *Una Nueva Familia Civil: La adoptiva*. Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, mayo 1962, Publicación Escuela Social y Junta Provincial de Beneficencia; pág. 8.

dieren las circunstancias expresadas en el artículo 175 para extinguir la adopción” (párrafo 3.º). La Lev. como dice Espín (19), quiere evitar esas interferencias de la familia de origen, como lo prueba el que se niegue al reconocimiento de la filiación natural del adoptado o su legitimación, repercusión en la adopción (art. 175 i. f.).

En la adopción menos plena la ruptura con la familia natural es menos rígida. “En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza” (art. 180, párrafo 1.º). Y llama a los parientes naturales, antes que al Consejo de Familia, para dar su licencia, en defecto del adoptante, al matrimonio del adoptado (art. 47, párrafo 2.º).

b) En relación con el adoptante.—Por la adopción surge un parentesco legal entre adoptante y adoptado muy parecido al de afinidad. Con relación al adoptante tenemos una “paternitatis legalis”. El hijo adoptivo deviene hijo propiamente dicho de su padre, con todos los deberes y todos los derechos que se deriven de esta condición. Esta “paternitatis legalis” estimamos, aunque nada diga el Código, se debe extender lógicamente al otro cónyuge, en el caso de la adopción conjunta, e incluso en la adopción sucesiva.

Con relación a los ascendientes del padre adoptante, el Código en el art. 174 establece que no produce parentesco la adopción con respecto a la familia del adoptante, es decir, que surge en principio un vínculo parental que no comprende por parte del adoptante a su familia. No conoce nuestro Derecho la posibilidad, expresamente admitida en la legitimación adoptiva francesa, de que los ascendientes del adoptante se adhieran a la adopción, dando lugar así a vínculos parentales más amplios que muestran su eficacia tanto en orden a alimentos como a derechos sucesorios (20).

Nada dice el párrafo 7.º, art. 174, sobre si se establece relación parental entre el adoptado y los hijos legítimos o naturales nacidos de un posterior matrimonio del adoptante; en este supuesto el adoptado debería reconocer a los hijos verdaderos de su padre adoptante aunque nada más fuera por razones de convivencia, pues si bien no están afectados por la obligación de alimentos, en cambio lo están por los impedimentos del matrimonio, mientras subsiste la adopción, como dice el párrafo 6.º del art. 84. Este impedimento para el matrimonio civil, lo será también —como dijimos en otro lugar— para el canónico, ya que el Corpus Iuris Canonici respeta, en ese punto, el tratamiento jurídico que al parentesco legal den las legislaciones civiles. En algunas legislaciones, como en la alemana, ha desaparecido este impedimento, y, por tanto, el hijo adoptivo puede perfectamente casarse con la hija legítima o natural de su padre adoptante.

Por lo que se refiere a las relaciones entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, únicamente se prohíbe el matrimonio al adoptado

(19) ESPÍN CÁNOVAS, ob. cit., pág. 7.

(20) ESPÍN CÁNOVAS, ob. cit., pág. 10.

con el cónyuge viudo del adoptante y éste con el cónyuge viudo de aquél.

En el derecho alemán la adopción afecta a los descendientes del adoptado, que adquieren también la situación de descendientes legítimos del adoptante, de la misma manera y con los mismos criterios que rigen para el propio adoptado (art. 1.762). La nueva reforma española parece que ha recogido este criterio del Código civil alemán, al decir, en el art. 174, párrafo 7.º, “La adopción produce parentesco entre el adoptante, de una parte, y el *adoptado* y sus descendientes legítimos, de otra”.

D) *Derechos sucesorios*.—El Código civil francés, en su art. 350; el italiano de 1942, en su art. 567; el alemán, en su art. 1.757; el suizo, en su art. 268; en forma bien expresa, conceden al adoptado respecto a la sucesión del adoptante, los mismos derechos que al hijo legítimo.

En nuestro Derecho histórico, hay que distinguir dos etapas respecto a este punto:

Una anterior al proyecto de 1851, en la que siguiendo la orientación justinianea, se conceden derechos sucesorios a los hijos adoptivos, con mayor o menor amplitud, como en el Fuero Real, que reconoció a los hijos adoptivos derecho a una cuarta parte en la herencia del adoptante, tanto si otorgó testamento, como en el evento de morir intestado (Ley 5.ª, Título 22, Libro 4.º). En las Partidas, se hizo idéntica la condición de los derechos sucesorios de los hijos adoptivos a la de los legítimos (Ley 8.ª y 9.ª, Título 16, de la Partida IV). En el Proyecto del Código civil de 1836, se concedía a los hijos adoptivos, el derecho de heredar abintestato, a sus padres adoptantes, después de los ascendientes, descendientes y hermanos (art. 1.211). En el proyecto de 1844, se concedía también derechos sucesorios, a los hijos adoptivos (art. 223).

A partir del Proyecto de 1851, la adopción toma en nuestro Derecho un significado completamente distinto, el art. 141 estableció que “el adoptante y el adoptado, no adquieren derecho alguno a heredarse, sin testamento”.

El Código civil en su primitiva redacción reguló los derechos sucesorios del hijo adoptivo en el art. 177 estableciendo que el adoptado no adquiriría derecho alguno a heredar al adoptante, fuera de testamento, a menos que en la escritura de adopción, se haya éste obligado a instituir heredero. Este precepto suscitó y planteó una serie de situaciones jurídicas complicadas que no encontraban una solución concreta en el articulado del Código (21).

La Ley de 24 de abril de 1958 regula los derechos sucesorios del hijo adoptivo en los artículos 174, 179 y 180. El artículo 174, párra-

(21) Véase MANUEL DE LA CÁMARA, *Los Derechos Hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil*. R. D. P. 1951, pág. 89.—ROBLES FONSECA, *¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?* R. C. D. I. Madrid 1942, página 464.—BLAS PIÑAR, *La adopción y sus problemas jurídicos*. Anales de la Academia matritense del notariado, tomo VIII, Madrid 1954, págs. 143 a 188.

fo 3.º, dice que “los derechos del adoptado en la herencia del adoptante y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efectos aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriera en indignidad para suceder o causa de deheredación, o se declare extinguida la adopción”; y el párrafo 4.º que “El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la Ley a favor de otras personas”. No nos detenemos a examinar este precepto por no ser el propósito de este trabajo (22) y únicamente diremos que con la redacción dada al art. 174 se han resuelto muy acertadamente las dudas y complicaciones del artículo 177 anterior, al dejar a salvo los derechos del adoptado en el caso de que muera intestado el adoptante.

En la adopción plena, el artículo 179 le reconoce al adoptado derechos de heredero forzoso sin perjuicio de los que puedan corresponderle por la escritura de adopción. Parece que los reformadores del Código no se han atrevido a equiparar al adoptado plenamente a los hijos legítimos a efectos sucesorios, y exponen sus motivos en el preámbulo de la Ley diciendo que “tal solución hubiera hecho más intenso el vínculo adoptivo que el de la filiación natural”. No nos parece muy acertada esta postura de equiparar al adoptado plenamente a los hijos naturales reconocidos, pues no vemos dificultad alguna en que se hubiera equiparado a los hijos legítimos como ocurre en la legitimación adoptiva francesa. Como dice Castro Lucini (23), “ningún peligro habría en conceder a los adoptados idénticos derechos que a los primeros (hijos legítimos), y si alguno hubiese podría evitarse fácilmente sin más que declarar preferentes los derechos de los hijos legítimos caso de concurrencia”.

En la adopción menos plena el art. 180, párrafo 4.º, dispone que “el adoptado, como tal, sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante.

Entendemos con Espín (24) que resulta extraño que ningún precepto se dedique a los derechos sucesorios de la familia de origen en la adopción menos plena. Este silencio, unido a expresa privación en la adopción plena, y a la asistencia de derechos sucesorios en la adopción única anterior a la reforma (si bien no enunciada de modo expreso), permiten afirmar la existencia de derechos hereditarios en favor de la familia de origen: congruentemente debemos negar tales derechos al adoptante, no porque exista precepto que así lo disponga, sino por una coherente interpretación de la institución.

F) *Nacionalidad*.—Con anterioridad a la reforma la mayoría de la doctrina se inclinó por negar a la adopción toda influencia sobre la

(22) Puede consultarse CASTRO LUCINI, *Los Derechos Sucesorios del hijo adoptivo*, Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre 1962, págs. 625 y sigs.

(23) CASTRO LUCINI, *ob. cit.*, pág. 649.

(24) ESPÍN CÁNOVAS, *ob. cit.*, pág. 9.

nacionalidad. Se consideraba que la adopción no afectaba y en ningún caso cambiaba el estado civil del adoptado, el cual conservaba los derechos que le correspondiesen en su familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad. Publicada la Ley de 15 de julio de 1954 desaparece prácticamente la cuestión. El Código, como ya dijimos en otro lugar, concede la facultad de solicitar la adquisición de la nacionalidad española a los extranjeros adoptados durante su minoría de edad por españoles, en el caso de que hubiesen residido en España durante dos años (art. 20). Es, por tanto, evidente que la adopción, los hizo españoles. De igual modo habrá de entenderse que la adopción de un español por un extranjero no hace que aquél pierda la nacionalidad española. Por otra parte, la Ley sobre nacionalidad no enumera la adopción entre los supuestos de pérdida de nacionalidad.

La reforma de 1958 posiblemente suscitará la duda de que la adopción plena pueda ser causa de cambio de nacionalidad para el adoptado teniendo en cuenta que esta adopción aparta al adoptado de su familia natural y lo equipara a un hijo natural reconocido del adoptante. No obstante basándonos en el citado art. 20 de la Ley de 15 de julio de 1954 seguimos entendiendo que no se cambia de nacionalidad para el adoptado.

F) *Estado civil*.—Era dudoso antes de la reforma si la adopción originaba un cambio en el estado civil, inclinándose la doctrina por una postura negativa, basándose en que el adoptado conserva siempre todos los derechos que le corresponden en su familia natural a excepción de los derivados de la patria potestad y en que ni adoptante ni adoptado adquirirían la condición de herederos forzosos.

Después de la Ley de 24 de abril de 1958, al distinguirse dos clases de adopción habrá que examinar separadamente la adopción plena y la menos plena.

La adopción plena, parece indiscutible que origina un cambio de estado, tanto respecto al adoptado como al adoptante: El adoptado y el adoptante adquieren, respectivamente, la condición de herederos forzosos, al concedérseles en las respectivas herencias los mismos derechos que la ley otorga al hijo natural reconocido y al padre natural.

En la adopción menos plena, subsisten las dudas que originaba ya el antiguo texto del Código. En la Exposición de Motivos se dice que este tipo de adopción "se configura en términos muy semejantes a los que el Código civil ha venido dedicando a la única clase de adopción por él admitida". Puede sostenerse, pues, que este tipo de adopción, como antes se dijera de la adopción en general, no alcanza la significación de un verdadero estado civil. Parece decisivo, ahora como antes, para estimar que la adopción menos plena no produce un cambio de estado civil, aunque afecte a la situación familiar, el que el adoptante y adoptado no tengan entre ellos la condición de herederos forzosos y que, en cambio, la conserven entre sí el adoptado y sus padres naturales.

IV. EXTINCION DE LA ADOPCION

Tiene lugar por diversas causas, que podemos agrupar de la manera siguiente: A) Causas naturales.—B) Nulidad.—C) Anulabilidad. D) Impugnación.

A) *Causas naturales*.—Son la muerte del adoptante o del adoptado. En el primer caso recuperan la patria potestad los padres, si vivieren (párrafo 2.º, art. 180). En el segundo caso los hijos del adoptado continúan vinculados con la adopción, en cuanto a los derechos y obligaciones transmisibles.

B) *Nulidad*.—Ninguna regla especial dedicaba nuestro Código en su redacción anterior a la nulidad, y por ello se aplicaban las prescripciones generales sobre negocios jurídicos. La jurisprudencia descartó algunos motivos de nulidad. La sentencia de 30 de mayo de 1951 entendió así que la demostración de que la verdadera causa de la adopción radicó en el propósito del adoptante de conseguir en favor del adoptado una bonificación en el pago del impuesto de Derechos reales, no basta para determinar la nulidad de la adopción.

Después de la reforma al art. 176, párrafo 3.º, declara nula la adopción en la que no se cumplan los requisitos exigidos en el mismo precepto. Según este precepto será nula la adopción cuando se haya faltado a los requisitos formales y personales que la ley establece para la adopción, en el art. 176.

C) *Anulación*.—Tiene lugar cuando concurre alguno de los vicios que invalidan el consentimiento: error, violencia, intimidación y dolo, tanto en el expediente judicial como en la escritura de adopción, pues la complejidad de ésta da lugar a que la anulación de uno de los actos integrantes anule todo acto adoptivo.

Sólo puede invocar la anulación, las personas cuyo consentimiento haya sido viciado o cuya autorización falta. Esta afirmación de Colin et Capitant es aplicable a nuestro Derecho, en vista de lo que dispone el artículo 1.302 del Código civil.

También son de tener en cuenta los artículos 1.310 y siguientes, sobre confirmación de los contratos anulables.

D) *Impugnación*.—Por lo que respecta a la revocabilidad de la adopción, se han mantenido opiniones contrapuestas por la legislación y la doctrina. Un grupo de Códigos (como el alemán en el artículo 1.768; suizo, 269; italiano de 1942, artículos 305 a 108) y una amplia corriente científica sustenta el criterio de que dicha revocación es posible por cualquiera de las partes, cuando concurren causas justificadas o motivos muy graves.

En la doctrina germánica se dice, en efecto, que la adopción puede ser suprimida por contrato, si bien confirmado judicialmente. Esto es muy oportuno, dice Kipp y Wolff (25), pues no son raras las adopciones de la gente que se arrepiente con razón. Esta supresión de la

(25) KIPP y WOLFF, Derecho de Sucesiones, tomo VI, Barcelona 1951, página 245.

relación adoptiva, tiene lugar entre el adoptante y el adoptado y los descendientes a los cuales se extiendan los efectos de la adopción, a no ser que el hijo haya fallecido, en cuyo caso, los demás interesados pueden suprimir también por contrato, la relación jurídica entre ellos establecida. El contrato de supresión, está sujeto a igual forma que el contrato de adopción, y también a iguales características, sobre todo la exclusión de la condición y el término, la necesidad de la intervención judicial, etc.

Otros Códigos y una corriente doctrinal autorizada, en la que milita Ruggiero, afirma, que siendo la adopción un vínculo familiar, debe ser indestructible, (*nec, enim moribus nostris convenit, filium temporalem habere*), de tal forma que si aquélla, no obstante las cautelas o precauciones del legislador, fracasa en el resultado, la solución no debe buscarse en la revocabilidad de la misma, sino en las sanciones generales, decretadas para los supuestos del abuso, en el ejercicio de la patria potestad.

La reforma de 1958 se ha inclinado categóricamente por la irrevocabilidad. El artículo 175 establece que "La adopción es irrevocable". La Exposición de Motivos, nos dice que "La adopción ha de gozar de la mayor estabilidad pues afectando profundamente al estado y condición de las personas, sería perturbador dejar su subsistencia supeeditada a la voluntad, conculca o unilateral de los interesados. Atendiendo a tan fundadas razones, se la declara irrevocable".

Sin embargo—añade el mismo preámbulo—, se establece la posibilidad de impugnación por motivos especiales dejados a la apreciación judicial, ya a petición del Ministerio Fiscal, durante la menor edad o incapacidad del adoptado, ya a petición del adoptado, dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad." Siempre que se funde en alguna de las causas que den lugar a la desheredación de los ascendientes (artículo 175 número 2.º). Las justas causas para desheredar, las señaladas en los artículos 854 y 756 del Código Civil.

También puede la adopción ser impugnada por los padres del adoptado pues según el número 1 del artículo 175 reformado, pueden pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción del menor o incapaz. "El padre o madre legítimos o naturales durante la minoría o incapacidad del adoptado si el hijo hubiere sido abandonado o expósito y ellos acreditaran suficientemente su falta total de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de éste. Y el Ministerio Fiscal cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado." No determina el Código cuáles son las causas concretas en que haya de basarse la impugnación, y hay que reconocer en el juzgador facultades amplias para apreciarlas de un modo discrecional. Lógicamente al estar fundada la concesión de la adopción en la estimación de su conveniencia para el adoptado, se ha de admitir la procedencia de la impugnación, cuando se alegue y pruebe la inconveniencia para éste del vínculo jurídico.

En el caso de que por la impugnación se declare extinguida la adopción, el Código dispone en el artículo 175, número 2.º que “quedará sin otros efectos que los ya consumados”.

V. INSTITUCIONES ANALOGAS A LA ADOPCION

A) *Adopción especial por la Ley de 1941 de los acogidos en establecimientos benéficos.*—La Ley de 17 de octubre de 1941, ha sido derogada expresamente en el artículo 5.º del Decreto de 24 de abril de 1958, excepto lo establecido en el artículo 7.º Como precedente de la Ley derogada, ha incorporado el Código un precepto (art. 176, párrafo 2.º), que dice: “Si el adoptado estuviere sometido a la tutela de una Casa de Expósitos u otro Establecimiento de Beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado, si tuviera suficiente juicio, y a sus más próximos parientes, si fueren conocidos. El expediente se elevará al Juez, quien en el plazo de ocho días y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan”.

B) *Prohijamiento de expósitos.*—El Código, dentro del precepto generalísimo de las condiciones para ser adoptado, comprende también a los expósitos; pero como se trata de personas recogidas en establecimientos de beneficencia pública, que han de atenerse para su desenvolvimiento y marcha interna tanto a su especial legislación como su Reglamento, de aquí que, al menos, por lo que respecta a las formalidades que pudiéramos llamar de administración o garantía, existan desde antiguo disposiciones que vienen rigiendo esta materia.

Suelen citarse como disposición de origen o primera regulación del prohijamiento de expósitos, la Real Cédula, de 11 de diciembre de 1796 (Novísima recopilación 7, 37 y 5) si bien ya alude a él, la Real Orden de 2 de junio de 1788, al interesar a los rectores o administradores de las casas de niños de expósitos, a que pongan el mayor cuidado en conocer a las personas que prohijan a los huérfanos, cuidando que se les dé la debida educación y enseñanza, que no los entreguen si no es con las debidas seguridades y que sean personas que los mantengan o enseñen oficios convenientes.

El prohijamiento de expósitos, ha sido regulado posteriormente, en la Ley de Beneficencia de 1822, en la de 8 de septiembre de 1836, en la de Gracias al Sacar, de 14 de abril de 1838, en la de 20 de junio de 1849 y en la de 14 de mayo de 1852. Este prohijamiento no produce más efectos que el que las leyes determinan y que el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala 1.ª de 25 de octubre de 1889, entendió y declaró que dicho instituto se gobierna por disposiciones exclusivamente administrativas.

La interesante sentencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 1934, diferencia la adopción del prohijamiento, en

que la primera está caracterizada por la forma civil y solemne del acto, por su permanencia y efectos garantizados por las leyes civiles, y el segundo se caracteriza por su forma administrativa y no solemne, pero sí constatada oficialmente y por la garantía indirecta que a la relación jurídica presta la intervención de un organismo público como la comisión provincial y hoy la Junta de Protección de Menores encargadas de velar en todo momento, porque no se cause perjuicio alguno al prohijado.

Este prohijamiento, sin embargo, vemos por citada sentencia que produce efectos en el orden laboral, como lo ha producido en las leyes de reclutamiento y reemplazo del Ejército, concediendo prórroga de incorporación a filas, por tener más hermanos o padre sexagenario, al hijo prohijado que lo fuese con diez años de antelación a su alistamiento, a pesar de que en nuestra opinión el prohijamiento no determina ninguna clase de parentesco, como la adopción civil.

Estimamos que la reforma de 1958, al rehuir en el preámbulo de la Ley, el término "prohijamiento", no ha derogado los preceptos anteriormente indicados, y por consiguiente creemos que sigue vigente el régimen establecido por las leyes administrativas citadas, principalmente los artículos 55 al 68 del Reglamento de Beneficencia de 6 de febrero de 1822, y los artículos 22 y 24 del Reglamento de 14 de mayo de 1852, cuando los prohijamientos no quieran constituir verdadera adopción, conforme al Código Civil.

Lo anómalo de estos prohijamientos es como dice Unzue (26), que realizados con preterición de los preceptos del Código civil y a veces por incapaces, se pretende que produzcan las mismas consecuencias jurídicas que la adopción normal y en ocasiones lo han conseguido.

C) *Acogimiento familiar*.—El acogimiento familiar es aquella institución circunstancial en virtud de la cual determinado menor, huérfano de padre y madre, con que reúna las circunstancias legales determinadas, pasa a ser sustentado física y moralmente por una persona, sin aparecer relaciones permanentes ni crear parentescos civiles, por tiempo determinado o indefinido, según la voluntad del acogedor. Es una institución concebida en interés del acogido, en la que los particulares sustituyen al Estado, en su labor de guarda a la infancia abandonada. En España está regulada por Orden de 1.º de abril de 1937.

Son caracteres de este acogimiento: 1.º *El aspecto público*.—El artículo 9.º de la Ley afirma que "la colocación familiar es una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados". Este aspecto queda, además, funcionalmente patente, por la constante vigilancia que el Estado realiza a través de las Juntas Locales de Beneficencia, tal como se reglamentan en el artículo 10, así como también por la forma de constitución. Tiene también como señala Puig Peña (27)

(26) UNZUE, *Sobre el Prohijamiento de los Expósitos*, Revista de Derecho Privado, año 1921, págs. 21 y sigs.

(27) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, tomo 2.º, pág. 141.

un profundo matiz privado. Como en todas las relaciones familiares, coexisten los dos aspectos, pero en el acogimiento, tiene la mayor intervención el Estado, porque nunca podrá suponer en estas relaciones legales la intensidad de afectos que aparecen en los vínculos naturales de sangre. 2.º *Flexibilidad*, en el sentido de no gravar al acogedor, facultándosele por ello, el rompimiento del vínculo a su voluntad. El acogimiento, no tiene como la adopción, la misión de colocar a una persona en el lugar del hijo, sino la de cuidar, acoger y asistir un menor, la de tutelarle simplemente, sin crear vínculo alguno familiar, sin constituir, modificar o extinguir, parentesco alguno. El artículo 1.º muestra claramente este criterio de flexibilidad, permitiendo acoger, ya con carácter permanente, ya para determinado tiempo, según se estipule. 3.º *Estar carente de formalidades y requisitos*, lo que facilita su constitución y produce una mayor cantidad de acogimientos. 4.º Finalmente, *no modifica el estado familiar del acogido*, de tal modo, que la aparición de los padres o tutor legítimo, rompe a su instancia el vínculo. Podemos decir, pues, que así como la adopción se acerca más a la filiación, el acogimiento se acerca a la tutela. Nos lo dice terminantemente la Orden, no sólo en el artículo 9.º al decir: "Siendo la colocación familiar una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados, por analogía con el principio del artículo 212 del Código civil", que como sabemos se refiere a la tutela, sino que también al ordenar, en el supuesto del artículo 11, la formación del Consejo de Familia, institución típica de nuestra tutela actual, y que no es otra cosa, que dar al acogedor, una consideración muy análoga a la que tiene el tutor.

Estimamos que esta Orden de 1.º de abril de 1937 continúa vigente al no existir ningún precepto derogatorio, aunque prácticamente sean nulos los acogimientos que se efectúan en la actualidad. Concretamente en los archivos de la Junta Provincial de Beneficencia de Salamanca no consta la existencia de ningún acogimiento desde el año 1940.

VI. NUEVAS ORIENTACIONES EN TORNO A LA ADOPCION EN EL DERECHO COMPARADO

En la inmensa mayoría de las legislaciones extranjeras se trata de mantener el instituto de la adopción, modernizándolo en las leyes y Códigos recientes, que tienden en general a facilitar la adopción y otorgarle más amplios efectos y por consiguiente aumentar su aplicación práctica. Así Puig Peña (28), nos dice que asistimos a la tercera vida de la institución. Resuniaremos las más importantes legislaciones extranjeras.

La adopción en Francia.—La adopción en Francia, no fue acogida según el tipo romano, guiándose más bien por el Landrecht prusiano

(28) PUIG PEÑA, *Las situaciones finales en la adopción*, R. D. P. año 1948, página 1045.

de 1794, no rompiendo el adoptado su círculo con la familia natural. En el Código de Napoleón podían distinguirse tres modalidades de la adopción: la adopción ordinaria; la adopción remuneratoria, cuya concesión sólo era posible a quien con peligro de su vida salva la del adoptante "soit dans un combat, soit em le retirant des flammes ou des flots" (art. 345), y la adopción testamentaria que constituía un complemento de la tutela oficiosa. Las dos últimas se conocían con la rúbrica común "d'adoption privilégiée", porque estaban dispensadas de algunas de las condiciones exigidas para la adopción ordinaria.

A pesar de esta variedad de manifestaciones, no adquirió gran arraigo, debido a que a ella se oponían dos exigencias de todo punto impopulares. De un lado a tenor del artículo 346 del Código, la adopción "ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté", y de otro, el adoptado no pasaba a la patria potestad del adoptante, sino que permanecía vinculado en un todo a su familia natural.

Para obviar estos inconvenientes han sido modificados de forma reiterada, los preceptos del Código civil francés, en virtud de la Ley de 19 de junio de 1923, del Decreto de 29 de julio de 1939, que promulga el llamado Código de Familia, y la Ley de 8 de agosto de 1941, en virtud de las cuales desaparece la adopción testamentaria y se distinguen tan sólo dos modalidades de la adopción: A) La adopción ordinaria para la cual el legislador dulcifica sus condiciones y aumenta sus efectos, permitiendo la ruptura de los vínculos entre el adoptado y la familia natural, y B) La legitimación adoptiva de cuyo éxito nos dan idea las estadísticas publicadas y la abundante bibliografía y tesis doctorales que sobre la misma se han publicado (29). VISMARD (30) pone de relieve que se ha pasado de 50 casos en el año 1900 a 2.204 en el año 1944.

Las principales disposiciones de estas leyes han sido incorporadas al Código civil, modificando sustancialmente los artículos 344 al 370 inclusive del mismo.

Las condiciones que se exigen para que tenga lugar la legitimación adoptiva, son las siguientes: a) Es preciso que se trate de hijos menores de cinco años. b) Que los padres naturales sean desconocidos o hayan muerto, o que el hijo sea pupilo de la asistencia pública. c) Que los dos esposos que adoptan procedan conjuntamente a la adopción y no estén separados de cuerpos y llenen las condiciones de edad de la adopción ordinaria. d) Que los esposos que adopten no tengan hijos ni descendientes legítimos (art. 368).

Se necesita también que existan justos motivos y presentes ventajas para el niño, siendo obligatorio oír a la administración o a la per-

(29) ANGEL MARC, *L'adoption en droit comparé*, París 1943.—PÉTIT, *La Famille et les lois récentes sur l'adoption*, Thèse dac. París 1945.—SILLON (Mlle), *La réforme de l'adoption*. Thèse, París 1941.—VISMARD, *Traité théorique et pratique de l'adoption et de la légitimation adoptive*, París 1951.—VELIOUNSKI, Raphael, *La légitimation adoptive*, París 1954.

(30) VISMARD, ob. cit., pág. 3.

sona que eduque al niño y previa investigación en juicio bastará una sentencia dictada después de deliberación en Cámara de Consejo (artículo 369).

Los principales efectos de la legitimación adoptiva son: 1.º El hijo cesa de pertenecer a su familia por la sangre. 2.º El hijo tendrá respecto a la familia de los adoptantes los mismos derechos y las mismas obligaciones que si hubiera nacido del matrimonio (art. 370), en consecuencia, el hijo que ha sido objeto de legitimación adoptiva pierde su apellido de origen y adquiere los apellidos de los adoptantes. Se convierte en pariente de los miembros de la familia adoptante. Sin embargo, las prohibiciones de matrimonio con los miembros de la familia natural del adoptado siguen en todo vigor.

Por la Ley de 8 de agosto de 1941, modificando el art. 369 del Código civil, la legitimación adoptiva es irrevocable.

La adopción en Italia.—El Código civil de 1865 acogió fácilmente la adopción, siguiendo el sistema del Código de Napoleón, pues se había conservado en el país a través de los siglos.

El nuevo Código italiano de 16 de marzo de 1942, ha introducido profundas innovaciones en el Instituto de la adopción. Dicho Código crea, junto a la adopción "strictu sensu", un nuevo instituto que conocido en el seno de las primeras comisiones con la denominación de "piccola adozione", se disciplina con el texto legal en el título de la filiación. Entre ambas instituciones, adopción y afiliación, no hay otro elemento común que la asunción por la familia de una persona extraña. Tal asunción tiene lugar con fines, modalidades y efectos distintos. En efecto, mientras la finalidad esencial de la adopción consiste en asegurar la continuidad de la familia, el nuevo instituto tiene como finalidad principal, el conceder asistencia a los niños huérfanos o abandonados por sus padres. Es decir, que mientras la adopción viene regulada en función de interés de la familia civil, la filiación viene disciplinada atendiendo fundamentalmente al interés público en la protección de menores. Ello hace que la afiliación se halle muy próxima a la tutela.

La afiliación tiene la finalidad de tener un lugar en la familia, al solo efecto de mantenimiento y educación de los menores de dieciocho años: o porque falta la familia (también natural), o porque sea conveniente sustraer a ella, en sus mismos intereses, a los menores.

La afiliación tiene lugar respecto: a) De los nacidos de padres desconocidos y de aquellos de los cuales no se sabía qué padres tenía todavía. b) De los hijos naturales reconocidos sólo por la madre, que no puede proveer su educación. c) De los recogidos en el instituto de pública asistencia, o asistido de éste para el mantenimiento, la educación o reeducación. d) De los menores en estado de abandono material o moral.

El fin principal de la afiliación es atribuir al menor algo que se aproxima al estado familiar, impidiéndole así el aislamiento moral y económico, en el cual se halla sin su culpa.

La adopción en la Rusia soviética.—En el Código de Matrimonio, Familia y Tutela, promulgado por el Comité Ejecutivo Central en la XII Asamblea, de 19 de noviembre de 1926 comenzó a regularse la adopción. Según este texto la adopción no puede realizarse más que en interés exclusivo del adoptado, y en favor de los menores solamente (artículo 57). Ella resulta de una decisión de los órganos de la tutela, por consiguiente, de un acto de poder público (artículo 59). Hace nacer entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes, los mismos derechos y las mismas obligaciones personales y patrimoniales que la afiliación de sangre (artículo 64).

La adopción en Inglaterra.—La Ley inglesa de 4 de agosto de 1926 regula por primera vez "l'adoption of children Act", que hasta entonces venía regulándose por la costumbre, y está dominada por el cuidado constante en favor del menor.

La adopción no está permitida más que para los menores. El consentimiento de su representante es, en principio, un requisito indispensable; pero el Juez puede dispensar al adoptante el pedir este consentimiento si el niño está abandonado o es de padres desconocidos. La adopción resulta de un acto de poder público. El Tribunal debe celosamente investigar si existen justas causas para la adopción y, en particular, si las personas que han de dar el consentimiento han recibido alguna suma para ello. Los efectos de la adopción en lo que concierne a la persona del pupilo llegan hasta extinguir definitivamente todos los derechos y deberes, las obligaciones y responsabilidades de los padres naturales. Todos estos derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades, son transferidos a los adoptantes, como si los hijos hubieran nacido de legítimo matrimonio. Respecto a las relaciones patrimoniales, el niño no pierde ninguno de los derechos de propiedad a los cuales esté llamado por su nacimiento.

La adopción en Alemania.—Fue regulada por los artículos 1.741 y siguientes del Código civil, declarando expresamente el 1.757 "que por la adopción obtiene el adoptado la posición jurídica de un hijo legítimo del adoptante". La Ley de 8 de agosto de 1950 ha modificado en parte el sistema del Código, con el fin de vigorizar la institución. Últimamente, la Ley de 18 de junio de 1957 ha modificado los artículos 1.758, 1.760, 1.761 y 1.765.

La adopción en Dinamarca.—Un ejemplo de que las legislaciones de los países europeos van abandonando la "schwache adoption" del Derecho Romano (minus plena) y avanza en la dirección de la "starken adoption" (adopción plena) es la nueva Ley danesa sobre adopción de 25 de mayo de 1956 que sustituye a la ley de adopción de 26 de marzo de 1923, que ha entrado en vigor en 1.º de enero de 1957.

La Ley de 26 de marzo de 1923 contenía tantas limitaciones en la situación jurídica del hijo adoptivo, especialmente en el terreno sucesorio y mantenía unas relaciones tan estrechas entre el hijo y su familia natural, que solamente se podía hablar de una pura relación entre

padres e hijos desde un punto de vista teórico. Esta situación jurídica ha sido cambiada radicalmente por la nueva ley. La nueva reforma de la adopción trae una auténtica relación entre padres e hijos hasta el extremo en que es posible.

La adopción del hijo no se basa en un contrato entre adoptante y adoptado y su fundamento jurídico es la "Königliche Bewilligungs" (31).

El adoptante tiene que haber cumplido veinticinco años y no se señala una determinada diferencia de edad con el adoptado. La edad para el "Einwilligung des Kindes", que antes era de catorce años, ahora se señala en doce.

Otras modificaciones con respecto a la Ley anterior es que el hijo adoptivo y sus descendientes hereden a los adoptantes y su familia y éstos son heredados entre sí como si se tratara de un hijo del adoptante. El adoptante no puede testar libremente y desconocer el derecho sucesorio del hijo y por regla general no tiene ningún derecho sucesorio respecto del hijo adoptivo.

Esta evolución a la adopción "fuerte" también se refleja en los proyectos de Ley preparados en Noruega, Suecia y Finlandia.

La adopción en Uruguay.—La Ley de 20 de noviembre de 1945 ha regulado la legitimación adoptiva de manera análoga a la francesa, que constituye, como afirma Gatti (32), una nueva forma de adopción al mismo tiempo que una nueva fuente de legitimidad. Vaz Ferreira y Zajtay (33) la define: "Adopción cuyos efectos son más extendidos que los de la adopción simple, pues desliga completamente al adoptado de su familia de origen para hacerlo entrar en una nueva familia con los derechos y obligaciones de un hijo legítimo". Permite la adopción de los menores de dieciocho años y pueden pedirla no sólo los cónyuges conjuntamente y el viudo, sino el divorciado y la divorciada, cuando medie la conformidad de ambos esposos y la guarda del menor hubiere comenzado durante el matrimonio.

La adopción en Filipinas.—La regula el Código civil de 1949, aprobado por el Primer Congreso de la República de las Filipinas, que vino a sustituir el Código civil español de 1889. No obstante ser idiomas oficiales del país el inglés, el castellano y el tagalo, la edición oficial del nuevo Código está redactada en inglés.

El nuevo Código filipino sigue la sistemática del Código español, no regulando la adopción en el título VIII del libro I, relativo a la paternidad y filiación, y regulándola como uno de los modos de extinción de la patria potestad en el artículo 327. Olvida el Código filipino, a semejanza del español, que la adopción se desenvuelve con independencia de la patria potestad, toda vez que pueden ser adoptados los

(31) MARENS FRANZ, *Die einführung der "starken" Adoption in Dänemark*, páginas 113 a 116.

(32) *Legitimación adoptiva*, Jornadas de Derecho Comparado, Montevideo, año 1955, pág. 165.

(33) VAZ FERREIRA Y ZAJTAY, *La legitimation adoptive en France et en Uruguay*, Revue Internationale de Droit Comparé, París 1954, pág. 1.

que no se hallan sujetos a la misma, bien por ser mayores de edad, bien porque están sometidos a la "substitute parental authority" (artículo 349 y siguientes).

El artículo 334 abroga la capacidad especial de cuarenta y cinco años exigida por el artículo 173 de nuestro Código, y consagra de modo explícito en el artículo 402, que el mayor de veintiún años puede adoptar.

No obstante, respetando el viejo aforismo "adoptio imitatur naturam", el artículo 337 exige una diferencia de a lo menos dieciséis años entre adoptante y adoptado.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Como apunta López Alarcón (34), no es la adopción una institución que haya mantenido rasgos permanentes y definitivos a lo largo del devenir histórico. Al constituir una ficción jurídica, su consistencia es muy débil y la razón de ser de la misma entronca más bien con las necesidades políticas, sociales y éticas del momento, evolucionando al compás de las mismas con radicales alternativas en su existencia, hasta llegar a la época moderna en que la ficción se reduce o anula en aras de una función protectora que tiene su fundamento en sentimientos caritativos, patrióticos o de solidaridad humana. Ahora bien, anular aquella ficción y establecer entre adoptante y adoptado las mismas relaciones que entre padre e hijo legítimo para luego restringir sus efectos significa desnaturalizar la institución en su concepto propio. Y si estas relaciones se establecen con ánimo de protección benéfica y, a la vez, para satisfacer instintos paternales, entonces ni aun aquellos restringidos efectos de filiación se apoyan en la institución adoptiva y es inadecuado considerar como tal a esta relación de beneficencia y asistencia social. La adopción, siempre respondió a la preocupación fundamental y básica de otorgar hijos por ficción o ley a aquellos carentes de los mismos por naturaleza, completando familias y permitiendo un garantido sistema de protección a la infancia. La familia con ello, abandona sentimientos de individualismo para adquirir una dimensión social apreciable. Castán (35) opina que la familia del porvenir, al hacerse más social, ganará en carácter y elevación social.

El Derecho, consciente de que este complejo instituto de la familia tiene en su seno un doble matiz: intensamente privado e íntimo uno; público el otro, sabedor de los instintos nobles con que la naturaleza adorna la paternidad, ha tejido maravillosamente un sin fin de instituciones, que encauzando sentimientos tan privados como los anhelos frustrados de procreación y deseos afines, tiende a satisfacer intereses

(34) LÓPEZ ALARCÓN, *La Adopción y el Registro Civil*, Pretor enero-febrero 1956, pág. 5.

(35) CASTÁN TOBEÑAS, *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid 1933, pág. 125.

eminentemente públicos como la protección y asistencia a la infancia desvalida y abandonada.

Si el Derecho es, según Ihering, protección del interés, justo es que se proteja este interés privado mencionado, ya en beneficio de los particulares, ya en beneficio público.

Es fácil apreciar la importancia y frecuencia de un grave problema actualmente sin solución satisfactoria, que se plantea en las familias que han criado y educado como hijo a un menor desamparado, que ocupa en su seno el mismo lugar que tendría el legítimo, tanto en los cuidados como en el afecto, y a quien, sin embargo, no puede otorgarse sino la calidad de hijo adoptivo.

La cuestión tiene caracteres dramáticos cuando el menor cree ser hijo del matrimonio que lo ha formado, y a quien se produciría duro quebranto, con repercusiones morales y psíquicas irreparables, en muchos casos si se les descubriera su verdadera situación. Desde el punto de vista de la formación espiritual de los niños, ha interesado fundamentalmente evitar toda causa que pueda provocar penosos procesos que alteren el psiquismo infantil y originen estados de inferioridad.

En este aspecto, la Ley ha de concurrir a favorecer la evolución deseable de la sicosis del niño. Son muchos, desgraciadamente, los factores económicos, sociales y morales negativos, en tal orden, y que no están en manos del legislador evitar o corregir. Una razón más para proceder con diligencia en la institución de amparo jurídico que coopera a aquel fin sustancial integrando un plausible plan de medicina social.

Nuestro actual sistema en materia de adopción es evidentemente incompleto: sus normas no son bastantes para dar satisfacción a una legítima necesidad social. Ha de tenerse presente, a la vez, que la imposibilidad actual de identificar con la propia familia legítima al hijo extraño que se cita en su seno, determina a muchos matrimonios a no tomarlos a su cargo. Y lo que se necesitan son medios que estimulen a recoger a niños desamparados, no sólo por las innumerables razones que hacen insustituible el hogar, sino hasta por el interés elemental de defender a la Sociedad contra el aumento de la delincuencia.

La nueva Ley de 24 de abril de 1958 no ha resuelto los problemas que se plantean en la adopción, aunque significa un estimable avance respecto al sistema anterior, por lo que parece aconsejable retocar la regulación actual. A este efecto señalamos las siguientes ideas:

1.^a Admitir dentro del campo de la adopción plena a los huérfanos de padre y madre. La Ley de 1958 se refiere a los "abandonados" y "expósitos", pero en nuestro concepto, a los fines perseguidos, concurrir la misma razón en los huérfanos.

2.^a Conceder al adoptado, plenamente, los mismos derechos que si hubiera nacido de matrimonio, en cuyo caso se daría a la ficción sus efectos lógicos, quedando el adoptado equiparado a un hijo legitimado por subsiguiente matrimonio.

En este caso la legitimación no tendría efecto retroactivo, pues de otro modo, podrían producirse perturbaciones graves alterándose si-

tuaciones consumadas. Esta situación conspiraría contra el secreto de la adopción que el legislador quiere facilitar en la adopción plena (art. 178, párrafo 4.º), revelando por vía indirecta la condición de legitimado; pero, no habiendo solución sin inconvenientes, es forzoso optar por la que los ofrezca menores, que es, en nuestro concepto la que indicamos. Por otra parte, la Ley sobre el impuesto de Derechos Reales y transmisión de bienes, de 21 de marzo de 1958 ya se encarga de quebrantar este secreto al conceder distinto trato a los hijos legítimos y a los adoptados.

3.ª Consideramos necesario diferenciar más netamente la adopción de los mayores de la adopción de los menores ya que la primera debe tener una base contractual y la segunda debe estar basada en la autoridad de la Ley y de los tribunales. La adopción de los mayores que generalmente tiene por objeto aprovecharse de los beneficios del Impuesto de Derechos Reales debe gozar de distintos efectos y formalidades y hasta ponerse algún límite como hace la Ley del Impuesto de Derechos Reales, al disponer que no gozarán de consideración fiscal las adopciones de los mayores de treinta años.

4.ª Incluir entre las personas legitimadas para pedir judicialmente la extinción de la adopción al adoptante, que en el Derecho comparado también está legitimado.

5.ª No conviene limitar excesivamente la adopción plena, autorizándola solamente para los matrimonios sin hijos. Teóricamente es la solución más simple y lógica; pero, en la práctica, no resultaría siempre la mejor. Un matrimonio sin hijos, puede criar un niño, y después de varios años, identificado ya con el hogar, ocurrir el nacimiento de un hijo. Podría ser injusto impedir la adopción cuando existe ya la realidad social y efectiva que la justifica.

6.ª Legitimar a las Juntas de Protección de Menores para que puedan tramitar los expedientes de adopción al igual que la administración de los sometidos a la tutela de Casa de Expósitos u otro establecimiento de beneficencia.

7.ª El acogimiento familiar debería regularse en nuestro Código, a semejanza de lo que hace el Código civil italiano, de 1942 con la afiliación, al tratar de la tutela de los menores.

